

RESOLUCION INTERLOCUTORIA Nro 104 /17

NEUQUÉN, 27 de julio de 2017.-

VISTOS:

Estos autos caratulados "R., L. S/ABUSO SEXUAL AGRAVADO" (legajo MPFJU LEG 15541/2015), venidos a conocimiento de la respectiva Sala del Tribunal Superior de Justicia, y

CONSIDERANDO:

I.- Que el Tribunal de Impugnación -conformado por los Dres. Federico Sommer, Andrés Repetto y Richard Trincheri-, mediante Sentencia nro. 23/17 de fecha 29/03/17 resolvió, en lo que aquí interesa, lo siguiente: "I.- **DECLARAR FORMALMENTE ADMISIBLE** 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 CPP). II.- **HACER LUGAR parcialmente a la impugnación deducida** por los fundamentos expuestos (...) 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, 1° párrafo, inciso "b" del Código Penal); y por unanimidad modificar la sentencia de cesura imponiéndole la pena de **ONCE (11) AÑOS de prisión** (...). III.- **SIN COSTAS** (...)".

II.- En contra de dicha decisión, dedujo impugnación extraordinaria el Sr. Defensor Público, Dr. Ignacio Pombo, en representación del imputado L. R..

Encuadra sus agravios bajo el carril impugnativo previsto en el inciso 2 del artículo 248 del CPP, por estimar que los votos que conformaron la mayoría que confirmó la sentencia de grado, resultan ser arbitrarios al dejarse de lado los elementos de prueba que se produjeron en el juicio y que fueron señalados por la Defensa durante la audiencia de impugnación.

Afirma que la construcción efectuadas por los jueces de la mayoría se trata de una fundamentación vacía de contenido y tan solo aparente, por apartarse y tergiversar los hechos probados en el juicio oral; basarse en la simple voluntad de los juzgadores y en la posición dogmática que han

adoptado respecto de la imposibilidad de revisar un veredicto dictado por un jurado popular.

Sostiene que el jurado popular se apartó del estándar de duda razonable al momento de considerar culpable a su defendido, si se considera que el único elemento que sostuvo la hipótesis de la acusación era el testimonio en Cámara Gesell de las víctimas M. y B. R.; testimonios que, según su visión, presentaban contradicciones internas, entre sí y con el resto de la prueba producida.

Señala asimismo que se hizo hincapié en que mientras la acusación sostuvo la existencia de accesos carnales vía vaginal y anal reiterados durante dos años, el examen médico que efectuó el Dr. Estomba no dio cuenta de lesión alguna en la niña M. y sólo encontró una anomalía en el esfínter anal de B -pero ninguna lesión vaginal-. Que por ello la Defensa sostuvo que la particularidad encontrada en B. tendría explicación en un hecho de abuso previo y ajeno al acusado.

Explica que también se remarcó que cuando supuestamente acontecieron los hechos, las niñas se encontraban supervisadas por la Subsecretaría de Desarrollo Social y por la Defensoría de los Derechos del Niño, sin que en sus intervenciones hubieran detectado indicios de los abusos mencionados. Incluso a comienzo del año 2015 las niñas pidieron vivir con su padre.

Que sin perjuicio de tales señalamientos, el primer voto de la mayoría contrapone una valoración sesgada y parcializada de la prueba producida en juicio, puesto que, respecto de la conclusión a la que arriba el Dr. Sommer sobre el examen médico practicado por el Dr. Estomba, no consideró la totalidad de su testimonio, ni analizó la afirmación del Forense en cuanto a que en base a las diferencias físicas entre los órganos sexuales del pretense autor y los de las niñas, debería ser más probable la producción de lesiones en sus partes íntimas. Que tal circunstancia constituye un dato que pone, en su opinión, en tela de juicio el testimonio de las víctimas y genera una duda que ensombrece la certeza que se requiere para el dictado de una condena.

De este modo se evidencia, a su entender, la indescifrable voluntad de los jueces, al omitir valorar este punto central del argumento de la defensa, y el intento dogmático de sostener el veredicto de culpabilidad del jurado popular.

Tacha también de aparente el fundamento dado en relación a la lesión anal de la niña B -recordando que esa lesión tenía explicación en un abuso sufrido con anterioridad-, ya que en la sentencia se postuló que el abuso sexual consistió en la introducción de un dedo en la vagina de la menor, cuando en realidad de la videofilmación de dicho acto surge que el autor le habría metido '...fuerte el dedo en la cola...', y que tal afirmación debe concatenarse con lo declarado por Forense en cuanto a no poder determinar la data ni el origen de la lesión constatada. Por ello sostiene que el fundamento es sólo aparente y resulta ajeno a la prueba rendida en juicio.

Por último, critica por dogmática la conclusión del voto ponente respecto de la verosimilitud del testimonio de las niñas avalado por el '*...de la madre, la descripción de la falta de higiene, [lo que] resulta conteste con los cambios en el carácter y síntomas referenciado por maestras y operadores terapeutas*', cuando en realidad se probó que las niñas estuvieron supervisadas por personal de Desarrollo Social y de la Defensoría de los Derechos del Niño, sin que notasen indicio alguno de la ocurrencia de los hechos que se le endilgan a R.. Ello sumado a lo manifestado por las docentes que estuvieron a cargo de la escolaridad de las niñas, quienes fueron claras en sostener que los cambios actitudinales que apreciaron en las menores se presentaron una vez formulada la denuncia en contra de su padre y por el hecho de que no podían verlo, pero en ningún momento mencionaron -según su visión- falta de higiene o un descuido por falta de su padre (ello conforme lo declarado en juicio por M. F. -madre-, María Eugenia Rossito -asistente social de Desarrollo Social-, R. L. V. y G. G. G. -docentes de las niñas-).

Formula reserva del caso federal, solicita se haga lugar al recurso interpuesto y se deje sin efecto la condena dictada en contra de su asistido.

III.- Así establecidos los motivos del recurso, se impone el estudio de los recaudos mínimos que hacen a su procedencia, atento el principio general de las impugnaciones establecido en el artículo 227 del código de forma; exigencia justificada en la necesidad de impedir que, bajo la aparente cobertura de esta fórmula impugnativa, se hagan valer otras alejadas del significado jurídico que es propio de un recurso

extraordinario como éste. De allí la importancia de que esta Sala controle de modo riguroso esos presupuestos procesales:

a.- El escrito cumple con las condiciones de legitimación, forma y plazo establecidas en la ley (art. 249, en función de los arts. 242 y ccdtes. del CPP).

b.- Sin embargo, la impugnación extraordinaria contiene un déficit insuperable, ya que el recurso no ha sido adecuadamente fundado -y de allí que no cumple con la autosuficiencia que merece-, conforme la índole de los agravios en que se sustenta, no constatándose en la especie que se configure cuestión federal.

En efecto, como ya lo venimos sosteniendo desde la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento procesal penal, el segundo andarivel recursivo previsto en el artículo 248 del CPP tiene por objeto someter a la instancia local aspectos vinculados a cuestiones federales que luego podrían articularse ante el Máximo Tribunal Nacional por vía del recurso extraordinario federal, asegurándose con ello no solo el planteo tempestivo de los agravios de pretensa naturaleza federal, sino también la intervención de esta Sala Penal, como Tribunal Superior de la causa, exigencias que no sólo derivan de la propia ley sino también de copiosa jurisprudencia del Cívero Tribunal. El recurso extraordinario federal previsto en la norma comentada, es excepcional y de interpretación restrictiva, por la gravedad de la función que, por esa vía, pudiera cumplir luego la Corte en cualquiera de los tres supuestos establecidos en la ley 48. Es de provecho recordar que el objeto del remedio federal es el mantenimiento de la supremacía constitucional y no la sumisión a la Corte de cualquier causa en que pueda existir agravio o injusticia, ya que no se propone rectificar toda injusticia que pueda existir del fallo apelado, sino mantener la supremacía nacional. Conforme lo expuesto, está claro que para que la impugnación articulada proceda, la alegada arbitrariedad debe ser probada de manera fehaciente por el interesado.

Por otro lado, cabe indicar aquí que la apreciación efectuada no cercena el llamado "doble conforme", en tanto el legislador ha establecido en nuestra provincia un órgano especialmente encargado de dar cumplimiento con la garantía establecida en el art. 8.2.h de la CADH y en el art. 14.1 del PIDCP; tarea ésta que ha sido puesta en cabeza del Tribunal de Impugnación de la provincia del Neuquén; preservándose al último tribunal local (Tribunal Superior de Justicia) para sustanciar y resolver

concretos aspectos de índole constitucional y para lograr la uniformidad de la jurisprudencia local, fortaleciendo de este modo el principio fijado por el art. 16 de la Constitución Nacional.

En tal contexto, se observa que el recurrente omitió refutar razonadamente los motivos de la decisión que le ocasionan perjuicio, puesto que reproduce los argumentos vertidos en ocasión de interponer la impugnación ordinaria obrante a fs. 22/29 y respecto de los cuales el a quo se encargó de dar acabada respuesta, pudiendo colegir que, en realidad, se trata de una mera disconformidad de esa parte con los fundamentos dados por la mayoría del Tribunal de Impugnación, por lo que se descarta la existencia de un supuesto déficit en la motivación.

En este sentido, lectura pormenorizada mediante, se observa que el Tribunal de Impugnación sí cumplió con el máximo esfuerzo revisor sin que se adviertan fisuras en el pensamiento plasmado. Veamos por qué.

En el primer agravio, la Defensa sostiene, por un lado, que el jurado popular se apartó del estándar de duda razonable, y por el otro, que la sentencia no satisfizo el estándar de motivación al haberse apartado de las constancias de la causa, particularmente en la valoración del testimonio del Dr. Diego Estomba.

Sobre el punto, el voto ponentes sostuvo: *"...la tacha de nulidad [pretendida por la Defensa del] 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' (...); "...de la revisión completa de [los testimonios de la madre de las víctimas así como de la Lic. Zuccarino; Lic. Ortiz; Dr. Estomba; y las docentes G. G. y T.] advierto que le veredicto de culpabilidad del jurado no resulta contrario a la prueba rendida (...) Denuncia [la Defensa] que el jurado popular ponderó incorrectamente la prueba forense rendida por el Dr. Estomba para acreditar los abusos sexuales (...) si bien es cierto que (...) 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..."*. Al analizar el agravio respecto de la lesión de B., explicó que *"...la lesión advertida por el Dr. Estomba que estaba cicatrizada y de la que no se podía determinar la data de su producción, resulta concordante y con coherencia probatoria con [los] testimonios de las menores, que fueron objeto de validación mediante informe rendido por la Lic. Zuccarino; [por lo que el veredicto de culpabilidad] resulta concordante con los testimonios de las*

niñas M. y B., y se complementa con el resto de la prueba debatida, incluso con la producida por el Dr. Estomba en tanto no descarta el abuso sexual vaginal de M. y determina en B. una dilatación producto del debilitamiento de los músculos compatible con una penetración sexual vía anal...". Que en ese contexto, "...los veredictos de culpabilidad emitidos por el jurado popular no sólo no configuran supuestos de veredictos contrarios a prueba (...) sino que resultan concordantes con los testimonios de las niñas M. y B., y se complementa con el resto de la prueba debatida, incluso con la producida por el Dr. (...) Estomba en tanto no descartó el abuso sexual vía vaginal de M. y determina en B. una dilatación producto del debilitamiento de los músculos compatible con una penetración sexual vía anal..."; por lo que concluye que "...debe presumirse que el jurado basó su veredicto en la prueba presentada y rendida en juicio (...) lo que constituye una presunción iuris tantum que en autos no fue debidamente desvirtuada por el acusado (...)".

El Magistrado que votó en segundo término adhirió al voto precedente, respecto del hecho que tuvo a B. como víctima, afirmando que "...[en] la situación de la menor B. (...) el médico forense fue muy claro al afirmar que los hallazgos encontrados en ella (...) son compatibles con un supuesto abuso sexual con acceso carnal vía anal, en razón de lo cual no considero que respecto a esa imputación haya existido violación al principio de duda razonable..."; y discrepó en relación a M., al destacar la falta de hallazgos de signos confirmatorios o compatibles con penetración sexual, aunque si bien el forense no había descartado de plano el abuso sexual, estimó que ese supuesto "...est[aba] muy lejos (...) de considerar que se arribó a la certeza necesaria que requiere esa conducta para darla por probada"; y que al "...exist[ir] una duda razonable que debió haber sido considerada por cualquier jurado, bajo las mismas circunstancias...", asiste razón a la Defensa en este punto.

El Dr. Trinchero, llamado a dirimir la cuestión, adhiere a la postura del primer voto, y agrega que "...la impresión personal que la evidencia ha generado en el ánimo del Jurado Popular es incontrolable (...) y lo que debe superar la declaración de culpabilidad emanada de tal órgano es el estándar de duda razonable". Destacó que la Defensa no se agravió respecto de que los jurados no hubieran sido instruidos sobre cómo funcionaba tal estándar ni sobre cómo se apreciaba la prueba o cuándo existía duda razonable (puesto que siquiera cuestionó las instrucciones dadas al jurado o efectuó reserva de impugnación al respecto), sino que

"...Lo que el letrado sostiene es que tal estándar no fue superado, y para llegar a tal conclusión no considera (...) que para los jurados populares no rige el sistema de valoración probatorio que es propio de jueces profesionales..." agregando que "...Los doce ciudadanos que por unanimidad declararon penalmente responsable a R. (...) fueron facultados a tomar una decisión (...) y se les dijo que tal decisión debía ser fruto de la consideración de las pruebas que se les ofrecieran en juicio [por lo que] ellos y solamente ellos deciden si creen o descreen (por ejemplo) de los diversos testimonios escuchados en el debate. Ellos asignan nivel de credibilidad a otorgar a las dos víctimas, a la madre, al médico forense (...) 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". Y que "[m]ás difícil resulta[ba] afirmar que los jurados actuaron más allá de toda duda razonable respecto de la situación de B. y en cambio no lo hicieron en referencia a su hermana M."

Tal valoración, estimamos, se corresponde además con lo declarado por el propio médico forense en juicio, quien si bien explicó que al momento del examen no halló en M. signos físicos compatibles con el abuso sexual denunciado, ello no significaba que no hubiera existido, indicando incluso que el orificio himeneal de la niña tenía una dilatación más grande que la esperable para su edad, ('6.20, video SMA Leg. 15541, Aud. 04/05/16 -JXJ- RAMÍREZ, p5.mp4), afirmando al finalizar el examen directo practicado por el Fiscal que "...una penetración sexual completa puede no dejar secuelas..." ('13.06 del video aludido). En el contraexamen, explicó que "...las lesiones antiguas, producto de abusos sexuales, [incluso] pueden llegar a dejar cicatrices o no..." ('14.25 en adelante). Es decir que la crítica sustentada por la Defensa no tiene asidero en las constancias de la causa, sino que son resultado de su apreciación subjetiva y parcializada del testimonio, y obedece más bien a una discrepancia sobre la solución adoptada. Por lo que la impugnación habrá de ser rechazada en este punto.

En efecto, las valoraciones y ponderaciones realizadas por el Tribunal de Impugnación, además de obedecer a cuestiones de hecho y prueba ajenas a la instancia federal (y por ende ajenas al andarivel recursivo escogido - inc. 2, art. 248 CPP-), no colocan al decisorio en un supuesto de arbitrariedad de sentencia capaz de concitar la competencia de nuestro Máximo Tribunal Nacional, ya que éste ampara exclusivamente aquellos casos en los que el fallo impugnado padece de una gravedad extrema que lo

descalifican como pronunciamiento judicial válido (CSJN, Fallos: 294:379 y 425; 295:931; 296:82; 308:614; 324:1721, entre muchos otros), lo que a la luz de lo expuesto no ha acontecido.

Recuérdese que la doctrina sostiene que la *"...falta de motivación significa ausencia de motivación (...)* Se designa como falta de motivación, en realidad, a la ausencia de una exposición de los motivos que justifiquen la convicción del juez en cuanto al hecho y a las razones jurídicas que determinan la aplicación de una norma a ese hecho (), comprendiendo todas las cuestiones sometidas a decisión (...). La falta de motivación debe ser siempre de tal entidad que el fallo resulte privado de razones suficientes, aptas para justificar el dispositivo respecto de cada una de las cuestiones de la causa () Puede ser total o parcial, según que falte la motivación para todas las cuestiones o que el defecto sea atinente sólo a una o algunas de ellas () Se debe distinguir, sin embargo, la falta de motivación, de la *"simple insuficiencia de motivación"*, que no deja a la resolución privada de fundamentos eficaces. La ley manda que la sentencia sea motivada, pero el pronunciamiento es fulminado con nulidad, únicamente cuando falta la motivación, no cuando ella es sólo imperfecta (), o defectuosa (). Tampoco la anula un error no esencial. En este sentido, no se debe confundir la ausencia o insuficiencia de motivación con el error en los motivos, que no entraña su nulidad () cuando carece de entidad decisiva, como cuando se trata de un error intrascendente y secundario (...) o cuando se sostiene que la motivación es errónea o equivocada () o *"defectuosa y poco convincente"* (). Como no la afecta tampoco el hecho de que sea breve y aun brevísima () o escueta (), siempre que sea eficaz..." (DE LA RÚA, Fernando, "LA CASACIÓN PENAL", Ed. Depalma, 1994, en Abeledo Perrot On Line, n° 5301/00085199).

No se observa tampoco fundamentación aparente en el análisis que efectúa el a quo respecto de las lesiones constatadas en B., ya que en forma unánime consideró que no había existido veredicto contrario a prueba en este punto, ya que el galeno que examinó a la niña fue categórico al describir las lesiones halladas en el ano de la menor, y lo hizo en estos términos: *"...dilatación del orificio anal..."* ('21.38, video SMA LEG 15541 - Aud 04/05/16 - JXJ - R. - p5.mp4) compatible con una *"...penetración con intención sexual..."* ('24.12) y que los hallazgos físicos en la niña *"...sugieren abuso sexual infantil..."*. Y dice que es *"...probable..."* la

presencia de lesiones, en teoría, cuando más pequeños son los genitales de la víctima con relación a los del victimario (a partir de '18.20).

Y tal contexto, estimamos que luce evidente la inexistencia de veredicto contrario a prueba, puesto que es dable inferir que el Jurado Popular, producto de la valoración de tal declaración en forma conjunta con el resto del material probatorio rendido en juicio y que confluía en la misma dirección incriminatoria, lo hizo razonar que frente a una prueba médica que por sí misma no excluía el abuso sexual con penetración en forma concluyente, sopesada con todo el resto del material probatorio válidamente obtenido, determinándolo al veredicto de culpabilidad verificado en autos, el que, además, fue pronunciado en forma unánime. No habiendo la Defensa logrado acreditar el presupuesto enunciado, por lo explicado precedentemente, el agravio será rechazado.

En base a lo expuesto, consideramos que el resolutorio impugnado fue debidamente motivado, a partir de una revisión amplia de las constancias y actuaciones concretas del legajo, dando una respuesta razonada a cada uno de los planteos del recurrente, lo que permite concluir que se trata de un acto jurisdiccional válido.

V.- Por las consideraciones supra vertidas, estimamos que corresponde declarar desde un estricto punto de vista formal la inadmisibilidad de la Impugnación Extraordinaria presentada por el Sr. Defensor Público de la IV Circunscripción, Dr. Ignacio Pombo, en representación del imputado L. R.; y corresponde imponer el pago de las costas procesales a la parte perdedora, al no versar la incidencia sobre un tema de libertad cautelar ni de ejecución de la pena, (arts. 268, segundopárrafo, y 270, primer párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.).

Por todo ello, esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA INADMISIBILIDAD de la impugnación extraordinaria presentada por el Sr. Defensor Público, Dr. Ignacio Pombo, en representación del Sr. L. R..

II.- CON COSTAS en la instancia (arts. 268, segundo párrafo, del CPP).

III.- Notifíquese, tómese razón y devuélvanse a la Dirección de Asistencia a Impugnación, a sus efectos.

OSCAR E. MASSEI
Vocal

EVALDO DARIO MOYA
Vocal

ANDRES C. TRIEMSTRA
Secretario