

**SENTENCIA N° veinte /2021.-** En la ciudad de Neuquén, Provincia de Neuquén, a los **seis días del mes de mayo del año 2021**, se reúne el Tribunal de Impugnación integrado por la doctora **Florencia Martini**, y los **Dres. Richard Trincheri** y **Fernando Zvilling**, bajo la presidencia del segundo, para dictar sentencia de impugnación en el **LEGAJO MPFZA N° 29349 Año 2019**, "**M.....P....., O..... D..... S/ABUSO SEXUAL**", del Registro de la Oficina Judicial de Neuquén, caso debatido en la audiencia celebrada el día 22 de abril del año en curso, en la ciudad de Neuquén, seguido contra **O..... M..... P.....**, DNI N° ....., de demás circunstancias personales obrantes en el Legajo; en la que intervinieron por la Fiscalía el Dr. Marcelo Jofré, por la Defensoría de los Derechos del Niño la Dra. Paula CASTRO LIPTAK y por la Defensa Pública el Dr. Diego Roberto ARTIGUE.

**REFERENCIAS:**

Por Sentencia del día 8 de FEBRERO del año dos mil veintiuno, dictada por la Sra. Jueza Leticia Lorenzo, en lo que aquí interesa, falló: "*I. Declarar penalmente responsable al señor O..... M..... P....., DNI N° ....., de demás datos registrados en el legajo por delito de abuso sexual simple en calidad de autor. . .*".

Al momento de la expresión de agravios en la Audiencia de Impugnación, el Sr. Defensor Oficial Dr.

Pedro Antigüe, luego de reseñar los hechos y antecedentes del caso, sostuvo que M..... P..... se encontró con J....., de 11 años de edad, y con otro niño. Que los invitó a armar un muñeco de nieve, luego quedó solo con la niña, quien finalmente decidió retirarse. Entonces, M..... P..... la tomó de los hombros para darle un beso en la mejilla. Pero al girarla para darle un beso en la otra mejilla, es decir, el segundo beso que se acostumbra a dar en su país de origen, por accidente le rozó los labios. Aclara que su asistido es nacido en Chile. Eso se interpretó como un acto intencional. La niña se fue a la casa de J..., M..... pidió disculpas a la niña por esa situación, y también se dirigió a la casa de la madre de la niña a explicar esta situación que, en su criterio, evidentemente sorprendió a ambos, a M..... P..... y a la niña. La madre se ofuscó, tendrá sus razones. Critica que la Dra. Lorenzo por no haber valorado integral y armónicamente la prueba producida, sino que realizó una valoración sesgada y parcial de la situación. No se discutieron las circunstancias de lugar y tiempo. Se discutía si el beso fue intencional o accidental, como lo planteara el Dr. Méndez, defensor en juicio. No se valoraron circunstancias relevantes. Consideró la Jueza la asimetría de edad. Que su asistido inició el acto, quien generó el comportamiento, el saludo, sin tener un vínculo, y tratarse de un desconocido para la víctima. Pero que esto no responde

si fue algo accidental o intencional. Omitió valorar circunstancias tales como el lugar, un patio común a ambas viviendas. Era vecino de la niña. No un desconocido, la niña lo ubica como "el vecino", sabía de quién se trataba. Fue el mediodía. Omite lo más relevante, que M..... P.... le pidió disculpas a la niña, quién, sin embargo, se dirigió a la casa de J...., y no fue a ver a su madre en forma inmediata. Explicó a la madre de la niña que en su país de origen se acostumbra a dar dos besos. No se discute la credibilidad de la niña, porque reconoce que le pidió disculpas directamente a ella y cómo fue la situación. Que la haya tomado de los hombros no fue para forzar un beso. La dinámica indica que fue un hecho accidental. Como si tener un vínculo de confianza podría excluir la intencionalidad. Se pregunta qué hubiera pasado de no haberse presentado a dar explicaciones a la madre. Esto podría haberse resuelto por una vía amigable entre las partes. Solicita se ejerza competencia positiva y se absuelva a su asistido.

Al hacer uso de la palabra el señor fiscal, Dr. Marcelo Jofré, sostuvo que nunca dijo la fiscalía o la querrela que el imputado se comportó amablemente, que sea un saludo como en el país de origen del imputado y nunca se habló en el hecho que le rozó los labios. El beso fue intencionalmente dado en la boca. La defensa olvida que la niña tiene la edad de 11 años. La arbitraria valoración

alegada por la defensa no se condice con lo sucedido en juicio y con lo que dijera la jueza de garantías en forma armoniosa. La niña fue clara, el imputado la tomó de los hombros, le dio el beso en la boca y se sintió incómoda. Que esto es para contestar la alegada arbitrariedad. La niña dijo que se sintió incómoda, que no le gustó y que fue a buscar a su amigo J.....La defensa que sostiene que, porque hubo un pedido de disculpas, el hecho no existió. Fue un hecho intencional. El Tribunal de Impugnación ha distinguido absurdidad de la arbitrariedad. Y ninguno de estos supuestos pudieron ser demostrados por el defensor. Se pregunta el señor fiscal por qué razón la defensa entendió que la declaración de la menor víctima es arbitraria, por qué entendió que V.... P....., la madre, en su declaración fue arbitraria, por qué entendió que la psicóloga que llevó adelante la entrevista fue arbitraria, y por qué lo fue M.... F....., la mamá de J..... No existe la arbitrariedad alegada, la Jueza de Garantías valoró cada una de las pruebas. La defensa, afirma, no incorporó ninguna teoría del caso, sólo que fue un hecho accidental. Dice que la Jueza no analizó elementos de importancia, pero no quita que el hecho existió. Respecto de la crítica por el lugar en que se perpetrara no quita que haya sido intencionalmente sexual. Si bien era un vecino, no lo era de años, sino que hacía poco tiempo que había llegado al lugar. De haber aceptado la

disculpa la madre, en realidad ella no fue la víctima, sino su hija de 11 años. Fue un hecho impúdico y existe una asimetría en la edad, la víctima de 11 años y el imputado de 40. La Jueza dijo que no le daría la entidad que se pretende al testimonio de la psicóloga, porque en definitiva transmite lo que dijo la niña. Dijo tres o cuatro veces que el beso fue intencional, el que en forma inmediata comentó a la madre. No es una sentencia arbitraria, se ajusta a la prueba producida. Que la defensa no trajo prueba, y si bien la carga de la prueba le corresponde a la Fiscalía, bien podría haberla traído para desvirtuar la acusación. Solicita se declare la inadmisibilidad de la impugnación porque no demostró la arbitrariedad.

Al hacer uso de la palabra la querrela, la Dra. Paula CASTRO LIPTAK indicó que nos encontramos ante una sentencia armoniosa y coherente. No existe arbitrariedad. Sostuvo la doctora Lorenzo que el hecho fue claramente impúdico. Fue doloso o intencional, ya que el acercamiento no se justificaba por no ser una persona de confianza. La niña dijo que el beso le provocó miedo. Que existe un prejuicio y estereotipo de la defensa sobre cómo debería haber actuado la víctima ante el beso recibido y no irse con su amigo. Que no es correcto pretender que las víctimas se comporten como lo entienden los operadores jurídicos. Esto es inapropiado y

todos debemos adecuarnos a las perspectivas de género. Solicita la confirmación de la sentencia.

En las preguntas aclaratorias efectuadas por el Tribunal, el Sr. Fiscal reiteró que solicitó la declaración de inadmisibilidad por no darse la arbitrariedad. En tanto, la defensa sostiene que es arbitraria, no sólo que no se comparte lo decidido. Respecto del miedo, sostiene la querrela que la niña dijo expresamente en la Cámara Gesell que sintió miedo. La defensa, en tanto, sobre la fundamentación omisiva, señaló que la sentencia omite circunstancias relevantes y no da una respuesta a la cuestión central del elemento subjetivo de la conducta. El tema del miedo, sostiene que él no lo vio en la Cámara Gesell. Destacó la Jueza la incomodidad que la llevó a irse detrás de su amigo.

El imputado, al hacer uso de la palabra sostuvo que "fue un accidente, nada más".

Establecido el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el Dr. Fernando Javier Zvilling, luego el Dr. Richard Trinchero y, finalmente, la Dra. Florencia Martini.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria- del Código Procesal Penal, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

**PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.**

**El Dr. Fernando Javier Zvilling, dijo:**

Es necesario hacer una referencia a la solución propuesta por la fiscalía, ya que solicitó la declaración de inadmisibilidad de la impugnación, por considerar que la defensa no demostró el vicio de arbitrariedad. Ello, pese a que la había consentido expresamente al momento de tratarse la admisibilidad de la impugnación.

También generó cierta sorpresa que la Defensa alegara la existencia de sesgos y errónea valoración de la prueba en su exposición, para finalmente, al solicitarse precisiones frente a la postura fiscal, elevara sus propias exigencias argumentativas, al afirmar que la sentencia era arbitraria.

De cualquier modo, y tratándose de aparentes problemas de índole conceptual, es necesario recordar, como ya lo sostuviera en la sentencia 59 del cinco de septiembre del año 2018, en el Legajo MPFZA Nro. 22051 Año 2017, caratulado: "H....., A.....D..... S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL", en la que participara y requiriera la misma solución del caso el Dr. Marcelo Jofré, lo siguiente: "La Fiscalía y la querrela solicitaron se declarara la inadmisibilidad formal de la impugnación de la

Defensa, desconociendo no sólo la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Impugnación sobre el tema, sino el cambio normativo operado en nuestro sistema procesal penal, que en cumplimiento de los Tratados de Derechos Humanos suscriptos por la Argentina, hoy de raigambre constitucional, garantizan al imputado la revisión amplia de la sentencia (Herrera Ulloa, como fuente jurisprudencial. Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 2 de julio de 2004), es decir, la necesidad del "doble conforme". No pueden existir obstáculos formales vinculados con la admisibilidad recursiva, ya que serían conductas procesales violatorias de las normas mencionadas.

Considerando la reiteración de estos planteos, es necesario realizar algunas consideraciones. En el caso "Herrera Ulloa", entre otras cuestiones, sostuvo la Corte Interamericana de derechos Humanos que *"161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un Juez o Tribunal Superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del*

*fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que "no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces", es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos".*

*Que (p. 164)... La posibilidad de recurrir del fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. (p. 165). Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida. (p. 166). Al respecto, el Comité de Derechos Humanos concluyó [...] que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación [...], limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.*

*Que (p. 167) ... en el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el Tribunal Superior realizara un análisis o*

*examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el Tribunal Inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico "La Nación", respectivamente (supra párr. 95. w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado".*

Recordemos que luego de algunos años de seguimiento del caso por parte del Organismo Internacional, y de varias observaciones a las modificaciones parciales de la legislación costarricense sobre el derecho al recurso, el 22 de noviembre de 2010 la Corte Interamericana de Derechos Humanos archivó el caso, al considerar que la nueva legislación *satisfacía los estándares de la revisión*: 1) Que la sentencia pueda ser revisada por un Tribunal Superior. 2) Que sea un *recurso simple, sin mayores formalidades y que evite requisitos o restricciones que infrinjan la esencia del derecho a recurrir*. 3) Debe posibilitar el *examen integral* de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el Tribunal de Juicio.

El código procesal penal de nuestra provincia establece en su art. 237 una limitación recursiva

para los acusadores, en caso de "absolución" basada en la 1) Arbitrariedad de la sentencia y/o en la 2) Apreciación absurda de las pruebas recibidas en el juicio. Pero no se trata de un obstáculo o límite para el "doble conforme" o "revisión amplia" contra una sentencia de condena. Una vez más, el precedente "Casal" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reiteradamente empleado por los litigantes en las audiencias, si bien se trató de un avance contra las limitaciones de la Casación tradicional, ha sido ampliamente superado por la actual legislación procesal penal de Neuquén.

Las consideraciones expuestas dan cuenta que el planteo de Sr. Fiscal, Dr. Marcelo Jofré, no se ajusta a nuestro sistema normativo, por lo que corresponde admitir formalmente la impugnación y analizar el fondo de la cuestión sometida a decisión.

Por ende, 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 impugnabile desde el plano objetivo, corresponde su tratamiento (arts. 227, 236 y ccdtes. del C.P.P.).

*El Dr. Richard Trincheri, expresó:*

Por compartir los argumentos esgrimidos por el Sr. Juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

*La Dra. Florencia Martini, sostuvo:*

Por compartir los argumentos esgrimidos por el Sr. Juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

**SEGUNDA:**      ¿Qué      solución      corresponde adoptar?.

*El Dr. Fernando Javier Zvilling, dijo:*

Durante el transcurso de la audiencia de impugnación, y más allá de una parcial incompreensión de los acusadores sobre algunos de los aspectos centrales que cuestionara la defensa, lo cierto es que el tema a decidir - controvertido- consiste en establecer si la decisión de la Sra. Jueza de Juicio, Dra. Leticia Lorenzo, es correcta al afirmar que el beso del imputado a la niña fue intencional y no accidental, como lo afirma la defensa.

Por la discusión generada en la audiencia y las controversias entre las partes, posiblemente sea necesario recordar que el pedido de disculpas del imputado a la madre de la niña, el lugar de perpetración, la diferencia de edad, etc., son datos que deben ser analizados -y lo fueron en la sentencia- para establecer la existencia o inexistencia de aquella intencionalidad, y no precisamente respecto de otras interpretaciones descontextualizadas de los aspectos probatorios que deben ser analizados.

Como lo señala la sentencia "... lo sucedido en concreto el testimonio central es el de J..... en Cámara Gesell. En varias ocasiones y de distintas formas (con su relato oral, graficando en su cuerpo y finalmente, antes de concluir la Cámara Gesell escenificando lo sucedido) relata lo que le sucedió estaba: jugando con su amigo J...., se aproximó un hombre adulto que les invitó a hacer un muñeco de nieve en el frente de su casa, a J.... lo llamaron a comer y quedó sola con esta persona. Se sintió incómoda y le dijo que iba a buscar a su amigo. En ese momento el vecino le dio un beso en la mejilla y un beso en los labios. Luego le pidió perdón y le dijo que fue sin querer...".

No existe controversia en el hecho de que M..... P.... le haya dado un beso a J..... H....., como así tampoco que ese beso haya sido aplicado en los labios. El tema guarda relación con el contenido libidinoso del acto, por tratarse de un acto intencional -como lo afirma la acusación en respaldo de la sentencia- o accidental, como lo indicara la defensa en esta Impugnación.

Surge claro del voto de la Dra. Lorenzo que los datos señalados al comienzo de mi voto fueron utilizados para interpretar la intencionalidad de la conducta. Aunque, también es cierto, de por sí no son demostrativos de dicha intencionalidad. En este sentido se hizo referencia a la asimetría de edad entre víctima y victimario, antes del hecho

ilícito -luego de que se retirara su amigo-, lo que hizo sentir incómoda a la niña. También se señaló que los besos fueron una iniciativa del imputado, quien no tenía una relación de confianza que justificara ese tipo de saludo, independientemente de la intencionalidad o no del beso en la boca.

Estas circunstancias contextualizan lo que luego sucediera y gráficamente explicara la niña, cuyo relato es decisivo a la hora de acreditar la intencionalidad. Pero antes de analizar su relato -lo que la sentencia afirma sobre ese relato-, lo cierto es que la Defensa Técnica representada por el Dr. Pablo Méndez en Juicio sostuvo que el beso accidental fue producto de una costumbre arraigada en la tradición hispana. Sin embargo, más allá del tratamiento que se diera en la sentencia a este aspecto, lo cierto es que no creo que se trate de un hecho casual que la defensa, durante la impugnación, redujera el ámbito de esa *costumbre del mundo hispano al país de origen* del imputado M.... P..... Una forma de reducir semejante generalización pero que, sin embargo, aunque un poco más precisa, probatoriamente -sobre ese puntual aspecto- es muy débil, por la sencilla razón de que en Chile, podría afirmarse aún en forma más confiable, que ese modo de saludo de despedida no es parte siquiera de su costumbre. No me atrevería incluso a afirmar si existen distintas costumbres en nuestro vecino país, como sucede en

diferentes regiones de la Argentina. Solo pretendo señalar que la "costumbre" requería de prueba adicional para que la generalización tuviera más garantías de confiabilidad.

De cualquier modo, lo cierto es que existiendo o no existiendo esta costumbre, el relato de la niña desmiente toda posibilidad de un beso accidental que sólo rozara los labios de la niña, como se afirmara, desde que, en su explicación, y tal como lo sostuviera la Fiscalía -Dr. Marcelo Jofré- y la querrela -Dra. Paula Castro Liptak- y se explicara en la sentencia. *"... este vecino le da un beso para saludarla y se produce el beso en la boca. En este punto encuentro relevante que fue el vecino quien inició el saludo dándole el primer beso en la mejilla y el segundo en los labios. J..... indica que ella le dijo que iría a buscar a J.... y que fue él quien le dijo "bueno, chau" y se aproximó para darle un beso. En el inicio de su relato marca en su cara que la besó en la mejilla y en la boca. Luego, cuando escenifica cómo fue, indica que la tomó de los hombros y le dio un primer beso en la mejilla y un segundo beso en los labios..."*.

Basta observar en la Cámara Gesell reproducida en juicio el modo en que brindara esta explicación la niña para advertir que no existe posibilidad alguna que ese relato pueda interpretarse del modo en que lo postula el imputado y su defensor. Es decir, que el beso haya

consistido en un rozamiento casual de los labios. Incluso, estas pocas circunstancias de hecho controvertidas requirieron de pedidos de precisiones por parte del Tribunal durante la audiencia, porque era el aspecto central de la decisión.

Las restantes críticas de la Defensa, como el lugar de producción del evento y el conocimiento previo entre víctima y victimario fueron debidamente respondidas por los acusadores, desde que no sólo se encontraban solos en ese preciso lugar, fuera de la mirada de terceras personas, sino que el imputado vivía en el barrio hacía poco tiempo y no existía relación de confianza alguna entre ellos que justificara ese saludo, lo que explica, probablemente, la reacción de la madre frente al pedido de disculpas.

Las razones señaladas dan cuenta que la sentencia no adolece del vicio de arbitrariedad señalado, pero incluso, sin llegar a tal extremo de descalificación posible de una pieza procesal, lo cierto es que la Sra. Jueza ha llevado a cabo un proceso de valoración probatoria ajustado a las pruebas producidas en juicio, que no adolece de los sesgos señalados, y, menos aún, de un déficit de fundamentación omisiva, aspecto éste que tampoco fueran explicitados por la Defensa, aún ante el pedido de precisiones por parte del Tribunal.

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

La Dra. Florencia Martini, sostuvo: que por compartir los fundamentos y conclusiones de quien emitió opinión en primer término, me pronuncio en idéntico sentido.

**TERCERA:** ¿Es procedente la imposición de costas?.

El Dr. Fernando Zvilling, dijo:

Considerando el resultado de la impugnación, no corresponde la imposición de costas. arts. 268 del CPP).

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

La Dra. Florencia Martini, sostuvo: que por compartir los fundamentos y conclusiones de quien emitió opinión en primer término, me pronuncio en idéntico sentido.

Por las razones expuestas, el TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN, por unanimidad,

**RESUELVE:**

I.- **DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL** de la impugnación deducida por el recurrente (arts. 233, 237 y 241 inc. 3 del CPP).

II.- NO HACER LUGAR A LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA POR LA DEFENSA, y en consecuencia, CONFIRMAR la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio, por la que se condenara a O..... M..... P....., DNI N° ....., CUYAS demás circunstancias personales obran en el Legajo de la Oficina Judicial, *abuso sexual simple, en calidad de autor.*

III.- SIN COSTAS (art. 268, segundo párrafo *in fine* del CPP) por el trámite derivado de la impugnación de la sentencia.

IV.- Regístrese, notifíquese mediante copia a los correos electrónicos de las partes y en forma personal al condenado. Cúmplase.

**Reg. Sentencia Nro. 20 Año 2021.-**