

SENTENCIA N° veintiocho /2015.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **quince días del mes de mayo de dos mil quince**, se constituye el Tribunal de Impugnación conformado por los Sres. Jueces, **Dr. FERNANDO ZVILLING**, quien presidió la audiencia, y los **Dres. FLORENCIA MARTINI** y **ALEJANDRO CABRAL**, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el **legajo MPFNQ 15.752/14 "G., D. . S/ABUSO SEXUAL AGRAVADO"**, seguido contra **D. D. G.**, argentino, soltero, DNI, nacido el 30 de septiembre de 1973, criancero, con domicilio en Mz. ..., Lote ..., B. ... de esta ciudad, hijo de y de

La audiencia prevista por el art. 245 del CPP se llevó a cabo el día 30 de abril del presente año e intervino el Sr. Defensor de confianza de D. G., Dr. Carlos Vaccaro, encontrándose presente el imputado y en representación del Ministerio Público Fiscal, la Dra. Soledad Rangone.

ANTECEDENTES:

_____ A) Por sentencia N° 101/2014 dictada el día 19/11/14, del registro de la Oficina Judicial Penal de la Primera Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Neuquén, el Tribunal de Juicio integrado por la Juez Penal, Dra. Ana Malvido y los jueces subrogantes Dres.

Richard Trincheri y Mario Rodríguez Gómez, resolvió I.-
Declarar a D. D. G. autor penalmente responsable del
delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR SU CONDICIÓN
DE ASCENDIENTE Y ENCARGADO DE LA GUARDA (art. 119 primer párrafo y
tercero inc. b) del CP), en perjuicio de A. M. C. C.. -

Asimismo, por sentencia N° 33/15 del día
13/3/15, dicho Tribunal dispuso IMPONER a D. D.

G. la pena de DIEZ AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO
EFECTIVO en relación al delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO
CARNAL AGRAVADO POR LA CALIDAD DE AUTOR, ASCENDIENTE Y
ENCARGADO DE LA GUARDA (art. 119, primer, tercer y cuarto
párrafo inc. b) del CP), por los hechos ocurridos entre el
31/12/10 y 19/4/11 en perjuicio de su hija A. C.,
cuando contaba con 14 años de edad. Los hechos consistieron
en haber abusado sexualmente con penetración, introducción
del pene en la vagina, producto de la relaciones la menor
quedó embarazada, dando nacimiento a un niño, fallecido
cunado contaba con 8 meses de edad. Algunos de los sucesos
ocurrieron en ocasión del régimen de visitas que tenía la
menor con el imputado y, en otras, durante la convivencia
que G. tenía con C. C., madre de la
víctima, en el domicilio sito en, Sector

, Mz ..., lote ... de esta ciudad. Concretamente, se
mencionan dos hechos: 1º) Ocurrido el 1/1/11, en horas de

la madrugada en la vivienda de los padres del imputado, domicilio ubicado en Mz., lote ... del B. de la ciudad de Neuquén, mientras A. se encontraba durmiendo en el dormitorio que compartía con G., comenzándole a tocar los pechos, pese a que la menor le decía que eso estaba mal, continuó, la calló y le dijo que era su hija, que lo tenía que respetar, procediendo a continuación a forzarla para tener relaciones sexuales, penetrándola vía vaginal. 2º) Ocurrido una noche de un fin de semana, sin poder precisar la fecha, en circunstancias en las que dormían en una habitación de la vivienda, lugar donde residía la cuñada de G., en Barrio en una toma, previo a despertarla, tocándole sus partes íntimas la accedió carnalmente pese a la negativa de la menor.

B) La Defensa particular, representada por el Dr. Carlos Vaccaro dedujo, el día 26 de marzo del año en curso, recurso de impugnación ordinaria contra los referidos pronunciamientos.

Concentró su crítica a la sentencia en lo siguiente:

1º) Violación al debido proceso al acreditar por vía de convención probatoria, la paternidad de G. tanto de A. M. C. C. como de

R. J. C., en violación a lo dispuesto por el art. 247 del CC.

2º) Violación del debido proceso legal al acreditar la materialidad del hecho imputado mediante convención probatoria que tornó ilusoria el derecho de defensa la establecerse como ajeno al debate una conducta que reúne los elemento del tipo penal imputado. A preguntas del Tribunal explica que tal convención implica reconocer el delito del art. 119 o al menos el del art. 120 del CP. Dice que no importa la existencia o no del consentimiento de la víctima, que el sólo hecho de tener relaciones con la hija de 14 años implica un delito para nuestro ordenamiento jurídico.

3º) Violación a la garantía de la defensa en juicio al no requerirle al imputado su conformidad para la convención probatoria formulada por la Defensa Oficial existente en ese momento, que implicaba en definitiva el reconocimiento de un delito. Es decir sin las formalidades que implican un acuerdo (arts. 217 y ss del CPP).

4º) Violación del debido proceso al haberse omitido correr traslado de la prueba ofrecida por el Ministerio Público Fiscal para la audiencia de determinación de la pena y haberse realizado la misma sin haberse llevado adelante la audiencia de control de prueba pese haber manifestado la defensa su oposición a la prueba

ofrecida. Dice que el Tribunal se aparta de la norma escrita (art. 178 CPP) en cuanto resolvió mediando oposición de la defensa a la prueba, sin convocar a otro Juez del Colegio de Jueces tal como prevé dicha norma.

5º) Violación a la garantía de la defensa en juicio al haberse fundado el pedido de pena, en una prueba que no fuera producida durante el debate de determinación de pena.

6º) Valoración al momento de fijar la pena de un hecho no imputable al imputado al sostener que *"como un adicional del sufrimiento padecido, su hijo al poco tiempo de nacer falleció"*. Hecho que no tiene que ver con la conducta del imputado y en cuanto no sabía que era su hijo hasta hacerse el ADN.

7º) Violación al debido proceso legal al modificar la calificación legal dada al momento de dictar la sentencia de responsabilidad penal del imputado, introduciendo el párrafo cuarto del art. 119, el que no había sido mencionado en dicha oportunidad. Dice que la mencionar el párrafo primero y tercero y no el cuarto párrafo la pena se modifica porque el párrafo tercero dice que la pena es de 6 a 15 años, mientras que el párrafo cuarto la pena es de 8 a 20 años.

C) El Ministerio Público Fiscal manifestó que durante el proceso se respetaron todas las garantías constitucionales.

Refiere que con la defensa se arribó a una convención probatoria, en donde el imputado reconocía ser el padre de su hija A. C., como también que había mantenido relaciones sexuales con su hija de 14 años y que de dicha relación había nacido R. J. C.-

Refiere que a ese acuerdo se arribó porque existía una prueba de ADN que así lo establecía. Que lo que no se convino fue respecto del consentimiento de la víctima. La defensa centró su estrategia en el consentimiento prestado por la víctima.

Agrega, que el mismo imputado declaró reconociendo haber mantenido relaciones sexuales con su hija, habiéndose centrado la cuestión en el consentimiento prestado por la víctima porque la menor ya tenía 14 años cuando ello aconteció.

Dice que la fiscalía pudo probar durante el juicio que no había existido un consentimiento válido por parte de A., y que en definitiva tal consentimiento -de haber existido- se encontraba viciado.

Que el imputado nunca reconoció ningún delito, lo único que reconoció fue el haber mantenido relaciones sexuales con su hija de 14 años de edad.

En cuanto a la prueba que refiere la Defensa que se opuso a su incorporación, refiere que no fue prueba, sino los videos del juicio. Menciona que el juicio está dividido en dos etapas, que no es prueba nueva y que los jueces no pueden obviar dicha la prueba producida durante el debate relativo a la responsabilidad del imputado.

En cuanto a la agravantes que tuvo en cuenta el Tribunal para imponer las pruebas menciona que fue el hecho de que no tenía padre, que de pronto conoció a su padre y este se aprovechó del estado de vulnerabilidad para accederla carnalmente. Dice que cuando queda embarazada A., G. la abandonó. Todo eso fue lo que valoró el Tribunal para imponer la pena.

Por último, refiere que la calificación legal dada al hecho no fue modificada en ningún momento. La sentencia claramente dice que fue por el delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA CALIDAD DE ASCENDIENTE Y ENCARGADO DE LA GUARDA, mencionando el inc. b), lo único que no se mencionó fue el párrafo cuarto, pero es claro porque el párrafo tercero no tiene incisos, por lo que entiende no se afectó la defensa en juicio.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe

expedirse el **Dr. Alejandro Cabral**, luego el **Dr. Fernando Zvilling** y, finalmente, la **Dra. Florencia Martini**.

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

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible la impugnación ordinaria deducida?.

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo:

Que corresponde examinar si se han cumplido las prescripciones legales para que el recurso sea admisible, conforme lo dispuesto por el artículo 242 del C.P.P.

En tal dirección cabe considerar que el escrito fue presentado en término, por ante la Oficina Judicial respectiva, por quien se encuentra legitimado para ello; tratándose de una sentencia definitiva y por ende de una decisión impugnabile en los términos de los arts. 233, 236 y 239 del rito.

De igual modo, la impugnación resulta autosuficiente por cuanto del escrito presentado y de lo debatido en la audiencia celebrada (art. 245 del CPP) fue posible conocer cómo se configuran los motivos de impugnación aducidos y la solución final que propone.

Por lo expuesto, considero que el recurso de impugnación deducido debe ser declarado formalmente admisible. Tal es mi voto.-

El **Dr. Fernando Zvilling**, dijo: que adhiere al voto del Dr. Cabral, por compartir la respuesta que propone a esta primera cuestión.

La **Dra. Florencia Martini**, expresó: que comparte la decisión adoptada por el vocal del primer voto en relación a la admisibilidad de la vía recursiva.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo:

1) El Dr. Vaccaro en relación al primer agravio entiende que el Código Civil establece taxativamente la forma en que queda determinada legalmente la paternidad extramatrimonial, ya sea por el reconocimiento del padre o por sentencia judicial, y que no se respetaron dichas formas, no pudiendo darse otras. Por lo que considera que la convención probatoria en la que el imputado reconoció ser el padre de A. C. no es válida, pues el art. 170 del Código Procesal Penal de Neuquén, que admite la libertad probatoria, no puede derogar el Código Civil.

Cabe destacar que justamente el art. 247 del CC establece que "*la paternidad extramatrimonial queda*

determinada legalmente por el reconocimiento del padre..." y en tal aspecto, el art. 248 inc. 2º del CC, dice que el reconocimiento "resultará de una declaración realizada en instrumento público". Es más el art. 253 del CC admite toda clase de prueba para las acciones de filiación, aún las biológicas y el art. 249 del CC dice que es irrevocable y que no puede estar sujeto a modalidades que alteren las consecuencias legales. En consecuencia de todo lo expuesto, es claro que el art. 247 del CC admite el reconocimiento del padre, máxime si fue realizado en un instrumento público como lo es un expediente. A ello cabe agregar que dicha convención probatoria fue efectuada en función de la prueba biológica de ADN que estableció que tanto A. como el hijo de la relación de ambos, eran hijos del imputado.

Por todo lo expuesto, en el entendimiento que la convención probatoria fue efectuada dentro de los términos de lo dispuesto por los arts. 247, 248 inc. 2º y 253 del CC y de los arts. 170 y 171 del CPP, no habiéndose violado ninguna de las disposiciones del Código Civil, es que entiendo debe rechazarse este agravio.

2) El segundo agravio consiste en que la convención probatoria por la que el imputado reconoce haber mantenido relaciones sexuales con la víctima y que esta era su hija, implica lisa y llanamente el reconocimiento de un

delito. Agrega el impugnante que el Tribunal nunca podría haber admitido tal convención probatoria, pues implicaba lisa y llanamente el reconocimiento de un delito penal en violación a la garantía de la defensa en juicio, máxime que no existía un acuerdo sobre la aceptación del delito.

En este aspecto cabe destacar que la convención probatoria mencionada, no implica -como pretende la defensa- el reconocimiento de ningún ilícito, pues tanto el art. 119 o 120 del CP reprimen la conducta cuando la víctima fuere menor de 13 años o, no hubiera podido consentir libremente el acto o, hubiere un aprovechamiento de la inmadurez sexual. Es decir, que el Código Penal sanciona la relación sexual con una menor de 13 años, o con una mayor de dicha edad cuando no pudo libremente consentir la relación sexual o, cuando siendo menor de 16 años hubo un aprovechamiento de su inmadurez sexual.

A su vez, la convención probatoria se encuentra acotada por el objeto del debate que es el que quedó fijado en el control de acusación, esto es, se acusó por la conducta que tipifica el art. 119 primer, tercer y cuarto párrafo, con lo cual queda fuera del objeto del litigio la figura prevista por el art. 120 del CP.-

En el presente caso nada de eso sucedió, pues la convención probatoria fue sobre la existencia de una relación sexual con su hija -es más, el propio imputado

declaró expresando que A. fue su pareja-, y justamente lo que se discutió en el juicio fue el consentimiento, no estando tampoco en juego la inmadurez sexual de la víctima.

Por todo ello, teniendo en cuenta que la convención probatoria arribada, no implicó el reconocimiento de ningún ilícito penal, es que considero que debe rechazarse el segundo agravio.

3) El tercer agravio, consiste en que la convención probatoria en la que el imputado reconoció ser el padre de A. y haber mantenido relaciones sexuales con ella, no fue ratificada por G. y al haber implicado el reconocimiento de un ilícito, debería haber prestado su consentimiento de conformidad con lo establecido por el art. 217 inc. 1º del CPP.

Al respecto debo mencionar -como se dijo en el punto anterior-, que la convención probatoria no implicó el reconocimiento de ningún ilícito. Siendo ello así, la convención probatoria arribada no necesitaba la conformidad del imputado (art. 171 último párrafo del CPP).

Por otra parte, es importante señalar que el imputado declaró al iniciar el debate que mantenía una relación de pareja con A. C.. En cuanto a la convención probatoria que admitía ser el padre de A., tuvo su fundamento en la prueba de ADN que se practicara y de la que tenía conocimiento la defensa, tal como lo

expresara la fiscalía en su réplica, lo que por otra parte no fue cuestionado por la defensa.

Por tales razones, en el entendimiento que no se violó garantía de la defensa en juicio, no siendo necesario el consentimiento del imputado para arribar a una convención probatoria, es que considero que debe rechazarse el presente agravio.

4) Este agravio lo funda la defensa en el art. 178 del CPP relativo a la prueba para la determinación de la pena. Al respecto la defensa entiende que se opuso a que se ofrecieran los videos del juicio en el que se debatió la culpabilidad del imputado. Refiere que tal oposición no fue resuelta por otro juez del colegio de jueces, tal como lo prevé el art. 178 en su segundo párrafo CP.

Tal cuestión fue resuelta por el Tribunal de juicio expresando que los videos del juicio no revisten propiamente nueva prueba, pues se refieren a la primera parte del juicio no debiendo resolverse nada sobre la prueba ya existente. Tal cuestión fue contestada oportunamente por el Tribunal de juicio y el impugnante no dio nuevo fundamento que exprese claramente por qué los videos del juicio en los que se declaró culpable al imputado son nueva prueba que deba resolver otro juez del colegio de jueces sobre su procedencia.

Cabe destacar que el juicio es un todo que se lleva a cabo en dos etapas o fases. En una, se discute la existencia del hecho, la calificación penal y la responsabilidad penal del acusado. En la otra, la pena concreta a imponer por dicho ilícito. No son dos juicios distintos sino uno sólo dividido en dos etapas. Por eso mismo el art. 178 del CPP aclara perfectamente que es un solo juicio y cuando se refiere a la prueba para la determinación de la pena, expresa "*Si media oposición con respecto a las nuevas pruebas*" dice que lo decidirá otro juez del colegio de jueces. Tal como lo dijo el Tribunal de juicio, esta no es nueva prueba, sino la prueba ya llevada a cabo durante el juicio de culpabilidad.

Por tal razón, considerando que el impugnante no ha fundado de manera alguna el por qué considera que esta es una nueva prueba, entiendo que el presente agravio debe rechazarse por falta de fundamentación suficiente.

5) El quinto agravio se funda en que la determinación de pena, tuvo su motivación en prueba que no fuera producida durante el juicio de determinación de la pena. Al respecto cabe mencionar lo que se dijo anteriormente, en el sentido que el juicio es uno sólo. Es verdad que las partes pueden ofrecer nueva prueba o no. Sino se ofrece nueva prueba -como sucedió en el presente

caso-, la pena se fijará en base a los argumentos que expresen las partes respecto de la prueba ya producida en el juicio de responsabilidad.

Así, no sólo lo prevén los arts. 178 y 179 del CPP, sino el Código Penal en los arts. 40 y 41, mencionando que se deben tener en cuenta los atenuantes y agravantes, tales como: naturaleza de la acción y medios empleados, extensión del daño, edad, educación, costumbres, calidad de los motivos que lo llevaron a delinquir, los vínculos personales, calidad de las personas, circunstancias de tiempo modo y lugar, etc., cuestiones todas estas que pueden probarse en una u otra etapa del juicio. Cuando las partes consideran que ya han probado todos los extremos relativos a los agravantes y atenuantes en la primera etapa, no siendo necesario citar nuevos testigos para la determinación de la pena, el juicio de la pena se efectuará comenzando con los alegatos de las partes.

Si la defensa hubiera querido interrogar a los mismos testigos que concurrieron a la primera etapa del juicio, los podría haber citado nuevamente para la segunda etapa, nada de ello está prohibido. Lo cierto es que la defensa no citó un solo testigo.

En tal contexto, el agravio relativo a que se violó el derecho de defensa en juicio porque se

introdujeron testigos de la primera etapa del juicio, debe ser rechazado por haber tenido la defensa todas las posibilidades de haberlos interrogado nuevamente sobre los aspectos relativos a la pena, si así lo hubiera requerido.

6) Como sexto agravio refiere la Defensa que el Tribunal para mensurar la pena tuvo en cuenta "*como un adicional del sufrimiento padecido, (que) su hijo al poco tiempo de nacer falleció*". Es verdad que tal cuestión es ajena al hecho imputado. Ello fue resultado del caso fortuito y no puede ser atribuido como una agravante aunque sí el hecho de que la menor haya quedado embarazada contando con sólo 15 años de edad a consecuencia del abuso. Por tal razón, considero que este agravio puede prosperar y atento ello propongo se disminuya y modifique la pena impuesta por la de 9 (nueve) años de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas del proceso.

7) Por último, el impugnante también se agravia por considerar que se modificó la calificación legal, con dictado del fallo relativo a la pena, por entender que no se encontraba comprendido en la declaración de culpabilidad el cuarto párrafo del art. 119 del CP.

Este agravio considero que debe rechazarse porque del fallo relativo a la culpabilidad surge claramente que la calificación legal del hecho fue

ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR SU CONDICIÓN DE ASCENDIENTE Y ENCARGADO DE LA GUARDA. El hecho de que no se haya mencionado el párrafo cuarto nada modifica la cuestión pues se escribió claramente en la sentencia que se agravaba por la condición de ascendiente y de guardador citándose el inc. b). Cabe destacar que el párrafo tercero no tiene incisos, sólo el cuarto párrafo, por lo claramente esta simple omisión material de ningún modo pudo llevar a la confusión o a menoscabar el derecho de defensa en juicio.

Amén de ello, tal cuestionamiento también fue respondido por el Tribunal de juicio al momento de determinar la pena diciendo *"que si bien en dicha pieza procesal no se consignó el cuarto párrafo, de la lectura de la misma surge, sin duda alguna, que la calificación adoptada contiene como agravante el inc. b) del cuarto párrafo, calidad de autor, lo que fuera ampliamente argumentado en los considerandos de la sentencia mencionada"*.

Por todo lo expuesto, considero que el séptimo agravio también debe ser rechazado.

El **Dr. Fernando Zvilling**, expresó: Por compartir los argumentos y conclusiones a las que arriba el Dr. Cabral, me pronuncio en igual sentido.

La **Dra. Florencia Martini**, manifestó: Participando de los términos y conclusiones a las que

arriba el primer voto inaugural, me expido en el mismo sentido.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo:

Atento al modo de resolver el presente litigio, considero que debe eximirse al acusado del pago de las costas procesales correspondientes a esta etapa revisora (art. 268 segundo párrafo, a *contrario sensu* del CPP). Ello atento haber prosperado en forma parcial el recurso y 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. Por lo que encuentro razón suficiente para eximir totalmente a los recurrentes en instancia (arts. 268 y 270 a *contrario sensu* del CPP).

El **Dr. Fernando Zvilling**, expresó: Que adhiere a lo resuelto sobre las Costas.

La **Dra. Florencia Martini**, manifestó: Que comparte los fundamentos expuestos en relación a la eximición de costas.

Por todo lo expuesto, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación deducida por el Dr. Carlos Vaccaro en favor de su asistido D. D. G. (arts. 233, 236 del CPP).

II.- RECHAZAR los agravios 1, 2, 3, 4, 5, y 7, confirmando la sentencia de responsabilidad en todas sus partes.

III.- HACER LUGAR al sexto agravio y, en consecuencia, CASAR en forma parcial LA SENTENCIA DICTADA RELATIVA a la imposición de pena MODIFICANDO LA PENA IMPUESTA por la de 9 (NUEVE) AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, accesorias legales del art. 12 CP y costas del proceso (art. 246 del CPP).

IV.- Sin costas en esta instancia (art. 268 CPP).

V.- Remitir el presente pronunciamiento a la Oficina Judicial para su registración y notificaciones pertinentes.-

Dr. Alejandro Cabral	Dra. Florencia Martini	Dr. Fernando Zvilling
Juez	Juez	Juez

Reg. Sentencia N° 28 T° II Fs. 342/351 Año 2015.-