

ACUERDO N° 21/2015: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los quince (15) días del mes de junio del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores **LELIA G. MARTÍNEZ y EVALDO D. MOYA**, con la intervención del señor Subsecretario de la Secretaría Penal, **Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA**, para dictar sentencia en los autos caratulados "**M., A. D. S/ DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'**" (expte. n° 36-año 2015) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: **I.-** Que por sentencia n° 07/2015, dictada por el Tribunal de Impugnación, integrado para la ocasión por los Dres. Liliana Deiub, Richard Trincheri y Héctor O. Dedominichi, en fecha 2 de marzo de 2015, se resolvió, en lo que aquí interesa: "...II.- RECHAZAR LA IMPUGNACIÓN deducida por el defensor Dr. MIGUEL MANSO, CONFIRMANDO LA SENTENCIA DE CONDENA IMPUESTA, por no encontrarse acreditados los agravios esgrimidos..." (fs. 56/69).

En contra de tal resolución, dedujo impugnación extraordinaria el señor Defensor de Circunscripción, Dr. Miguel Enrique Manso, a favor del imputado **A. D. M.** (fs. 1/15vta.).

II.- El representante del Ministerio Público de la Defensa alega que la sentencia sería nula, por arbitraria, en los términos del art. 248, inc. 2°, del C.P.P.N., por las siguientes razones:

a) Señala que se habría afectado la garantía del Juez imparcial.

En esa dirección, hace una síntesis de los actos procesales más trascendentes poniendo de resalto que la Fiscalía ofreció como prueba testimonial la declaración de [Y. F. M.], denunciante y presunta víctima, en oportunidad de celebrarse la audiencia prevista por el art. 168 del código adjetivo, pero que la señora Juez de Garantías omitió incluirla en la resolución respectiva, que la parte acusadora no impugnó. Una vez que el caso llegó al Tribunal de Juicio, la Defensa se opuso a la recepción de esa prueba, pero dicho órgano jurisdiccional dispuso realizar una búsqueda en el sistema informático, verificando que la testigo había sido citada, de oficio, por la Oficina Judicial como víctima, receptando su declaración. En esa dirección, expresa que las testigos Squetino y Capello "...confirmaron que [Y. F. M.] no fue citada como testigo, sino como víctima, para que si lo deseaba presenciara el juicio, agregando Squetino, Jefa de la OFIJU, que la citación se había efectuado en el marco de un acuerdo con el Ministerio Fiscal que para ahorrarle trabajo, ellos, (la OFIJU), se encargaban de citar a las víctimas, realizando una tarea en favor de una de las partes, que no le corresponde..." (el original aparece remarcado en negritas, cfr. fs. 3vta.).

Sentado lo anterior, sostiene que el *a quo* realizó una aplicación analógica y extensiva de la ley penal (art. 6 del C.P.P.N.) cuando equiparó el "cuerpo de la audiencia" (sic.) -en función del ofrecimiento de prueba plasmado por el señor fiscal- con el contenido de la

resolución de apertura a juicio, que no se expidió sobre el punto (art. 173, inc. 4°, del C.P.P.N.).

Agrega que se habría quebrantado el principio de igualdad ante la ley, al sancionar a la Defensa en razón de no haberse opuesto a la citación de la testigo, que sería una carga procesal que califica de inadmisibles, mientras se soslayó el incumplimiento de la instancia de control en que incurrió la parte acusadora (art. 97 del C.P.P.N.), invirtiendo la carga de la prueba de la culpabilidad que compete a la Fiscalía (art. 14 del C.P.P.N.), procurando actos de investigación contrarios al principio de imparcialidad (art. 5 del C.P.P.N.).

Por otra parte, aduce que si bien es cierto que la víctima tiene derecho a la tutela judicial efectiva, ese derecho no puede ser alcanzado menoscabando los derechos del acusado: si el Fiscal omite su deber, a la víctima le quedaría el derecho de accionar en sede civil y/o penal en contra de tales funcionarios, o, eventualmente, en contra de la Provincia. En este sentido, observa que: "No hay tutela judicial efectiva si los jueces no son imparciales" (sic.).

Es más, a su juicio, la resolución habría trascendido los límites de la controversia, deviniendo contradictoria: por un lado, admitió que los jueces de juicio actuaron de manera incorrecta, pero, por el otro, se convalidó el sentido de la decisión; aclarando que la defensa se opuso a la recepción del testimonio recién cuando fue citada por el Tribunal de Juicio, porque allí se habría producido el agravio (fs. 10).

b) La segunda censura consiste en la falta de fundamentación de la sentencia, que, en su opinión, habría sido dictada conculcando las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio.

En particular, discrepa con la valoración del relato de la víctima, refiriendo que se habría omitido explicar las razones por las cuales ella resultó creíble, así como también si sus dichos aparecían o no confirmados por otros medios de prueba. En suma, se habría realizado una mera remisión a los fundamentos del Tribunal de Juicio, sin ningún análisis adicional de parte del órgano revisor.

En tales condiciones, el uso de adjetivos calificativos, desprovistos de toda significación, implica caer en un puro subjetivismo que no aporta nada en cuanto a la verosimilitud de la testigo.

Por lo demás, considera que el psicólogo forense, Lic. Colazzo, no afirmó que el estrés postraumático de la víctima tuviese como única explicación el abuso sexual, sino que habría manifestado que aquél era solamente compatible, constituyendo un indicio anfibológico, que no arrima certeza. En este sentido, acude a la declaración de la Lic. María Alicia Ponce, perito de parte, quien habría advertido que ese tipo de estrés también se puede verificar como consecuencia de una relación incestuosa.

Niega valor a las expresiones de las psicólogas Cintia Olivera y Belém Velázquez, pues se habrían ajustado a reiterar la versión de la presunta víctima; máxime Velázquez, en su rol de terapeuta.

Hizo reserva del caso federal.

III.- Por aplicación de lo dispuesto en el art. 245 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas argumentaciones; en este contexto, la causa queda en condiciones de ser resuelta.

Que en la audiencia, fijada en los términos de los arts. 245 y 249 del C.P.P.N., las partes fundaron sus respectivas posiciones sobre la materia debatida (cfr. acta de debate).

a) El señor Defensor General, Dr. Ricardo H. Cancela, puso de manifiesto que los dos motivos invocados en la impugnación extraordinaria: la presunta vulneración a la garantía del Juez imparcial y la afectación del derecho de defensa, por la falta de fundamentación de la decisión atacada.

En relación a la vulneración de la garantía del Juez imparcial, refiere que en la audiencia de control de acusación (art. 168 del C.P.P.N.) las partes proponen la prueba que van a producir en el juicio. En concreto, el Ministerio Público Fiscal ofreció, como prueba testimonial, la declaración la víctima. Empero, en la resolución prevista por el art. 173 del C.P.P.N., se omitió un pronunciamiento sobre el punto; sin que la Fiscalía efectuara el control correspondiente, a pesar de lo cual, la Oficina Judicial la citó en calidad de víctima. En definitiva, los Jueces habrían suplido las omisiones antedichas, sin perjuicio que no pueden incorporar pruebas que no fueron admitidas; lo que no se puede salvar

invocando la tutela judicial efectiva, ya que se perjudicaría al imputado, contrariando el principio contradictorio y la garantía del Juez Imparcial.

Por otra parte, alega en relación a la presunta falta de fundamentación de la sentencia. En particular, el Lic. Colazo habría declarado que el estrés postraumático sería compatible con abuso sexual, pero los magistrados le agregaron que descartó cualquier otro origen, lo que no habría sido afirmado por el psicólogo forense.

En este sentido, arguye que el Dr. Trincheri entendió que la sentencia era arbitraria, porque no se habrían valorado los medios de prueba, mientras que la Dra. Deiub habría realizado una ponderación propia, sustituyendo la tarea del *a quo*.

Solicitó la absolución de su representado. Hizo reserva del caso federal.

b) Por otro lado, el señor Fiscal Jefe, Dr. Rómulo A. Patti, opinó que no existió un menoscabo a la garantía de la imparcialidad, más allá de que pudo haber un error involuntario o una omisión formal de parte de la Fiscalía, a cuyo respecto prevaleció la garantía de la tutela judicial efectiva. Es decir, el planteo de la Defensa se motivó en dicha omisión, pero no se cuestionó la declaración de la víctima en sí misma. Estos delitos fueron ejecutados "a la sombra" (en el automóvil y en la casa), en contra de una niña de doce años de edad.

Por otro lado, se contó con las declaraciones de los psicólogos, e incluso la Defensa formuló la hipótesis del incesto.

En consecuencia, solicita que se confirme la sentencia, por tratarse de una decisión fundada, y que, oportunamente, se ejecute la pena.

c) Por último, hizo uso de la palabra la Defensa (art. 85, segundo párrafo, del C.P.P.N.). En esta ocasión, el Dr. Cancela subrayó que la facultad procesal de la Fiscalía había precluido.

Desde otro punto de mira, la teoría del caso de la Defensa habría sido soslayada por el *a quo*; en concreto, si hubo consentimiento y la edad de la víctima. En cuanto aquí interesa, la Defensa sostuvo que hubo consentimiento y que los hechos acaecieron a partir de los 14 años de edad. Se invocó un incesto, que es atípico; de allí, que las niñas nacieron cuando la víctima tenía 15 y 17 años de edad. Por lo demás, tampoco hubo un estudio serio de la edad de la víctima, afirmándose dogmáticamente que ella tenía 12 años de edad, ni tampoco se descartó el consentimiento.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dra. Lelia G. Martínez y Dr. Evaldo D. Moya.

Cumplido el procedimiento previsto en el art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1º) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2º) ¿Es procedente

la misma?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión** la **Dra. LELIA G. MARTÍNEZ**, dijo: Sentado así el motivo de las impugnaciones extraordinarias, se impone el estudio de los recaudos mínimos de procedencia.

a) La impugnación extraordinaria ha sido presentada en término y por persona legitimada para ello.

b) Además, la misma ha sido deducida en contra de una sentencia definitiva, susceptible de ser examinada a través de la vía procesal invocada.

c) Por otra parte, la impugnación resulta autosuficiente porque de su lectura se hace posible conocer cómo se configuran -a juicio del recurrente- los motivos aducidos y la solución final que propone.

En virtud de todo ello, y con prescindencia de toda consideración sobre el fondo de la temática bajo análisis, la impugnación extraordinaria resulta formalmente procedente. Tal es mi voto.

El **Dr. EVALDO D. MOYA** dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Mi voto.

A la **segunda cuestión** la **Dra. LELIA G. MARTÍNEZ**, dijo: **I.-** Me introduciré de lleno al estudio del motivo concerniente a la presunta afectación de la garantía del Juez imparcial, que habría sido conculcada, según el recurrente, a través de hechos objetivos del proceso.

En esa dirección, observo que si bien es cierto que el señor Defensor de Circunscripción formuló su pretensión ante los jueces de la causa, durante el debate oral, también es verdad que la cuestión no fue mantenida, de manera inequívoca, en todas las instancias del proceso (Fallos: 238:509).

La tesitura que sostengo se deriva de la circunstancia que el Dr. Manso se opuso a que sea receptada la declaración de [Y. F. M.] -aun cuando, en la audiencia del art. 168, del C.P.P.N., no manifestó oposición alguna al respecto- (cfr. el registro de la audiencia oral y pública, video n° 1, parte 3, 45:40 min.). Sin embargo, una vez admitido dicho testimonio por el Tribunal de Juicio (cfr. video n° 1, parte 4, 01:58 min.), no consta la interposición de un pedido de revocatoria de su parte, que signifique la "...reserva de impugnar la sentencia..." (art. 228 del C.P.P.N.), ni, mucho menos, que hubiera manifestado la reserva del caso federal (arts. 14 y 15 de la ley 48).

De adverso, el señor Defensor sólo efectuó una reserva genérica, en donde puso de manifiesto su futura voluntad impugnativa -de carácter eventual, hasta ese entonces- (video n° 1, parte 4, 02.00 min.); que se vio materializada, posteriormente, en las sucesivas instancias de control ordinario (fs. 47vta.) y extraordinario por él deducidas (fs. 3vta.). Pero, como se anticipó, la hipotética cuestión federal no fue mantenida en esa instancia del proceso, lo que constituye un obstáculo para la admisibilidad de su planteo.

Pero, aun prescindiendo de la declaración de la víctima, es posible llegar a la conclusión que la sentencia aparece fundada en prueba independiente, que ha sido valorada de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Por otra parte, la actuación del Tribunal de Impugnación no exhibió signos objetivos de formación de juicio sobre la hipótesis fáctica, ni acerca de la eventual participación del imputado en el delito intimado, ni implicó una mínima presunción de culpabilidad en su contra, que hiciera posible el apartamiento de los magistrados (C.S.J.N., L. 486. XXXVI.; "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Horacio Luis Llerena en la causa Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones -arts. 104 y 89 del Código Penal -causa N° 3221-", considerando 20°) del voto de los señores Ministros E. R. Zaffaroni y E. I. Highton de Nolasco). Tan es así, que no ha sido invocada ninguna de estas causales como fundamento de la impugnación extraordinaria.

II.- Tampoco será de recibo el gravamen atinente a la supuesta afectación del derecho de defensa, por la notoria falta de fundamentación de la sentencia.

Es que, la vía establecida en el art. 248, inc. 2°), del C.P.P.N., directamente asociada al art. 14, de la ley 48, tiene un carácter restrictivo, de tinte netamente excepcional, que no procura instaurar una tercera instancia ordinaria en la que se examine el acierto o error de la sentencia examinada en lo atinente a la valoración de cuestiones de hecho, prueba y derecho común o procesal -

tarea asumida, en su momento, por el Tribunal de Impugnación, en los términos de los arts. 227, 233, 239, 242, 245 y 246 del C.P.P.N.-, ni mucho menos dar cabida a meras discrepancias subjetivas del apelante con el resultado final de la causa, que, por cierto, aparece fundada en argumentos no federales.

En lo que aquí concierne, el motivo debe ser analizado en relación a la causal denominada como arbitrariedad fáctica, que, de acuerdo a la doctrina más reconocida en la materia, es aquella en la cual se resuelve: "...contra o con prescindencia de las pruebas fehacientes regularmente presentadas en el juicio...", o que está fundada "...en pruebas que no constan en el proceso..." (Sagüés, Néstor Pedro. "Recurso extraordinario", tomo II, 4° edición, Bs. As., Astrea, 2002, pág. 256).

Si se comparte esta línea directriz, en lo sucesivo deberá examinarse la presencia de dos exigencias básicas: a) la existencia de una cuestión federal y b) la demostración de que la prueba, presuntamente omitida, era dirimente para resolver el litigio.

a) En cuanto a la primera de las exigencias mencionadas, entiendo que toda la argumentación de la defensa está vinculada con cuestiones de hecho, prueba, derecho común y procesal, propias de los jueces de la causa, y que más allá del planteo de arbitrariedad, lo cierto es que la misma no pudo ser acreditada.

En este marco teórico, se ha determinado que debe estar en juego "...la inteligencia de una cláusula

constitucional, que lo medular de la disputa verse sobre el sentido y los alcances de uno o más preceptos de la Ley Fundamental de la Nación, cuya adecuada hermenéutica resultará esencial para la justa solución del litigio (causa "Hinojosa, Hilda y otros c. A.T.C. s/ amparo", del 15 de septiembre de 1988, Fallos: 311:1900)...” (Fayt, Carlos S.; "La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leading Cases y Holdings. Casos Trascendentes", Bs. As., La Ley, 2004, pág. 94); requisito de ineludible observancia que, en el presente caso, luce ausente.

b) En cuanto al segundo de los requisitos de ineludible observancia para el éxito de la impugnación, advierto que la sentencia aparece fundada en prueba independiente -de índole documental, testimonial y pericial- que fue apreciada por el *a quo* de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 193, tercer párrafo, del C.P.P.N.).

En primer lugar, la víctima [Y. F. M.] tuvo dos hijas con el imputado, aspecto sobre el que existió convención probatoria entre las partes y que ya había sido comprobada con las actas de nacimiento de [P. M.] y [D. M.], así como también con el resultado de la pericia de A.D.N. (fs. 62vta., en función de fs. 23vta. y 25).

Por otra parte, el órgano que tenía a su cargo la revisión de la sentencia de condena ponderó que: "...el tribunal de juicio confrontó la hipótesis elaborada por la profesional de parte (la Lic. Ponce) descartó la misma y se atuvo a la interpretación brindada por el Lic.

Colazzo, la cual más se ajustó al relato de [Y. F. M.] y permitió concluir como lo hiciera esta última en que el estrés postraumático sufrido, tenía como origen el abuso sexual, descartando por completo cualquier otro origen, es decir, incluida la hipótesis de una relación incestuosa como pretendiera vanalmente la defensa..." (del voto del Dr. Héctor O. Dedominichi, fs. 62vta.).

Adunado a lo anterior, del voto concurrente de la Dra. Liliana Deiub surge que: "...se valoró correctamente la credibilidad del testimonio de la víctima, validándolo con lo declarado por los Psicólogos actuantes. (...) la Lic. Olivera quien en su rol de integrante del Centro de Asistencia a la Víctima (...) sostuvo que la penetración comenzó a los 12 años, ocurriendo en el lecho conyugal y en los diferentes vehículos de M.. Se refirió a una víctima con miedo, que sentía que la iban a matar, que fue transformada en un objeto. En la misma dirección declara la Lic. Velázquez quien habla de abusos sistemáticos con penetración a partir de los 12 años, refiriéndose a los síntomas de Stress post traumático que presenta [Y.]. A su turno el Lic. Colazo se refirió al síndrome de Stress post traumático que afecta a [Y.], que además considera compatible con la experimentación de la situación de victimización sexual que relata, no evidenciándose fabulación..." (fs. 67vta.).

En suma, la sentencia debe ser ratificada por las siguientes razones: a) existió una convención probatoria: prueba documental y examen de A.D.N., b) no se puso en tela de juicio, al menos en la impugnación

extraordinaria, la edad de la víctima, elemento esencial para descartar cualquier consentimiento válido (art. 119, primer párrafo, del Cód. Penal), c) se estableció que los abusos sexuales "...comenzaron en el año 2000 cuando tenía doce años, y cursaba su séptimo grado en la (...) escuela primaria..." (fs. 62/62vta.), y d) si, haciendo uso del método de la exclusión mental hipotética, se suprime la declaración de [Y. F. M.], la sentencia aparece igualmente fundada en prueba independiente: la hipótesis planteada por la defensa, una pretendida relación incestuosa, ha sido desvirtuada a través del testimonio conteste de tres psicólogos, de quienes no hay motivos concretos para sospechar que pudieran tener un interés particular en el resultado del pleito.

Creo así haber fundado las razones por las cuales, como ya anticipara, la impugnación extraordinaria deducida debe ser declarada **improcedente**. Mi voto.

El **Dr. EVALDO D. MOYA** dijo: Sobre esta segunda cuestión me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba la señora Vocal preopinante. Así voto.

A la **tercera cuestión**, la Dra. **LELIA G. MARTÍNEZ**, dijo: Atento la respuesta dada a la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que la impugnación extraordinaria sea rechazada. Mi voto.

El Dr. **EVALDO D. MOYA** dijo: Comparto lo manifestado por la señora Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la **cuarta cuestión**, la Dra. **LELIA G. MARTÍNEZ**, dijo: Con costas en la instancia (art. 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.). Mi voto.

El **Dr. EVALDO D. MOYA** dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE:** **I.- DECLARAR ADMISIBLE**, desde el plano estrictamente formal, la impugnación extraordinaria deducida por el señor Defensor de Circunscripción, Dr. Miguel Enrique Manso, a favor de **A. D. M.**; **II.- RECHAZAR POR IMPROCEDENTE** la impugnación antedicha; **III.- Costas** en la instancia (art. 268, segundo párrafo, del C.P.P.N); **IV.- Notifíquese**, regístrese y hágase saber de ello a la Oficina Judicial a los fines pertinentes. Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

EVALDO DARIO MOYA
Vocal

LELIA GRACIELA MARTINEZ
Vocal

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA
Secretario