

SENTENCIA N° cincuenta y uno /2015.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, **a los cuatro días del mes de agosto de dos mil quince**, se constituye el Tribunal de Impugnación conformado por los Sres. Jueces, **Dr. Federico Sommer**, quien presidió la audiencia, y los **Dres. Alejandro Cabral y Liliana Deiub**, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el **legajo MPFZA 10.614/14 "A., O. S/ ABUSO SEXUAL SIMPLE"**, seguido contra O. A., D.N.I.-....., casado, con domicilio en calle, B. de

La audiencia prevista por el art. 245 del CPP se llevó a cabo en la ciudad de Zapala el día 21 de julio del presente año e intervinieron por la Fiscalía, el Dr. Marcelo Jofré, por la Defensoría del Niño y del Adolescente, la Dra. Paula Castro Liptak, y, por la Defensa técnica del imputado, el Dr. Jorge Fernández Menta. También se encontraba presente el imputado.

ANTECEDENTES:

A) Por sentencia PROGEN N° 13848/15, N° 2/2015 de fecha 27/2/2015, del registro de la Oficina Judicial Penal de la III Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Zapala, la jueza Carolina González, resolvió: "I.- DECLARAR A O. A.,, como autor material y penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE -dos hechos- en concurso real (arts. 45, 55 y

119 del CP) hecho por el que fuera traído a juicio en legajo N° 10.614/14, con costas al imputado (art. 268 CPP)".

B) La defensa del Sr. A. dedujo en tiempo oportuno el recurso de impugnación ordinario contra la sentencia condenatoria.

1°) **La Defensa así centro su crítica** a la sentencia en los siguientes agravios:

Prueba Rechazada. Nulidad y Prejuzgamiento. Entiende que el Juez que celebró la audiencia del art. 168 CPP y rechazó las declaraciones testimoniales de E... S..., E.... T... y M..... E..... G..... argumentando que dicha prueba se podía aportar en la etapa de la imposición de la pena, incurrió en prejuzgamiento dando por hecho que el imputado llegaría condenado a la segunda etapa vulnerando el derecho de defensa de su asistido.

Que lo denunciado por la madre, no fue tenido en cuenta por la Señora Jueza y siendo un acto esencial provoca la nulidad de todo lo actuado. Que además la denuncia no se corresponde con los hechos por los que se lo condenara, habiéndose violado la defensa en juicio.

Contradicciones entre la denuncia judicial efectuada por la progenitora de la niña y las conclusiones a las que ha arribado la Jueza en la

sentencia. Sostiene la Defensa que en la denuncia formulada por la madre de la niña se exponen circunstancias que no se condicen con la sentencia, y paralelamente se omite toda consideración a la denuncia que no fue ofrecida como prueba. Dice "que lo que se denuncia como ocurrido el sábado a la mañana en realidad habría sucedido el viernes al atardecer, que lo que la niña dice que ocurrió en la camioneta, habría ocurrido en el auto o en la vereda. Lo que se dice que ocurrió en el sábado habría ocurrido en" (sic).

Destaca la defensa que su asistido es una persona de bien, incapaz de cometer actos como los que se le imputan y que resultaba habitual que A. le diera un beso o un abrazo a la niña P. S. sin intenciones reprochables, lo que descarta que hubiera obrado para satisfacer un impulso erótico, libidinoso, o con propósitos sexuales y sin ello la acción sería atípica, no hay delito alguno.

Seguidamente insiste con la inexistencia del delito ante la ausente intención del imputado a desahogar un apetito de lujuria, a una finalidad libidinosa, etc.

Posteriormente remarca la ausencia de daños físicos y psicológicos en la supuesta víctima,

mencionando que es una cuestión más a tener en cuenta para demostrar que el hecho no ha existido.

A continuación refiere sobre la actuación de E. L., progenitora de la niña y "promotora de este juicio escandaloso" (sic), con el objetivo de apropiarse del cargo de portero. También advierte que fue probado que la madre de la niña también acusó al tío anciano de A. F. C. de querer abusar de su hija; y también dijo que A. le quiso cobrar una deuda mediante un intercambio sexual; y además otras acciones impropias como hacer circular la denuncia contra A. por la Escuela, por todo el paraje e inclusive la llevo a Corfone.

Por último sostiene que la Cámara Gesell no es la única prueba y que debe dictarse la sentencia con la totalidad de los elementos acumulados en juicio. Refiere que en este tipo de delitos pueden haber daños que dejen secuelas en el cuerpo y también en el aspecto psicológico, recalcando que en el caso que nos ocupa no hubo daños en el cuerpo y tampoco daños psicológicos. Cuestiona el informe producido por el Lic. Colazo en contrapartida con el informe del perito ofrecido por su parte Lic. Arias, destacando que no fueron analizadas sus conclusiones en la sentencia.

Finalmente y por aplicación de los arts.8 y 21 del CPP, solicita que las pruebas sean valoradas según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia y peticiona que se aplique el beneficio de la duda a favor de su defendido.

2º) Por su parte la Fiscalía rechazó los agravios esgrimidos por la defensa del imputado, y solicitó se confirme la sentencia en todas sus partes, expresando en lo sustancial que entiende ausente de agravios la alegación formulada por la defensa, propiciando la inadmisibilidad del recurso.

Subsidiariamente destaca que la defensa realiza un nuevo alegato, pretendiendo reeditar el juicio. En relación a la limitación de testigos realizada en la audiencia de control de acusación menciona que la defensa no explicita la incidencia positiva para los intereses de su asistido, de haberse aceptado los testimonios que resultaban testigos de concepto. En referencia al acta de denuncia no incorporada al juicio y las contradicciones alegadas, destacó que la defensa tuvo a la testigo en la audiencia y omitió interrogarla al respecto. De igual modo actuó con el Lic. Colazo a quien no interrogó sobre su informe. Destaca finalmente que la defensa habla de contaminación de la Cámara Gesell sin mencionar donde

denota dicha contaminación. Finalmente propicia se confirme la sentencia impugnada.

3º) Por último, la Defensora del Niño y del Adolescente, Dra. Paula Castro Liptak adhirió a lo expresado por la fiscalía, agregando que el relato de la niña fue correctamente validado por el informe psicológico y con la prueba rendida en el juicio. En relación a la valoración de la denuncia radicada por la Sra. L. menciona que la misma sólo sirve a los efectos de considerar instada la acción. Con respecto a la ausencia de daños psicológicos que menciona la defensa, sostiene que la intervención oportuna de la madre contribuyó a ello, atendiendo a que acompañó y asistió a su hija en la denuncia y en los actos posteriores.

Finalmente solicita el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia impugnada.

C) Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el **Dr. Alejandro Cabral**, luego la **Dra. Liliana Deiub** y, finalmente, el **Dr. Federico Sommer**.

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 impugnativo 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 241 del rito.

Sin perjuicio de ello, valorando la opinión del Fiscal y amén que el escrito defensivo no termina por realizar una crítica concreta y razonada de la sentencia, a fin de garantizar el doble conforme consagrado en los pactos internacionales, considero que se debe declarar la admisibilidad formal del recurso.

Por lo expuesto, considero que el recurso de impugnación deducido debe ser declarado formalmente admisible.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: que adhiere al voto del Dr. Cabral, por compartir la respuesta que propone a esta primera cuestión.

El **Dr. Federico Sommer**, 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. Fernández Menta, defensor del imputado, centra su primer agravio en que **el Juez de Garantías en la audiencia de control, no le hizo lugar a la prueba testimonial** de E.... S....., E.... T.... y M..... E.... G...., fundado en que eran sobreabundantes y los podría ofrecer para el juicio de cesura (sobre la pena). Concluye que de dicha manera prejuzgó y que, en consecuencia, daba por sentado la condena.

En primer lugar cabe destacar que la parte ya había ofrecido varios testigos que depusieron sobre las calidades personales del imputado. En segundo lugar, el Juez puede limitar la cantidad de testigos cuando fueren sobreabundantes. En tercer lugar, teniendo en cuenta que el juicio está dividido en dos etapas: una la referente a la autoría y responsabilidad penal del imputado y, la otra, referida a la pena concreta a imponer y, siendo que eran testigos de concepto del imputado (del Sr. A.), eventualmente los podría utilizar en la etapa referente a la cesura. En cuarto lugar, el Juez nunca pudo prejuzgar

una condena porque él no podía intervenir en el juicio del Sr. A. (art. 5 último párrafo del CPP) y de hecho no lo hizo. Y, en quinto lugar, tampoco el impugnante hizo mención alguna a cómo afectó a la defensa de su asistido la no deposición de tales testigos limitada por el Juez y, de qué manera podría haber variado la decisión que tomara el Juez de la sentencia ante el comparendo de los testimonios rechazados. Es decir, que no pudo precisar cuál fue el agravio concreto que le provocó tal decisión.

Amén de todo ello, es evidente que eran sobreabundantes, toda vez que tampoco ofreció tales testigos para el juicio de cesura, lo que ilustra sobre la inconsistencia del agravio.

Por todo lo expuesto, en el entendimiento que no fue afectado de manera alguna el derecho de defensa y menos aún existió prejuizgamiento -pues no era el Juez que debía intervenir en el juicio-, considero que debe rechazarse este agravio.

2) El segundo agravio, consiste en que la jueza **no tuvo en cuenta la denuncia porque aparentemente no había sido ofrecida como prueba**. Dice que se condena a su asistido por hechos distintos a los referidos en la denuncia.

En primer lugar, la denuncia es uno de los actos iniciales en la admisión de un caso, la que puede

ser desestimada, aplicarse un criterio de oportunidad o declarar la apertura de la investigación (art. 131 CPP).

De llegarse a juicio, ningún documento se incorpora por lectura, sino por testigos. En este caso, la Sra. L., denunciante y madre de la menor, declaró en el juicio y, si había alguna contradicción entre lo que dijo en el juicio y lo que decía el acta, la parte debió advertirlo e interrogar al testigo sobre tal diferencia. Ese es el sentido de la norma que impide introducir por lectura documentos o actas (art. 182 segundo párrafo del CPP), para que así los jueces tengan inmediación con la prueba, que la puedan ver en presente y que no tengan que leer nada, de tal manera que no deban suponer entonaciones o gestos. Ello es parte de la inmediación (art. 7 CPP). No resulta ocioso recordar que el Fiscal recordó que la Sra. Juez de Juicio le hizo saber a la defensa la posibilidad de contra-interrogar a la denunciante en la oportunidad del juicio.

En segundo lugar, la denuncia no es la imputación que se le hace a una persona, la misma recién se efectúa una vez que el fiscal admite el caso y se le hace saber al imputado cuál es el hecho que se le atribuye. En el anterior sistema era la indagatoria y, en el actual, es la formulación de cargos (art. 133 CPP). Allí se precisan los hechos sobre los que debe defenderse una persona. Para

que no se viole el derecho de defensa debe coincidir el hecho atribuido con el que fue condenado, aunque se modifique la calificación legal por una más benigna. En el presente caso, los hechos atribuidos siempre fueron los mismos y no tuvieron variación alguna, por tal razón no se afectó de manera alguna el derecho de defensa.

Por todo ello, no existiendo violación alguna al derecho de defensa y conociendo perfectamente el imputado los hechos que se le atribuían, debe rechazarse este agravio.

3) El tercer agravio **consiste en las contradicciones existentes entre la denuncia y lo declarado por la menor en la Cámara Gesell**. En tal aspecto dice el impugnante que la sentencia expresa que "lo que se denuncia como ocurrido el sábado a la mañana en realidad habría sucedido el viernes al atardecer" y "que lo que la niña dice que ocurrió en la camioneta, habría ocurrido en el auto o en la vereda".

Cabe destacar que la jueza advierte tal situación en función de los dichos de la denuncia, de la Cámara Gesell y de lo declarado por el imputado y, por tal razón, expresa que habría ocurrido el día viernes por la tarde en un auto.

En definitiva, al ser advertida por la jueza tal contradicción y haber realizado justamente una

mención a la misma, la sentencia no contiene contradicción alguna.

Por otra parte en cuanto a tales supuestas contradicciones, no son tales pues lo que dice la jueza en su sentencia es que no coinciden en cuanto a la intencionalidad de los tocamientos, pues el mismo imputado reconoció los dos incidentes pero expresando que fueron casuales.

Al respecto la sentencia dice que *"Ninguno ha contradicho que el día 5 y 6 abril de 2013, O. A. abarcó el cuerpo de P. R. S. y que en otro episodio la besó en el cuello. En efecto, P. R. S. relató en Cámara Gesell que el día viernes, A. al llegar a su casa detuvo el auto, se fue sobre ella y le tocó los pechos y la cola, queriendo avanzar sobre su cuerpo y que debió forzarlo para que se aparte. Mientras que el propio acusado dijo que llegando a su casa salieron unos perros que asustaron a la niña y por eso la abrazó... Pero no sólo esto, sino que también reconoció que al día siguiente al despedirse -y no acertar en la correcta dirección- terminó por darle un beso en el cuello..."*.

En definitiva, lo que expresa el defensor como contradicciones sobre el día y la fecha no son tales y en todo caso no tienen relevancia alguna para la solución del caso, debiendo ser rechazado tal agravio al haber

reconocido el propio imputado -aunque sin intencionalidad- los dos incidentes por los que fue juzgado.

4) El cuarto agravio se relaciona justamente con **el dolo del autor o el elemento subjetivo del tipo, expresando que el delito no se configuraría por falta de tal elemento**. Expresa que todos han declarado que el imputado es una buena persona y que nunca tuvo un comportamiento sexual inadecuado.

En cuanto a este agravio fue también correctamente valorado por la jueza en su sentencia al expresar que sin perjuicio de que el Sr. O. A. no conformaría el estereotipo del abusador sexual "*Cualquier persona bajo ciertas condiciones puede emitir una conducta de abuso sexual ... Quien comete un abuso sexual puede ser una persona totalmente adaptada, sin patología evidente e, incluso, sin trastorno patológico alguno*".

"Los dos "accidentes" aducidos por A. son a todas luces inverosímiles. En primer lugar lo es el hecho de que una niña de 13 años criada en un ambiente rural pueda asustarse sobremanera del recibimiento de unos perros domésticos y más absurdo lo es que ante ello el acusado deba reaccionar abrazándola. Otro tanto le toca al "accidentado", beso en el cuello, sin explicación conforme las reglas de experiencia más básicas. Y como si esto fuera poco, frente al relato sin solvencia del

acusado, se nos presenta el de la menor, sin fisuras e íntegramente creíble".

También dice el fallo que un beso es una expresión de afecto de uso habitual "pero las reglas de la experiencia común también nos indican que si es dado en el cuello responde a un móvil de apetencia sexual o al menos tiene una significación sexual. Un beso dado en este contexto cambia el rumbo de las cosas sin lugar a dudas. El cuello -no la mejilla- es una zona tanto social como tradicionalmente vinculada a lo erógeno y aplicarlo, como tenemos acreditado..., ha significado un indudable avance sobre la libertad sexual de la menor y posee un indisimulable contenido impúdico desde lo subjetivo".

Agrega a ello, la validación del psicólogo forense como creíble el relato de la menor y la particularidad de que tales hechos ocurrieron en la intimidad, sin la presencia de terceros.

No habiendo efectuado una crítica razonada a tales argumentos, por los que la jueza considera que los hechos no fueron casuales sino intencionales y con un contenido libidinoso o sexual, remarcando especialmente el inverosímil descargo del imputado cuando representó en el debate gráficamente el beso a la víctima y la forma en que tomó su rostro, que tal como menciona la judicante, no

se condice con un beso amistoso. Por ello entiendo que este agravio también debe ser desestimado.

5) El quinto agravio **también se refiere al elemento subjetivo del tipo, es decir el dolo.** Por lo que me remito a lo expresado en el agravio anterior.

6) El sexto agravio se relaciona a la **inexistencia de daños físicos y psicológicos en la menor.**

Al respecto, todos sabemos que un abuso sexual simple no deja un daño físico visible a menos que se haya ejercido una fuerza física de significativa magnitud. En el presente caso y tal como lo relatara la menor ello no ha existido, por lo que lógicamente no existen daños físicos visibles.

En cuanto al daño psicológico, no todos los abusos dejan una secuela psíquica visible a corto plazo, debiendo verse la entidad del abuso, la contención familiar, el respaldo dado por los mayores a denuncia de la menor, etc, etc.-

Por otra parte el hecho de que la víctima no haya efectuado un tratamiento psicológico, no es demostrativo de la falta del daño provocado, lo que en definitiva podrá evaluarse con el transcurso de los años.

Por todo lo expuesto, entiendo que este agravio también debe desecharse.

7) El séptimo agravio se relaciona con la **actuación de E. L..** Menciona que ella dijo que A. pretendió cobrarle una deuda mediante intercambio sexual. Se pregunta, si ello fuera así ¿cómo ha podido confiarle su pequeña hija para que la llevara y trajera en forma reiterada por un trayecto cercano a los 15 km y descampado? Amén de ello, dice que también dijo que un tío quiso abusar de la menor. Agrega, que todo esto tiene que ver con el hecho de que ella pretendía ocupar el cargo de A. en la escuela.

Nuevamente el defensor no hace una crítica concreta y razonada de la sentencia. Menciona estos extremos que nada tienen que ver con los fundamentos que tuvo la jueza para dictar la sentencia. Aún suponiendo que todo ello fuera como lo menciona el defensor, lo cierto es que no enerva de manera alguna los fundamentos de la sentencia, pues la jueza tuvo en cuenta la declaración de la menor, el informe del psicólogo de quien recibiera en Cámara Gesell el testimonio de la menor, como así también la verosimilitud del relato frente a las distintas versiones, es decir de la víctima y victimario.

Por ello, siendo que este agravio no ataca de manera alguna los fundamentos de la sentencia para condenar, es que entiendo debe ser rechazado.

8) El octavo agravio se relaciona con **la Cámara Gesell y con el informe que efectuara el Lic. Colazo**. Dice que la juez debió corroborar si lo que dijo la menor tiene sustento en el resto de la prueba y no en el informe del Licenciado que la tomó, el que -por otra parte- entiende se excedió en su función porque habla de credibilidad y de veracidad, cuando sólo debería haber hablado de credibilidad. Dice que la jueza no tuvo en cuenta la exposición del Lic. Arias.

Al respecto ello no se compece con la sentencia. La jueza dijo: *"El relato de P. S. es absolutamente verosímil y, valga decir, que encuentra corroboración periférica"*. Esto ya da cuenta que es la jueza quien dice que es verosímil y no el Lic. Colazo.

Luego da los fundamentos. *"Por un lado el descargo del acusado quien reconoce, en coincidencia con las circunstancias de tiempo y lugar denunciados, dos acercamientos físicos a la niña. El "primer" día el haberla cubierto con su cuerpo, abrazarla para paliar el susto que le habían provocado los perros que se les presentaran a su arribo a la casa y, al "día siguiente" al despedirse cuando fue a saludarla y torpemente erró la mejilla, terminando por aplicarle un beso entre su rostro y el cuello. Por otro lado, el hecho de que no se haya presentado en ocasión del*

juicio un solo dato que permita desautorizar la ocurrencia de los abusos".

Dice la juez que estima de importancia la validación del relato que nos aporta el Lic. Colazo, pero agrega que más allá de las conclusiones del especialista, en el relato de la menor hay *"ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones entre ella y el acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento o enemistad, venganza o enfrentamiento"*.

En cuanto al testimonio del Lic. Arias, que el defensor refiere que la jueza no coincide, ni siquiera expresa que es lo que dijo tal especialista, ni en qué se contrapone a lo dicho por el Lic. Colazo, pero parece ser -ya que la defensa no lo detalla- que sólo se refirió al imputado, su familia, estado de salud y sobre las características especiales y específicas de los pueblos rurales, pero no sobre el testimonio concreto de la menor víctima y sobre la credibilidad o no del relato de la menor.

Por todo ello, teniendo en cuenta que la jueza fundó acabadamente el por qué consideraba creíble y veraz el testimonio de la menor, independientemente de lo expresado por los especialistas, entiendo que este agravio debe ser rechazado.

9) Por último, solicita **se haga aplicación del beneficio de la duda.**

Cabe destacar que la sentencia encuentra un razonamiento absolutamente lógico, se funda en la prueba presentada, tiene coherencia argumentativa estableciendo claramente por qué considera que el relato de la menor se corresponde más con la restante prueba, que el relato del imputado.

Por su parte, el defensor no hace una crítica concreta y razonada del fallo, sino una mera discrepancia con lo resuelto en esta.

Siendo ello así, considero que debe rechazarse este agravio por no compadecerse con la prueba que fuera producida durante el juicio y en la que la jueza fundamenta la sentencia para condenar.

La **Dra. Liliana Deiub**, expresó: Por compartir los argumentos y conclusiones a las que arriba el Dr. Cabral, me pronuncio en igual sentido.

El **Dr. Federico Sommer**, manifestó: Participando de los términos y conclusiones a las que arriba el primer voto, me expido en el mismo sentido.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

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

Considero apropiado eximir al impugnante del pago de las costas procesales, a fin de garantizar el derecho al doble conforme reconocido en los pactos internacionales, ya que el mismo 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 ello, encuentro razón suficiente para eximir totalmente al recurrente en esta instancia del pago de las costas procesales (art. 268 segundo párrafo del CPP).

La **Dra. Liliana Deiub**, expresó: Que adhiere a lo resuelto sobre las Costas.

El **Dr. Federico Sommer**, 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. Jorge Fernández Menta en favor de su asistido O. A. (arts. 233, 236 del CPP).

II.- RECHAZAR todos los agravios esgrimidos por el impugnante, confirmando la sentencia en todas sus partes.

III.- Se deja constancia que la Dra. Liliana Deiub participó del proceso deliberativo y no suscribe la presente por estar en uso de licencia.-

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

V.- Remitir el presente pronunciamiento a la Oficina Judicial para su registración y notificaciones a los correos electrónicos de las partes y al imputado con copia a su domicilio.-

Dr. Alejandro Cabral

Juez

Dr. Federico Sommer

Juez

Reg. Sentencia N° 51 T° IV Fs. 670/680 Año 2015.-