

SENTENCIA N cuarenta y cinco /2016: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, **a los diecinueve (19) días del mes de mayo de dos mil dieciséis**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por los Dres. **LILIANA DEIUB, ALEJANDRO CABRAL y FEDERICO SOMMER** presididos por la primera de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en **Legajo MPFZA n° 13723 Año 2014**, caratulado: "**H. D..... D..... S/ABUSO SEXUAL**", seguido contra **D.D.. H....**, D.N.I. N°, nacido el de de, con domicilio en P.., cercano a la localidad de

ANTECEDENTES:

I.- Por sentencia dictada el veintidós de febrero de dos mil dieciséis la Juez del Tribunal Unipersonal Dra. MIRTHA BIBIANA OJEDA resolvió declarar penalmente responsable a **D.... D..... H....**, D.N.I.N°, como AUTOR del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE, regulado en el art. 119 primer párrafo y 45 del Código Penal). Celebrado el juicio sobre la Pena la Sra. Juez mencionada, dispuso el veintiuno de marzo de 2016 imponer al nombrado la pena de seis (6) meses de prisión de cumplimiento condicional y la regla de conducta de no acercamiento a la víctima por el término de dos años (arts.

26, 27 bis, inc. 2, 40 y 41 del Código Penal y 268 del CPPN), en su carácter, ya declarado por sentencia anterior, de autor material y penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE (Arts. 45 y 119, primer parte del Código Penal).

En contra de tal sentencia, la defensa técnica del imputado interpuso recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del C.P.P.N.), celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 C.P.P.N., el día cinco de mayo de dos mil dieciséis, oportunidad en que el impugnante expuso los fundamentos del recurso.

En la audiencia mencionada intervino por la Defensa el Defensor Jefe Dr. Miguel Manso, el Sr. Fiscal del Caso, Dr. Marcelo Jofré y la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente Adjunta de la III Circunscripción Judicial la Dra. Natalia Díaz.

II.- Que por aplicación de lo dispuesto en el art. 245 del ritual se celebró la audiencia oral en donde las partes litigantes produjeron sus respectivas posiciones sobre la materia debatida.

A.- El Dr. Miguel Manso, oralizó su presentación sosteniendo que la sentencia impugnada le generaba los siguientes agravios: Primero: inobservancia del art. 194 inc. 2º del CPPN, atendiendo a que la Sra.

Magistrada no dio cumplimiento con la obligación de "... descripción de los hechos que el tribunal consideró acreditados"; agregando con cita de doctrina que el Tribunal omitió describir los hechos que finalmente tuvo por probados en función a la prueba producida.

Segundo: falta de motivación suficiente; propicia que la sentencia cuando se refiere al "factor sorpresa" o la "acción sorpresiva" o la "sorpresa", términos estos que fueron cuestionados por la defensa en base a la descripción efectuada por las partes acusadoras en cuanto no señalaron cuál fue, fácticamente, la conducta desplegada por el acusado y considerada "sorpresiva", al momento de tocar a la víctima ya que la acción de tocamientos en forma "sorpresiva" requiere que se indique como se desarrolló la conducta para que se configure el hecho típico configurativo de la causal "*que por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción*" del cual la "sorpresa" es una de ellas. La Sra. Jueza intenta explicar lo que no dijeron los acusadores y lo hace asimilándola a la violencia. Respecto de ello, debe aclararse que la fiscalía en ningún momento se refirió a lo "sorpresivo" del accionar de H. como forma de violencia, por lo que la Magistrada ha ido más allá que lo propuesto por la fiscalía, generando indefensión por la

sorpresa en la defensa; y finalmente que la interpretación doctrinaria en forma casi unánime, se inclina por incluir a la sorpresa en el último supuesto del primer párrafo del art. 119 CP. Ante esas circunstancias propone la nulidad de la sentencia y consecuentemente la absolución de su asistido.

B.- En oportunidad de refutar fundamentos, el representante del Ministerio Público Fiscal sostuvo en primer término la inadmisibilidad formal del recurso interpuesto por la defensa, ante la omisión de mencionar los defectos formales y sustanciales requeridos por el art. 236 del C.P.P.N.- En subsidio, refiere que el impugnante formula un nuevo alegato de lo que no se dijo en el juicio, sosteniendo una nulidad omitiendo invocar el perjuicio para su asistido. Agrega que en el juicio el defensor no alegó sobre el factor sorpresa. Finalmente agregó que ajustándose la sentencia a los términos de los art. 194 y 195 del ordenamiento procesal se encuentran reunidas las pautas legales, propiciando se confirme la sentencia impugnada en todas sus partes.

C.- Finalmente la querrela oficial adhiere al dictamen Fiscal de inadmisibilidad formal de la impugnación deducida por no acreditarse la existencia de un agravio. En segundo término, indica que el defensor omite

mencionar que el factor sorpresa fue introducido oportunamente en la audiencia de Formulación de cargos. Por último aclara que la Sra. Juez fundó el factor sorpresa en que el imputado se aprovechó no solo de la confianza que le daba la familiaridad en el trato de primos, pese a la diferencia de edades, sino también al contexto en el que ocurrió el hecho, "en la casa de una tía de ella y prima del imputado, en donde también se encontraba una persona mayor" y en el carácter aññado de la víctima. Concluye peticionando se confirme la sentencia dictada.

D.- En ejercicio del derecho a la última palabra, el asistente técnico del acusado refuta la falta de cumplimiento de los requisitos de admisibilidad formal, agrega que no se describió en la sentencia la conducta fáctica atribuida a su asistido por lo que reitera su petición en el dictado de la absolución de su asistido al imputarle el factor sorpresa que no fue debida y legalmente encuadrado.

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

Cumplido el proceso deliberativo previsto en los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria del

Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por la defensa?.

La Dra. Liliana Deiub, dijo:

En primer lugar cabe señalar que la Fiscalía y la querella, si bien con diferentes matices, se opusieron a la admisibilidad de la impugnación formulada por la defensa; el Sr. Fiscal expresamente se manifestó en contra del tratamiento del recurso de impugnación alegando que no encuadraba en el artículo 236 del proceso por cuanto no se alegaron defectos formales ni sustanciales, requiriendo al Tribunal una definición al respecto.-

Atendiendo a la especial manifestación del Fiscal, vale destacar que no se encuentra en discusión que resulta una garantía constitucional esencial el derecho a recurrir una sentencia condenatoria o en su caso el derecho a obtener el tan mentado doble conforme que se desprende ni más ni menos que del art. 8.2h, de la Convención Americana de Derechos Humanos, y fue receptado jurisprudencialmente sin discusión alguna, y nuestro actual ordenamiento procesal ha adoptado un sistema de impugnación amplio y eficaz, en la órbita del Tribunal de Impugnación Provincial, en lo referido específicamente a la impugnación

de la sentencia de condena por parte del imputado y de su Defensor.-

Atendiendo a ello, se puede advertir que el recurso fue presentado en término, por la parte legitimada para ello, resultando impugnada una decisión que reviste carácter definitivo, toda vez que pone fin al caso judicial.

Del mismo modo, y contrariamente a lo sostenido por el Dr. Jofré en su alegación, el defensor claramente se encarga de referir lo que a su entender son defectos formales en el sentido que advierte inobservancia del art. 194 inc. 2º del ordenamiento procesal, toda vez que la Sra. Juez omitió dar cumplimiento a la obligación de "... descripción de los hechos que el tribunal ha considerado acreditados".

Asimismo propicia como segundo agravio la falta de motivación suficiente de la sentencia al subsumir la conducta endilgada a su asistido en tipo Violencia previsto en el artículo 119 que no fue requerido por las acusadoras.

En este contexto entiendo que la presentación, al menos formalmente encuadra en las prescripciones previstas en el artículo 236 del CPPN., resultando una impugnación autosuficiente en atención a que

resulta posible conocer cómo se configuran -a juicio del recurrente- los motivos de impugnación y, paralelamente, la solución que propone.

Por lo expuesto, considero que debe declararse la admisibilidad formal del recurso de impugnación deducido (cfr. arts. 227, 233 y 236 del C.P.P.).

El **Dr. Federico Sommer**, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Alejandro Cabral**, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo:

Que la defensa en su primer agravio entendió que la ausencia en la descripción de los hechos por parte de la Sentencia implica un incumplimiento del artículo 194 inc. 2º del ordenamiento procesal en cuanto lo establece como requisito esencial de la sentencia.

En el punto se advierte que la sentencia entiende acreditados los hechos descriptos por la acusación Fiscal en la presentación del caso, para posteriormente

efectuar una correspondencia con la prueba producida en el juicio. Así sostiene que considera acreditada la fecha y lugar del hecho en función a lo declarado por la madre y la tía de la niña, al igual que la presencia del imputado en el domicilio que se sindicó como lugar de ocurrencia del evento.

Si bien esta enunciación de la sentencia pone de relevancia una deficiente técnica en la redacción de dicha pieza, toda vez que sería conveniente que el Magistrado enuncie personalmente cuales hechos considera acreditados y refiera a los elementos probatorios que sostienen esa descripción fáctica, la situación en análisis no acarrea la nulidad invocada por la defensa, atendiendo a la remisión a la teoría del caso de la Fiscalía que se dio por probada y a la mención sobre los testigos que la sostienen; razón por la cual este agravio debe ser rechazado.

El segundo agravio de la Defensa, referido a la indefensión que implicó a su parte que la Sra. Jueza asimilara el carácter sorpresivo del abuso denunciado al elemento violencia previsto en el art. 119 del C.P. que no fuera propuesto por los acusadores, adelanto que va a ser receptado favorablemente.

Tal como expuse precedentemente encuentro que lleva razón el impugnante en su planteo, toda vez que del tenor de la sentencia se desprende que la Fiscalía consideró acreditado y emitió acusación en los términos siguientes (text): "El Ministerio Público Fiscal, manifestó que la acción estuvo debidamente instada, que existió la convención probatoria de la edad con la partida de nacimiento. Hace referencia de que le cabe la calificación legal de Abuso Sexual Simple, art. 119, primera parte del Código Penal. En la valoración de la prueba pide la aplicación del Acuerdo "Torres" en punto a lo fundamental de la prueba de los testigo, explica que se probó que la niña no fabulo y que fue conteste. En tanto, en la Cámara Gesell, la niña dio un testimonio completo y se la vio angustiada, pese a la diferencia entre la fecha del hecho y la realización de la medida. Explica que tanto S. H., como la Sra. L. acreditan que la niña fue a cuidar a unos niños a la casa de su tía. En ese lugar, aprovechando la confianza de parientes que tenían impugado y víctima, le tocó las zonas íntimas, a saber las piernas y los pechos con sus manos. Explica que la categoría de zona íntima lo dá la valoración que hace la víctima de su cuerpo. En detalle de la prueba dice que la psicóloga Zucarino refiere un relato coherente en una niña de

carácter tímido. En tanto, la madre no asumió como común la circunstancia vivida por su hija y tomó una actitud de acompañamiento a su hija, acreditando los cambios luego del hecho en punto a tener que acompañarla al tomar el micro escolar en un lugar donde la niña tenía autonomía, dado que como explicó la asistente social "el patio de la casa es el cerro". La tía abonó el relato de la niña y el psicólogo Colazo acreditó que el imputado comprendía la criminalidad del acto".

A su turno la Defensora de los Derechos del Niño en su función de querellante Oficial y en lo específico en análisis, sostuvo: "La querrela hace también referencia a que se encuentra acreditado la fecha el lugar y la circunstancia sorpresiva del acto, así como el estado de vulnerabilidad de la menor. Explicó cómo acreditó las consecuencias del acto, conductuales y emocionales. Explicó el contexto sociocultural de la víctima y el victimario, a saber que son parientes y viven en un paraje en donde se domicilia la mayoría de las familias relacionadas parentalmente. Remarca de la prueba el testimonio de la madre y la tía y de la psicóloga tratante inmediatamente después del hecho. Considera que se afectó la integridad sexual, física y psicológica de niña".

En el marco descripto anteriormente y con un subrayado propio a la circunstancia en análisis, fueron expuestas las teorías del caso de las partes acusadoras, advirtiéndose que la Fiscalía pretendió fundar la "sorpresividad del acto abusivo" en la confianza por el parentesco de la que se valió el imputado para ejecutar el acto, y la querrela agrega además "la vulnerabilidad de la víctima".-

Con buen criterio el Defensor en su alegato final en el Juicio manifestó: "respecto de la calificación legal entiende que no está estipulada la "sorpresa" en la estructura del art. 119 del C.P. Por el contrario la figura se refiere a la víctima que no se puede resistir, pero lo limita a casos de postración, por ejemplo. En este punto explica que tampoco se describió el lugar y el modo en que fue "sorprendida" por lo que hay un Deficit de Prueba en el acto sorpresivo".

Al expedirse la Magistrada construye una teoría diferente a la alegada por las partes, sin dar respuesta al planteo de la Defensa, concluyendo que la "sorpresa" puede asimilarse a la Violencia establecida por el art. 119 del C.P. y descartó el estado de vulnerabilidad de la víctima, por no encontrarse descripto en el verbo típico.

Contrariamente a lo sostenido por el Dr. Jofré, la defensa en el alegato final del juicio advirtió al Tribunal y a las partes sobre las graves deficiencias en la acusación que comparto en su totalidad. No surge de las circunstancias fácticas imputadas a H. una descripción clara, precisa y circunstanciada la forma en la que la víctima fue "sorprendida" por el imputado y abusada sexualmente. Por demás es evidente que la simple enunciación que sigue: "en forma sorpresiva comenzó a tocarle el cuerpo, los pechos y las piernas" no sana tal falencia, porque omite explicar los detalles que según su teoría, permitieron al imputado actuar en forma sorpresiva y por ende valerse de dicha circunstancia para abusar a la víctima quien tenía 13 años de edad, y por ende era imprescindible acreditar el medio comisivo en el marco del primer párrafo del art. 119 del código Penal, para encuadrar en el tipo penal la conducta endilgada. En este caso resultaba una función indelegable del Ministerio Fiscal "la carga de la prueba de la culpabilidad" (art. 14, 2do párrafo del C.P.P.N.), a la que no dio cumplimiento.

En ese contexto encuentro que como ocurrió en el caso, está vedado al Magistrado suplir la actividad o inactividad de las partes (art. 16 segundo párrafo LOJP), y rearmar la teoría del caso de las partes

acusadoras para adecuarla a tal punto de lograr un engranaje que permita la condena, resultando por ende inadmisibles e incongruentes la incorporación por la Juez del término Violencia como medio comisivo para fundar la tipicidad del evento; y contrariamente a lo sostenido por la fiscalía esta circunstancia provoca un agravio insoslayable a la defensa, por cuanto estuvo vedada su posibilidad de ejercer una defensa ante la incorporación efectuada por la Sra. Magistrada.

Así se ha sostenido: "(...) la declaración de nulidad de una sentencia se halla subordinada al principio de interés. Ello es así, por cuanto nuestro sistema procesal no admite la declaración de nulidad de los casos procesales por la nulidad misma, sino cuando lesiona el interés de las partes. Tal exigencia tiene por objeto evitar el establecimiento de un sistema de nulidades puramente formales, acogiendo sólo aquellas que, por su posible efecto corrector, tengan idoneidad para enervar los errores capaces de perjudicar realmente aquel interés. La exigencia de un interés directo estatuida para los recursos (art. 392 del C.P.P. y C.), no sólo es una condición para la procedencia formal sino también para la procedencia sustancial de la impugnación (...)" (R.I. n° 26/2004, "Carrasco, Jorge Rodolfo...", entre otras). R. I.

Nro. 80/15, 11 de agosto de 2015. "SANCHEZ, RUBÉN PATRICIO S/ ROBO CON ARMAS 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA" (expte. 72/15) Secretaría Penal, del Tribunal Superior de Justicia).-

Concluyendo, entiendo que la falta en la descripción de las circunstancias de modo y lugar en la que se habría visto sorprendida la víctima y como consecuencia de ello fuera abusada sexualmente por el imputado, lo que sumado a la incorporación por parte del Magistrado de un modo comisivo novedoso -violencia- y como tal no alegado por las partes generan en el encartado un evidentemente estado de indefensión e ilustran sobre la incongruencia en las circunstancias fácticas y teoría legal endilgada, lo que vicia de nulidad insubsanable la sentencia en análisis.-

El **Dr. Federico Sommer** manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.-

El **Dr. Alejandro Cabral**, expresó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.-

Sólo quiero agregar que si bien se podría llegar a fundar el abuso en la sorpresividad, ello sólo es factible en la medida que se explique que el autor

aprovechó de esta circunstancia, por la que no pudo la víctima consentir libremente la acción. En definitiva, la sorpresa sería el aprovechamiento que el autor hizo para que la víctima no haya podido consentir libremente la acción. Así la sorpresa, tal como lo dijo el defensor, no es una causal de violencia como lo dice la jueza, sino de aprovechamiento de que la víctima no pudo consentir libremente la acción.

Por ello al decir la Jueza que la sorpresa consiste en violencia, ha cambiado también la plataforma fáctica pues modifica el medio comisivo sobre el que recayera la acción del imputado.

TERCERA: ¿Que solución corresponde adoptar?.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo:

Ante la nulidad total de la sentencia corresponde decidir si procede el reenvío para un nuevo Juicio en los términos previstos en el art. 247 C.P.P.N.; o el Tribunal ejerciendo competencia positiva se encuentra en condiciones de tomar otra decisión (art. 246 último párrafo C.P.P.N.).-

Entiendo que la segunda postura es la que se impone atendiendo principalmente a la atipicidad de la conducta atribuida a H., toda vez que estando a la

teoría del caso esbozada por las partes en la presentación del juicio, no han logrado determinar claramente cuáles fueron las circunstancias en virtud a las cuales fue sorprendida la víctima. Debe remarcarse que las partes acusadoras tal como mencionaron en la audiencia en la que se debatió el recurso en análisis, mencionaron que la conducta endilgada a D.D..... H. se mantuvo incólume desde la formulación de cargos, por lo que esa falencia no puede ser suplida nuevamente en esta instancia, ya que al decir de Binder el aparato estatal posee todos los recursos tendientes para efectuar una tarea eficiente y deviene inconstitucional otorgarle una nueva oportunidad de corrección de errores en perjuicio de los derechos del imputado, atendiendo principalmente a que el proceso no puede retrotraerse en contra del imputado y favoreciendo los errores en que incurrieron las partes acusadoras.

En ese marco, considero que debe absolverse de culpa y cargo a D..... D..... H..... en virtud al hecho por el que llegó imputado, acaecido el día ... de de en el paraje, atendiendo a las circunstancias ya referenciadas y teniendo presente que la descripción fáctica enunciada por las acusadoras resulta atípica.-

CUARTA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo:

Atendiendo al carácter de vencedor del impugnante y ante la nulidad que no concurrió a causar y sobre la que oportunamente dio aviso, debe ser eximido del pago de las costas procesales en esta etapa recursiva (art. 268 segunda parte, segundo párrafo del C.P.P.N.).-

El **Dr. Federico Sommer**, manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Alejandro Cabral**, expresó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

Conteste con las posturas enarboladas, esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial, por unanimidad,

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL DE LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA de sentencia deducida por el Dr. Miguel Enrique Manso a favor de su asistido D. D. H., (arts. 227, 233, 236 y 239 del C.P.P.N.).-

II.- HACER LUGAR A LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA y como consecuencia de ello, **DECLARAR LA**

NULIDAD DE LA SENTENCIA dictada por el Tribunal Unipersonal integrado por la Dra. MIRTA BIBIANA OJEDA (Colegio de Jueces del Interior de la Provincia del Neuquén).-

III.- ABSOLVER DE CULPA y CARGO a D.

D. H., D.N.I. N°, por el delito de abuso sexual simple (arts. 119, primer párrafo y 45 C.P.) en virtud al hecho imputado, acaecido el día ... de de P....., sin costas.

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

Dra. Liliana Deiub

Juez

Dr. Federico Sommer

Juez

Dr. Alejandro Cabral

Juez

Reg. Sentencia N° 45 T° IV Fs. 422/431 Año 2016.-