

SENTENCIA N° setenta /2016.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, **a los cinco días del mes de agosto de dos mil dieciséis**, se constituye el Tribunal de Impugnación conformado por los Sres. Jueces, **Dr. ALEJANDRO CABRAL**, quien presidió la audiencia, y los **Dres. LILIANA DEIUB** y **FERNANDO ZVILLING**, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el **Legajo MPFZA 13.805 Año 2014**, caratulado: **"G., R. S/ABUSO SEXUAL"**, seguido contra **R. G.**, DNI:, nacido el día ... de de, hijo de D... Q..... y de A.... E....., domiciliado en calle, B. de

La audiencia prevista por el art. 245 del CPP se llevó a cabo el día 7 de julio del presente año e intervino el Sr. Defensor, Dr. Miguel Manso, encontrándose presente el imputado; en representación del Ministerio Público Fiscal, la Dra. Sandra González Taboada; y, en representación de la Defensoría del Niño y del Adolescente, la Dra. Natalia Díaz.

A) ANTECEDENTES:

Por sentencia dictada el día 2/3/16, del registro de la Oficina Judicial Penal de la Tercera Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Zapala, el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Mario Tomassi, Mirta Viviana Ojeda y Patricia Lupica Cristo,

resolvió I.- "Declarar responsable al Sr. G. R., ... como responsable penalmente en calidad de autor por el delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO por ser cometido contra una menor de 18 años y por la convivencia preexistente en concurso real con ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE también agravado por haber sido cometido contra una menor de 18 años y por la convivencia preexistente (arts. 119 1º y 2º párrafo, inc. f, 55 y 45 CP)".

A su vez, por sentencia de fecha 5 de mayo de 2016, se le impuso al imputado la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, respecto del delito por el que fuera declarado responsable.

B) IMPUGNACIÓN:

La Defensa Oficial, representada por el Dr. Miguel Manso, dedujo el recurso de impugnación ordinaria contra el referido pronunciamiento.

Concentró su crítica a la sentencia en lo siguiente:

1º) Falta de requisito esencial en la sentencia al no mencionar los hechos probados; 2º) Falta de motivación suficiente; 3º) Errónea calificación legal y aplicación del Derecho de fondo.

Comienza el Defensor expresando que tanto el agravio relativo al requisito esencial como a la falta

de motivación suficiente, se pueden subsumir en este último agravio.

Hace una crítica al nuevo sistema del colegio de jueces, explicando que ya no existe un juez natural, porque lo puede juzgar cualquier juez de la Provincia, no teniendo en cuenta las características propias de cada región.

Luego de mencionar que es sumamente difícil hacer una crítica de la sentencia si el juez no dice claramente qué hechos consideró probados -lo que desde ya invalida la sentencia-, refiere que también al inicio de la valoración, la jueza que efectúa el primer voto, hace afirmaciones que también invalidan el resto del fallo, pues refiere que lo solicitado por la defensa como "*... que la prueba salga prístina, es imposible en atención al tipo de delitos y la edad de la víctima...*". En definitiva considera el defensor, que el mismo Tribunal ha reconocido que la prueba no es clara, no pudiendo en consecuencia condenar.

Refiere que el imputado era el padrastro de la menor víctima. Que la niña dice en la Cámara Gesell "*que su papá le hacía cosas que le hacía los papás a las mamás*". Dice que la jueza no realizó una valoración de tales dichos, simplemente los cita y que ello no basta para una sentencia. También critica que la jueza haga mención que tendrá en cuenta la versión de quien recibiera el

develamiento, S.... O..... Dice que el párrafo referido a que la niña también le contó a su madre los hechos, pero que ella no le creyó, no ayuda en nada a fundar la autoría del imputado, por lo que la considera superflua.

Agrega que lo referido por el Tribunal respecto de la Lic. Zuccarino, en el sentido que tendrían en cuenta lo expresado por esta en cuanto a la credibilidad, no tiene sentido puesto que el juez es el que debe valorar la credibilidad del testigo. Entiende que la psicóloga es una mera entrevistadora y no tiene por qué hacer un informe. El juez debe mencionar por qué es creíble.

Refiere el Defensor que la jueza dice en su sentencia que quien se comunica con un niño no tiene *"expectativas de obtener un interlocutor con razonamientos sin fisuras, sin olvidos, sin contradicciones y sin imprecisiones. La misma vara debe aplicarse cuando un niño declara en un proceso penal"*. Considera que esto no tiene ningún valor para este proceso penal y que tal afirmación no prueba nada. Amén que la entiende equivocada.

3º) Falta de fundamentación de la agravante "gravemente ultrajante": Dice que el Tribunal consideró la "fellatio" como algo gravemente ultrajante, pero que ello no fue fundamentado por las partes

acusadoras. Expresa que la fiscalía nunca dijo qué actos configuraban el hecho en gravemente ultrajante. En tal sentido, considera que los jueces no pueden suplir la actividad de las partes, por el principio de contradicción. En definitiva, entiende que fueron los jueces los que consideraron que la "fellatio" era gravemente ultrajante.

También se agravia porque el Tribunal calificó el accionar de su asistido en el cuarto párrafo inc. f) del art. 119 CP, cuando entiende que al ser un hecho cometido contra una menor que tenía ocho años de edad al momento del hecho -lo que se encuentra contenido en el tipo básico, menor de 12 años-, no puede volverse a valorar en el cuarto párrafo por ser menor de edad, de 18 años. Entiende que esta agravante sólo puede imponerse en el caso que sea un menor de 13 a 18 años de edad, para no volver a agravar esta conducta, que ya estaba en el primer párrafo del art. 119 CP.

Por último dice que no está solicitando que este Tribunal valore prueba, sino que controle si la sentencia tiene la suficiente fundamentación o, si como él plantea, no se encuentra debidamente fundada.

Por todo ello, solicita se revoque lo decidido y se absuelva al acusado o, en su caso, se modifique la calificación legal y se determine nueva pena.

El Ministerio Público Fiscal en su exposición dijo: que la víctima es F. Z., hijastra del imputado. Que compartían la casilla donde vivían. Que el imputado le hacía poner la boca de la niña en el pene del imputado, la obligaba a desnudarse y le pasaba el pene sobre su vagina.

Dijo que la sentencia está perfectamente fundada, que no existe la falta de motivación a que hace alusión el defensor. Que los jueces analizaron prueba por prueba. Comenzaron con la declaración de la víctima, quien al momento de los hechos tenía entre 6 y 8 años de edad. Que la niña se expresó con un lenguaje acorde a su edad. Dijo que tenía que poner su boca en el pene. Que ello se lo cuenta a su mamá, que la madre no le cree y entonces se lo cuenta a su maestra ("P....."). Su mamá le dice que ella debía decir que los autores eran sus primos.

Agrega que la niña tuvo que ser hospitalizada porque tenía dolores vaginales. Refiere que la niña tuvo que mentir sobre la autoría de sus primos, para que todos volvieran a estar juntos. A la psicóloga del Hospital también le cuenta los hechos que sufría.

Dice el fiscal que la niña tiene mucha presión por su revinculación con toda la familia. Ella claramente dijo: "Me hace cosas no me gustan, lo que le hacen los papás a las mamás". Refiere que estando la niña

en la escuela, pidió permiso para ir al baño y le dijo que le dolía la "cola" (vagina). Que ello fue corroborado también por la Directora de la Escuela.

También le contó lo mismo a la abuela materna. Se lo cuenta porque la madre le decía que ella era mentirosa. La madre a todos les decía que la niña mentía.

En cuanto a la calificación legal dice que es la correcta, que toda la jurisprudencia y doctrina encuadra la "fellatio in ore", por su modalidad, por las circunstancias de su realización en el "abuso sexual gravemente ultrajante". También entiende que debe confirmarse la agravante por el aprovechamiento de la convivencia preexistente con la menor. Que la figura es muy clara al respecto, que lo que agrava es el aprovechamiento de tal situación.

En definitiva, solicita se confirme la sentencia en todas sus partes.

Finalmente, la Defensoría del Niño y del Adolescente expresa, que adhiere a todo lo expresado por el Fiscal.

Sólo agrega en cuanto a la falta de motivación alegada por la defensa, que la sentencia está más que fundada. Explica claramente por qué es creíble el relato de la menor. Que para ello también tienen en cuenta el relato de la madre, de la maestra, de la Lic. que tomó

la Cámara Gesell, el informe médico. Dice que la sentencia es muy completa.

En definitiva, al igual que la Fiscalía solicita se confirme la sentencia en todas sus partes.

C) Practicado el 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. Liliana Deiub**.

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.

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

La **Dra. Liliana Deiub**, 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:

En primer lugar el defensor plantea la falta de un requisito esencial en la sentencia al no mencionar los hechos probados. Dice que el Tribunal no ha dado cumplimiento a la obligación de "... *descripción de los hechos ... que el tribunal ha considerado acreditados*".

En relación a ello, cabe consignar que la sentencia -al inicio-, se detalla concretamente el hecho imputado por la fiscalía y la querrela, consistente en:

"que viviendo en pareja con R... V... A....., junto a sus hijos L... de 4 años, A.... de 2 años y T... N..... Z.... de 8 años, sin poder precisar fecha exacta, pero entre los años 2010 a 2014, aprovechándose de la relación de dependencia y autoridad y convivencia preexistente, abusaba sexualmente de T... N.... Z....., nacida el, hija de su pareja y de J... de D.... Z..... - fallecido-, colocándole su pene en la vagina de la niña como también en la región anal al momento de hallarse ambos desnudos, algunas veces la niña vestida. El fiscal explicó que la niña manifestó a su madre "me bajaba la ropa, se bajaba la ropa él y le hacía fuerza y a ella le dolía", a consecuencia de esa conducta el informe médico realizado a niña por la Médico Forense, Dra. Daniela Trifilio, acredita que la menor presenta Himen engrosado, orificio himeneal amplio, mayor a 1 cm y enrojecimiento del vestíbulo. Asimismo le reprocha que en iguales condiciones de lugar y lapso temporal le hacía colocar a N. el pene del inculpado en su boca".

Seguidamente, en los considerandos del fallo concretamente refieren los sentenciantes lo siguiente: "Que de conformidad al veredicto recitado por el Sr. Presidente del Tribunal, integrado con la prueba producida en el juicio y considerando los alegatos de las partes **este Tribunal ha llegado a la conclusión de que el**

Sr. G. R. es Responsable penalmente de los hechos que le ha imputado la Fiscalía y la Querrela" (lo resaltado en negrita es mío). Luego al finalizar el fallo y para calificarlos de manera legal, dice que "*la niña relató claramente que le hizo poner su boca en el pene*" que esta acción configura el delito de abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, segundo párrafo del CP); y que "... *apoyó su miembro en la vagina de la menor víctima*", que esta acción califica como abuso sexual simple, que hubo digitalización, conforme el examen médico.

En definitiva el fallo relata los hechos imputados por la fiscalía y querrela y considera que tales hechos se han acreditado. No necesita nuevamente volver a mencionar los hechos porque ya los describió al inicio y remite a ellos. Con ello es suficiente para dar por cumplido el requisito de los hechos que han considerado acreditados.

Por ello, entiendo que este agravio debe ser rechazado.

En segundo lugar, se agravia el defensor por entender que la sentencia carece de motivación suficiente.

En cuanto a esta cuestión, en primer lugar hace una crítica al sistema del Código Procesal en lo que se refiere al Juez natural, por entender que al ser

jueces provinciales de toda la Provincia, no tienen en cuenta la característica propia de cada localidad.

Si bien este no fue un agravio introducido en el escrito recursivo, sólo mencionaré que lo que pretende el principio del juez natural es lograr la imparcialidad del juzgador y lo protege estableciendo órganos judiciales preestablecidos en forma permanente, prohibiendo la creación de organismos ad-hoc o creados con posterioridad al hecho para juzgar determinados delitos. Nada que haya violado dicho principio ha sucedido con la reforma procesal, estando debidamente determinada la competencia a través de los arts. 24 y 25 del CPP y arts. 24 a 26 del LOJP. Por otra parte, tampoco ha planteado el impugnante la inconstitucionalidad de tales normas, por lo que no corresponde adentrarse más allá de lo señalado, máxime que tampoco ha cuestionado la falta de imparcialidad de los juzgadores.

También menciona el defensor que el Tribunal ha reconocido que la prueba no es clara, no pudiendo en consecuencia condenar. Ello fundado en la frase "*... que la prueba salga prístina, es imposible en atención al tipo de delitos y la edad de la víctima ...*".

Al respecto debo mencionar que independientemente de lo acertado o no de la frase mencionada, lo cierto es que el Tribunal juzgador luego de

explicar el por qué se puede escuchar a las personas que tomaron el testimonio de la menor, como así también la opinión de los psicólogos sobre la fiabilidad de dicho testimonio, en función *"de los defectos u omisiones que puedan encontrarse en la narración del menor"*, realiza un resumen de cada una de las declaraciones recibidas en el juicio y toman el relato de la menor citando partes de lo que concretamente dijo: *"como lo hacen los grandes pero me lo hizo a mi"*, que su boca tenía que ponerla en *"su parte de adelante... de abajo"* y que se puso *"desodorante"*, que con la parte de adelante del inculpado le tocaba su parte de adelante, que sentía dolor; que ello sucedió cuando tenía 6 y 8 años, en la pieza de la casa, cuando la madre no estaba; que a veces tenía ropa y otras no; que todo había comenzado en y que luego era en una casilla de madera en Explica también el fallo que todo esto se lo contó -a su vez- a la madre, quien no le creyó expresándole que el imputado *"no hacía esas cosas"*, para luego decirle que debía culpar a sus primos *"B..... y M....."*.

Entonces los juzgadores también se refieren a las otras personas a quienes la menor les efectuó el mismo relato, la *"Seño P....."* y la abuela materna.

Refieren a su vez los juzgadores lo expresado por la psicóloga que tomó la Cámara Gesell: que el relato era claro, continuo, que no existían a su juicio signos de fabulación o mentira.

Luego de todo ello, el Tribunal considera que en el relato de la menor hay ausencia de incredibilidad subjetiva que pudiera conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento o enemistad, venganza o enfrentamiento, considerándolo absolutamente verosímil *"porque más allá de la coherencia interna, encuentra suficiente corroboración periférica"*, avalado desde el punto de vista psicológico por Zabala y Zuccarino; y, desde lo médico, por la Dra. Trifilio, sumado a ello los testimonios de la abuela y la "Seño P.....".

Explica también el primer voto -al que adhieren los restantes vocales-, el por qué entiende que no existieron otros abusadores, fundado en lo expresado por la Lic. Zabala y la abuela.

Finalmente expresan los jueces que con ello tienen un cuadro probatorio "completo".

Todo lo expuesto, da cuenta que los Juzgadores no se limitaron a reproducir los testimonios recibidos en el juicio, sino que efectuaron una valoración de todos y cada uno de ellos, para luego arribar a una

conclusión en conjunto con una adecuada ilación de todas la pruebas, conforme la sana crítica racional.

Por todo ello, considero que la sentencia se encuentra debidamente fundada y que el agravio relativo a tal cuestión debe ser rechazado.

En tercer lugar, la defensa se agravia en dos aspectos respecto de la calificación legal del hecho. Uno, referido al hecho de haber calificado "gravemente ultrajante" la "fellatio in ore", cuando la fiscalía no lo explicitó concretamente. Otro, por considerar que la agravante del párrafo cuarto inc. f), no corresponde imponerla cuando es una menor de 12 años de edad, porque sería valorarla doblemente al estar ya contenida en el párrafo 1º del art. 119 del CP.

En cuanto a que la fiscalía no explicitó que lo gravemente ultrajante era el haber introducido el pene en la boca de la niña, no es así. La misma sentencia dice que el fiscal *"señaló que es ultrajante que le ponga el pene en la boca y que se ponga desodorante"*. Luego el Tribunal califica la conducta como gravemente ultrajante y agrega que *"es pacífica la doctrina y jurisprudencia en tener por comprendida en esta figura a la "fellatio en ore" en atención a las circunstancias de su realización resultan una humillación"*.

En función de lo expuesto, no le asiste razón al defensor en el sentido que el Tribunal suplió la actividad de las partes acusadoras, puesto que el Fiscal consideró que la introducción del pene en la boca de la niña configuraba en este caso la figura "gravemente ultrajante" a la que se refiere el Código Penal, cuestión esta que fue receptada por el Tribunal al entender que dicha circunstancia de realización en una niña de ocho años, resultaba un sometimiento gravemente ultrajante por la humillación a la que se sometía a la menor.

Por tal razón y siendo que la crítica se ciñe sólo a la circunstancia de que el Fiscal no lo habría mencionado, lo que no es así de acuerdo a lo que surge de la sentencia -en función de los alegatos de las partes-, es que considero que este agravio debe también ser desestimado.

Por último, y en relación a que no se puede agravar doblemente la conducta del imputado porque la minoridad de edad, ya se encuentra en el tipo básico del primer párrafo del art. 119 del CP, no pudiendo agregarle el agravante del cuatro párrafo del art. 119 inc. f), es importante señalar que lo que agrava la conducta del imputado es el aprovechamiento de la convivencia preexistente con la menor de edad, para cometer el ilícito. No es una doble agravante como pretende el defensor, el

tipo básico del art. 119 en su primer párrafo habla del consentimiento -el que no puede ser prestado válidamente por una menor de trece años-, mientras que el párrafo cuarto agrava la conducta por el aprovechamiento de la convivencia preexistente con cualquier menor de edad, para perpetrar un ilícito. El primero y cuarto párrafo no tienen nada en común, la edad de la víctima en el primer párrafo del art. 119 se refiere a la invalidez del consentimiento, mientras que en cuarto párrafo se refiere al aprovechamiento de la convivencia con cualquier menor de edad para llevar a cabo los actos contra la integridad sexual. Es decir, que sólo resulta aplicable cuando el autor se aproveche u utilice las ventajas que tal situación de convivencia le proporciona para poder consumir el abuso sexual.

Por tal razón, es que considero que este agravio también debe ser rechazado. Y, en consecuencia, corresponde confirmar la sentencia, la calificación dada por el Tribunal de juicio y la pena impuesta.

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. Liliana Deiub**, 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:

En cuanto a las costas propongo que se lo exima al acusado en esta instancia 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 al recurrente en esta 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. Liliana Deiub**, 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. Miguel Manso en favor de su asistido R. G. (arts. 233, 236 y 239 del CPP).

II.- RECHAZAR los agravios esgrimidos contra la sentencia impugnada, confirmando la misma tanto en lo que se refiere a la responsabilidad, como a la calificación legal y a la pena impuesta.

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

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

Dr. ALEJANDRO CABRAL

Juez

Dr. FERNANDO ZVILLING

Juez

Dra. LILIANA DEIUB

Juez

Reg. Sentencia N° 70 T° VI Fs. 1087/1096 Año 2016.-