

SENTENCIA N° ochenta y uno /2017. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **once días del mes de octubre de dos mil diecisiete**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación Provincial conformada por los **Dres. Fernando Zvilling, Federico Sommer y Florencia Martini**, presididos por el segundo de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación en el legajo registrado bajo **MPFNQ N° 11.368/2014** y caratulado "**D., N. N. S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL**", en el cual se encuentra imputado **N. N. D.**, alias **W...**, nacido el .. de, DNI, domiciliado en mza ... Dx .. de Barrio ... de esta Ciudad de

Que esta instancia de impugnación ordinaria se celebró en audiencia el día 27 de septiembre de dos mil diecisiete, en la que intervino por la Acusación, el Fiscal Jefe, Dr. Rómulo Patti y por la defensa, la Dra. Eliana Lazzarini.

ANTECEDENTES:

A) Por sentencia 233/16 de fecha 19 de agosto de 2016 el Tribunal de Juicio del Colegio de Jueces de Neuquén integrado por los Jueces Penales Marcelo Muñoz, Cristian Piana y Mauricio Zabala, resolvió declarar a **N. N. D.**, alias **W.....**, titular del DNI,, como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal en concurso real

con robo simple, por el hecho ocurrido el día 6 de enero del año 2013 en esta ciudad en perjuicio de M..... M.... G... Arts. 45, 55, 119 tercer párrafo y 164 del Código Penal y 195 y ccdtes. del C.P.P., mientras que por sentencia 322/16 de fecha 9 de noviembre de 2016 se lo condenó a la pena de siete años de prisión efectiva, accesorias legales y costas.

La Defensa interpuso recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del C.P.P.N.) contra ambas sentencias, celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 C.P.P.N. el día 27 de septiembre de 2017.

B) La Dra. Lazzarini se agravió por entender que la sentencia resulta arbitraria, infundada, violatoria de garantías constitucionales, errónea e incongruente realizando una crítica pormenorizada de cada uno de los testimonios producidos en juicio.

Resaltó en primer término que el testimonio de la víctima expuso contradicciones con las circunstancias probadas como que le escribía al novio mientras se dirigía a su domicilio (cuando el agente S.... informó que no existieron dichos mensajes), que el agresor le colocó un cúter detrás (cuando dicho elemento no había sido mencionado al recepcionarle la denuncia el agente M....., y finalmente afirmó que no pudo verlo), que en la denuncia dijo no haber visto el rostro del agresor y

luego lo reconoció indubitadamente y finalmente que manifestó que las personas que integraron la rueda eran muy diferentes.

Asimismo criticó que no se le recepcionó testimonio a la persona que le tomó la muestra de sangre a su asistido, que no le fue exhibida la ropa secuestrada sin que se pudiera saber qué ropa se envió a analizar al Pricai y a quién pertenecía. En este sentido informó que hubo un allanamiento en el domicilio de D... en el cual, según el descargo del imputado, secuestraron no sólo ropa de D... sino también de su novia L...., y que, a pesar de la sugerencia del Perito Toscanini de analizar una muestra para determinar el patrón femenino que emerge de la pericia de ADN, ello no se materializó.

Por otra parte afirmó que la sentencia informa que el imputado hizo uso de su derecho constitucional de no declarar cuando su asistido sí declaró (indicando los minutos en los cuales emerge dicha declaración).

Ataca la credibilidad del testimonio de G. en cuanto la nombrada no se presentó a la segunda entrevista psicológica, habiendo declarado la Lic. Zulema Díaz que no dio excusa consistente de su incomparecencia. Respecto de este último testimonio, critica la impugnante que el magistrado del primer voto realizó una valoración

sesgada, omitiendo considerar las características de personalidad informadas por la profesional en cuanto dijo que se trataba de una persona inmadura, egocéntrica, con deficiencias de lecturas de la realidad no esperables para su edad. Asimismo que percibió sobreactuación y no advirtió la presencia de indicadores postraumáticos. En sintonía con ello citó el artículo de Cafferatta Nores sobre la necesidad de realizar una entrevista psicológica a la denunciante enfocada particularmente respecto de la actitud frente a la verdad/mentira sobre los hechos.

También criticó la valoración sesgada del testimonio del Lic. D'Angelo en cuanto refirió que su asistido no poseía el perfil psicológico compatible con el hecho que se le imputa.

En referencia a los testimonios de la Dra. Rossi (que atendió a M.... M.... G..... en el hospital pocas horas después del hecho) y el de la Dra. Fariña (que la examinó en horas del mediodía), afirma que en base a ellos no hay prueba de acceso carnal.

Por su parte, sostuvo la defensa que la sentencia no dio respuesta a la titularidad de los celulares sustraídos (distintos a la denunciante) que existió una diferencia en el número de IMEI del celular entregado por la Sra. B..... (que le habría vendido a su hijo M....., el señor D.....), que el celular "no

secuestrado" traficó la línea de B..... entre otras, lo que indicaría que la señora estuvo en poder de ambos celulares sustraídos a G.... y que hubieron llamados al IMEI 510 (celular no secuestrado) en horarios cercanos al hecho denunciado, desde la línea terminada en 158 perteneciente a la tía de D..... C..... (que según su propietaria el celular era utilizado en ocasiones por éste), quien por su edad y características físicas era similar a las descritas por la denunciante respecto del agresor (quince años, piercing, etc.). Sostiene en este punto que el valor probatorio de los testimonios de B..... y M..... se resienten por tener ambos interés en sindicar a su pupilo por el hecho. Por las circunstancias reseñadas solicita se revoque la sentencia absolviendo a N... N.... D.... de culpa y cargo.

Subsidiariamente se agravia respecto de la sentencia de responsabilidad en primer lugar por la sustitución del juez Muñoz en el juicio de cesura por el Dr. Marcoveski, circunstancia que lesiona el principio del juez natural, como así el de inmediación y oralidad. Por otra parte, expresa que la sentencia contiene referencias a un sujeto distinto a su pupilo (O.....) y a una víctima de setenta años que fue atacada con un hacha (que no se corresponden con el hecho y la víctima de este legajo). Que, asimismo, existe una referencia genérica a la

naturaleza del hecho, conducta del imputado y antecedentes computables sin que exista una valoración concreta de las circunstancias debatidas en la audiencia de cesura, por lo que la sentencia padece de vicios no subsanables debiéndose declarar su nulidad. Solicita en caso de no prosperar los agravios contra la sentencia de responsabilidad, se ejerza competencia positiva fijando el mínimo de la escala penal prevista por el delito.

C) El Dr. Rómulo Patti, a su turno, expresó respecto de la sentencia de responsabilidad que la sentencia resulta razonable y debidamente motivada. Que el relato de la víctima en cada una de las instancias fue avalado por el informe de Zulema Díaz. Agregó que respecto a la imposibilidad de reconocer al agresor, lo que quiso decir M..... fue que no lo conocía, por lo que no podía identificarlo. Asimismo declaró un vecino que escuchó pedido de auxilio lo que convalida el hecho denunciado en las circunstancias relatadas por la víctima. Que los testimonios médicos de Rossi y Fariña dan cuenta de la existencia de escoriaciones en miembros y torso compatible con roce de paja. Por su parte las prendas secuestradas fueron fotografiadas formando parte de la convención probatoria mediante la cual se reconoce además que dichas prendas pertenecían a la víctima. Por otra parte el testigo E... constató la presencia de semen en alguna de dichas

prendas. No existió alteración en la cadena de custodia de los elementos secuestrados y remitidos para el examen del PRICAI y el resultado del ADN arroja una alta proporción del patrón genético del imputado en remera blanca y calza negra.

Que asimismo existen otras pruebas que sostienen el hecho violento como por ejemplo el testimonio de H... que indica la vestimenta con la cual arriba a su domicilio la víctima inmediatamente luego de acaecido el hecho y que asimismo informa que tiempo después se cruzó en un supermercado con el imputado y lo increpó y éste reconoció que se las había mandado y que ahora estaba en manos de la justicia.

Respecto de la sentencia de cesura, refiere que se trató de un error de corte y pegue de una antigua sentencia que aun así la sentencia describe los alegatos de fiscalía y defensa, se efectúa la cita de Jacobucci a fin de fijar los criterios a tomar en consideración y luego refiere la sentencia la naturaleza del hecho, la conducta del imputado y los antecedentes computables. Considera que, más allá de algún blanco que haya quedado se trata de un error formal que la fiscalía intentó subsanar (lo pidió en enero y se fijó audiencia recién en febrero). Por lo expuesto solicitó se confirmase ambas sentencias en todos sus términos.

Practicado el sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse la **Dra. Florencia Martini**, luego el **Dr. Fernando Zvilling** y finalmente el **Dr. Federico Sommer**.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge de 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?.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo:

Considerando que la impugnación deducida contra la sentencia fue interpuesta en tiempo y forma, por la parte legitimada subjetivamente y contra una decisión que es impugnable desde el plano objetivo, corresponde su tratamiento.

El **Dr. Fernando Zvilling**, manifestó: Por coincidir con los fundamentos dados por quien iniciara la votación me pronuncio en igual sentido.

El **Dr. Federico Sommer**, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el colega preopinante, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo:

La crítica realizada por la impugnante respecto de la sentencia de responsabilidad aparece como incongruente a poco que se analizan los argumentos señalados para cada una de las pruebas producidas en el juicio. No se logra descifrar la tesis que pretende acreditar a partir de la crítica compartimentada de cada uno de los testimonios producidos en el debate (críticas que además se contraponen entre sí). Concretamente una serie de argumentos apuntan a la no existencia del hecho (la "incredibilidad" del testimonio de la víctima, la ausencia de una validación médica del acceso carnal, la ausencia de lesiones de defensa y la sesgada valoración del testimonio de la Lic. Díaz) mientras que otros parten de la existencia del hecho y cuestionan la autoría (en particular las críticas relacionadas con el análisis de las líneas telefónicas y los IMEI de los teléfonos sustraídos como también la identidad de las prendas con presencia de semen que fuesen remitidas al Pricai, la irregularidad de la rueda de reconocimiento y el perfil psicológico del imputado dado por el Lic. D'angelo). A lo largo de la exposición de agravios se observa este vaivén que impide reconstruir una crítica consistente al fallo.

Asimismo se advierte que los argumentos críticos no resultan dirimientes para la resolución del caso.

En primer lugar sostiene la Dra. Lazzarini la incredibilidad del relato de la víctima a partir de cuatro circunstancias, a saber: que dijo que le escribía mensajes al novio mientras se dirigía a su domicilio cuando del informe aportado por S.... dichos mensajes no existen (1) que manifestó que le pusieron un cúter atrás, cuando no lo habría referido específicamente en un primer momento y en juicio reconoció que no pudo verlo (2) que dijo al denunciar que no le había visto el rostro y luego lo reconoció en la rueda de personas(3) y que manifestó que las personas expuestas en la rueda de reconocimiento eran muy diferentes (4).

A estas contradicciones que, a criterio de la defensa, afectarían la persistencia del relato (coherencia interna) se suma la crítica que efectúa sobre la valoración sesgada del testimonio de Zulema Díaz al afirmar que no se valoró las características de la personalidad de G. (inmadurez, egocentrismo, sobreactuación, deficiencias de lecturas de la realidad no esperables para su edad), con lo que la defensa intenta menoscabar la validación diagnóstica del relato de G..

Las contradicciones que señala la defensa a mi juicio no importan circunstancias relevantes al contrastar con otras -esenciales- que se mantuvieron en el relato de la joven (sobre el lugar, tiempo y modo del

acometimiento violento) que asimismo tuvieron correlato con otras pruebas producidas en el debate y valoradas en la sentencia, a saber: el testimonio de H..(novio de M..... M..... G.....) que confirmó -como sostuvo la fiscalía- el momento en que aquella se presentó en su domicilio, las prendas que llevaba puestas, la presencia de semen en su cuerpo y prendas, las escoriaciones en sus miembros y la presencia de tierra compatibles con las circunstancias relatadas por la víctima. En segundo lugar corrobora su relato el testimonio del vecino del lugar del hecho (Sr. A...) que afirmó haber escuchado gritos en el segmento temporal referenciado por G.... Asimismo la inspección ocular realizada en horas de la mañana (9:20hs) en el lugar indicado por M....., donde se encuentran objetos pertenecientes a la joven (un par de chufelines, unos anteojos de sol, su estuche atigrado, un espejo rosado, una musculosa rosada -como la que dijo llevar puesta M..... al momento de ser atacada-, y un papel con un turno médico). Luego el testimonio de uno de los agentes policiales que realizaron la inspección -Marcelo Martín- dando cuenta de las características del lugar, tal como lo había descripto la denunciante (a título de ejemplo, la montaña de ramas en el ingreso al predio). A todo ello se suma la detección de semen por parte de Enriquez en las prendas secuestradas y la constatación médica (de las Dras. Rossi y Fariña) de

escoriaciones en miembros y tórax compatibles con las producidas por espinas/ramas. Finalmente también convalida el relato de G.... la presencia de uno de los celulares sustraídos en poder de terceros (el celular cuyo IMEI terminaba en 740, que fuese entregado en el Departamento de Delitos por la Sra. B...).

Sobre la circunstancia de realización de la rueda (que fuese realizada con control de la defensa como fue sostenido por la impugnante en la audiencia de impugnación), no implica una contradicción en el relato (o impersistencia) ya que la integración por personas "muy diferentes" no es una alegación de la defensa sino una manifestación de G.... en el juicio. Y, si por el contrario, la defensa pretendió invocar una violación de las formas legales de realización de la rueda, no lo hizo en tiempo oportuno (ni al momento de la rueda realizada en presencia del secretario de instrucción Dr. Ronda, ni en la audiencia de control de acusación, bajo el nuevo sistema procesal) y tampoco probó lesión a dichas formas legales en el juicio.

En este punto (la presunta irregularidad de la rueda de reconocimiento de personas) advierto, como lo anticipé al iniciar mi voto, contradicciones en la argumentación de la impugnante. Para la defensa ¿es creíble o no el relato de M..... G.....? Parece que cuando

incrimina a su asistido no es creíble pero cuando afirma que la rueda fue integrada por personas "muy diferentes" su palabra alcanza para poner en cuestión las formalidades prescriptas para la medida probatoria aun cuando la defensa pudo controlar dicho acto y consintió las condiciones de realización.

Luego la defensa se agravia por no haberse recibido el testimonio en el debate de la persona que tomó la muestra de sangre. Sin embargo no consta que en el juicio haya cuestionado la cadena de custodia de dicho elemento, ni que se hubiese omitido la previa notificación de la medida a la defensa. Tampoco explicó en la audiencia de impugnación que haya ofrecido dicho testimonio en el momento procesal oportuno, ni argumentado -en definitiva- cuál era la relevancia de ese testimonio. Siendo la extracción de sangre el soporte de la prueba ADN, cabe acotar que tampoco cuestionó dicha pericia, ni ofreció una pericia de parte al efecto.

Se agravia también (y este es un punto central en la definición del caso), que considera que no se comprobó la "identidad" de las prendas remitidas para análisis de ADN, alegando que fueron secuestradas prendas en la vivienda habitada por D., de su novia L....., por lo que podría tratarse de éstas y no de las pertenecientes a la víctima.

Lo cierto es que sólo D.... refiere que fueron secuestradas prendas de su novia en el allanamiento y dicha circunstancia es refutada por el testimonio del oficial Segura que intervino en el allanamiento, quien afirma que sólo secuestraron prendas de D.....

Por otro lado, las partes convinieron que las prendas secuestradas pertenecían a la víctima, tal como se describe en la sentencia, circunstancia que luego es valorada por el magistrado para contestar el alegato final de la defensa. Cuando se le preguntó a al impugnante sobre esta convención probatoria, expresó que hubo varios procedimientos en los cuales se secuestraron prendas, sin poder dar precisiones al respecto.

Afirma la defensa que no se le exhibieron las prendas a la víctima para su reconocimiento en la sala de debate, sin embargo dicha circunstancia no fue solicitada por la Defensa al momento de su deposición, por lo que no podría alegar su propia negligencia en la litigación, máxime cuando -como ya referencié- existió una convención probatoria respecto a las prendas secuestradas pertenecientes a la víctima".

Emerge del testimonio de Toscanini que las prendas peritadas (ADN) fueron una musculosa blanca y una calza negra. Y G. refirió que llevaba puesta una calza negra al momento del ataque, como así que "durante la

segunda vez que la penetró le metió la musculosa que usaba para trabajar en la boca" y a preguntas de la defensa agrega: "con la musculosa blanca me tapa la boca" (ello surge de la videofilmación del testimonio de G..). Si bien es cierto que no se peritaron el short salmón y la camperita negra con rayas blancas que la joven se colocó después del hecho, no es menos cierto que la calza y la musculosa blanca fueron llevadas consigo desde el lugar del hecho (no así la musculosa rosada que quedó en el lugar y fue hallada en la inspección ocular en horas de la mañana) y que previsiblemente pudieron haber tenido contacto con el semen que dijo la joven que quedó en su vientre (además de que relató que "la obligó a chupársela" y la musculosa blanca fue introducida luego en su boca). Asimismo H.... manifiesta que M... apareció "con un short, una camperita y una remera abajo", que podría tratarse de la musculosa blanca peritada. Los resultados de ADN confirman contundentemente esa hipótesis y la defensa no introdujo otra hipótesis que permita explicar la presencia del ADN del imputado en las prendas de la víctima.

La defensa afirma que el magistrado no dejó constancia de la declaración de D., sin embargo en la sentencia consta la declaración (al finalizar la producción de la prueba) en la cual el imputado afirma que *fueron a la guardia del Heller con su novia L.... P.... y*

encontraron un celular, pasó M..... y se lo vendió a \$150. Le hicieron un allanamiento y secuestraron ropa de él y su novia. A la chica nunca la cruzó, no sabe quién es".

Luego de los alegatos antes de finalizar la audiencia, el magistrado le da la última palabra al imputado y es en ese momento en que D. hizo uso de su derecho constitucional de no declarar, tal como lo detalla la sentencia.

Respecto de la alegada valoración sesgada del testimonio de Zulema Díaz, la licenciada más allá de describir los rasgos de personalidad de la denunciante, en ningún momento refiere a la credibilidad o incredibilidad del testimonio, por lo que las omisiones indicadas por la defensa no resultan dirimentes para la resolución del caso, máxime cuando la impugnante expresamente apela a la necesidad de una entrevista psicológica con el objeto de establecer la actitud hacia la verdad/mentira de los hechos (de la cita de Cafferatta Nores) y en el contrainterrogatorio, la defensa no realiza pregunta alguna en referencia a la credibilidad del testimonio.

Lo mismo sucede con el agravio consistente en la valoración sesgada del testimonio del Lic. D Ángelo, por cuanto el profesional evalúa *un perfil de personalidad* pero no puede dar cuenta sobre el hecho concreto que se investiga. Es decir, que su testimonio no

resulta dirimente en cuanto no afirma, ni niega la participación de D... en el suceso endilgado. A lo sumo puede tomarse como un elemento indiciario valorado integralmente con el resto del material probatorio producido y esto es lo que no pudo sintetizar la defensa en el juicio, ni aún en la audiencia de impugnación.

Respecto de los testimonios de las Dras. Rossi y Fariña, la defensa realizar una valoración sesgada de dicha prueba, alegando que lo único que aportan es que no se probó el acceso carnal, sin embargo, lo relevante y conteste de ambos testimonios es la constatación de escoriaciones en miembros y torso (también un hematoma en rodilla derecha), que refuerza el relato de la víctima (como lo anticipé al principiar el voto), en lo atinente a las características físicas del lugar donde se despliega el acometimiento violento y la afirmación de M..... de que "al entrar por la montaña de hojas y ramas sentía que le dolían las piernas" (emerge de la videofilmación).

En relación a la crítica realizada en torno a la diferencia de IMEI (740 o 741) la sentencia descarta la misma sobre la base de las imágenes de la denunciante habidas en el celular, que fueron reconocidas por el H..... Asimismo la impugnante afirma que ambos celulares secuestrados traficaron la línea de B..... (madre de M....., quien a tenor del descargo del

imputado, compró uno de los celulares). A partir de dicha circunstancia sostiene la Dra. Lazzarini que el valor probatorio de ambos testimonios (los de B..... y M.....) se encuentran resentidos por cuanto manifiestan un evidente interés en sindicar a su pupilo. Sin embargo, esos testimonios son los que validan el descargo de su asistido en lo que respecta a la venta del celular de la línea terminada en 726 (IMEI 740). En esta misma línea argumentativa la defensa sostiene que la línea terminada en 158 (propiedad de la tía de D..... .C.....) efectuó un llamado al celular de IMEI 510 (celular sustraído y no secuestrado) *en horarios cercanos al denunciado* y que D..... C..... posee características físicas similares a las descritas por la denunciante respecto del agresor (de unos quince años de edad, con piercing en el labio). No obstante, del testimonio de S..... se desprende que tal llamado fue efectuado el día 12 de enero mientras la sustracción se habría producido en los últimos minutos del día 6 de enero, con lo cual se desvirtúan los dichos de la impugnante y su relevancia para la resolución del caso.

Finalmente el descargo del D...., si bien es sostenido por el testimonio de B... y M...

(cuyo valor probatorio paradójicamente ataca la defensa) en torno a la venta del celular (IMEI 740), no logra convalidarse en cuanto a la circunstancia esencial para

desestimar la participación de D. en el hecho denunciado (que fue hallado en cercanías al hospital Heller) siendo que la defensa se hallaba en condiciones de ofrecer el testimonio de L.... P...., novia del imputado que se hallaba junto a él al momento de encontrar y luego vender el celular a M..... (según los dichos de este último) para que diera cuenta del hallazgo y no lo hizo.

En síntesis, no habiendo acreditado la impugnante los agravios expuestos debe confirmarse la sentencia de responsabilidad en todos sus términos.

En lo que respecta a la sentencia de cesura, respecto del primer agravio violación del principio de juez natural, inmediación y unicidad del juicio, el mismo no habrá de prosperar. Recepto en el caso los fundamentos vertidos por el voto del Dr. Zvilling en legajo 34447/2015, "G...., N..... M..... s/Abuso Sexual", resuelta mediante sentencia n° 15/2017, el 07/03/17.

Desde el plano constitucional, el planteo de la defensa sobre la afectación a la garantía del "Juez Natural", es equivocado. Como lo sostiene Federico Gastón Thea (2009 La Ley, Suplemento Administrativo (Junio 2009), p. 11. Id SAIJ: DACF090047), la garantía del Juez Natural, prevista también expresamente en el artículo 18 de la Constitución Nacional, contiene dos prohibiciones: Por un lado, esta garantía impide la creación de "fueros

personales". En segundo lugar, la garantía del Juez Natural prohíbe que se cambie o altere la competencia del tribunal que al momento de ocurrir los hechos debían entender en la causa judicial de acuerdo a la ley anterior, para transferirla a otro Tribunal que reciba esa competencia después del hecho. Cabe aclarar no obstante, que la Corte Suprema de Justicia ha interpretado esta exigencia en términos más laxos, considerando que sólo se produce una violación a esta prohibición cuando la sustracción arbitraria de una causa constituya, por vía indirecta, una verdadera comisión especial disimulada.

Desde la doctrina, Raúl Washington ABALOS, en "Derecho Procesal Penal", Ed. 1993, T. I, págs. 166 y ss., luego de referirse en forma general a la garantía constitucional del art. 18 de la C.N., expresa que "No viola la garantía constitucional de los jueces naturales el hecho de intervenir nuevos jueces en los juicios pendientes, como consecuencia de reformas en la organización de la justicia o en la distribución de la competencia.". En el mismo sentido, Julio J.B. MAIER, en "Derecho Procesal Penal Argentino, T.I b), pág. 494, Ed. Hammurabi, 1989, y específicamente al referirse a la competencia sostiene que "Si el problema que crea la mutación *ex post facto* de la competencia no está provocado por el poder político arbitrariamente, con la exclusiva

intención de disimular la designación de Tribunales nuevos para la atención de ciertos casos o el juzgamiento de personas determinadas (...), la nueva ley general de competencia puede atribuir competencia a los Tribunales creados con posterioridad al hecho, bajo la condición de que, de ninguna manera, encubra un Tribunal de excepción disimulado".

Y, finalmente, es interesante mencionar que María Angélica GELLI, en "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada", FEDYE, 2003, al tratar el tema de "La garantía del Juez imparcial", señala que "(...) la garantía del juez natural limita la aplicación retroactiva del cambio de competencia de los magistrados, aunque éstos conformen instituciones judiciales permanentes, con competencia delimitada por leyes generales pero que no tenían atribuciones para juzgar el hecho de que se trata, en el momento en que ha sucedido. Sobre esta cuestión, la Corte Suprema ha creado una regla interpretativa en virtud de la cual la garantía del juez natural 'no resulta afectada por la intervención de nuevos jueces en los juicios pendientes, como consecuencia de reformas en la organización de justicia o en la distribución de la competencia. Pues (el art. 18) sólo tiende a impedir la sustracción arbitraria de una causa a la jurisdicción del juez que continúa teniéndola para casos

semejantes, con el fin de atribuir su conocimiento a uno que no la tiene, constituyendo así, por vía indirecta, una verdadera comisión especial disimulada'(491)".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, hace más de 100 años, delimitó el concepto del Juez Natural. En "Chumbita, Severo" (Fallos 17:22 del 4/11/1875) dijo: "Que el objeto del artículo dieciocho de la Constitución ha sido proscribir las leyes "ex post facto", y los juicios por comisiones nombradas especialmente para el caso, sacando al acusado de la jurisdicción permanente de los jueces naturales, para someterlo a tribunales o jueces accidentales o de circunstancias; que estas garantías indispensables para la seguridad individual no sufren menoscabo alguno, cuando a consecuencia de reformas introducidas por la ley en la administración de la justicia criminal, ocurre alguna alteración en las jurisdicciones establecidas, atribuyendo a nuevos tribunales permanentes, cierto género de causas de que antes conocían otros que se suprimen a cuyas atribuciones restringen; que la interpretación contraria serviría muchas veces de obstáculo a toda mejora en esta materia, obligando a conservar magistraturas o jurisdicciones dignas de supresión o de reformas".

En el caso que nos ocupa, se trata de la integración del Tribunal para el Juicio de Cesura por parte

de un Juez en reemplazo de un Magistrado destituido de su cargo, y no de la constitución de un nuevo Tribunal para juzgar a una persona por un delito cometido antes de su creación. Aunque, aún en ese caso, asunción *ex post facto*, el sentido de la garantía es impedir la creación de una "comisión especial" de juzgamiento.

Como dice Segundo Linares Quintana, la primera regla de interpretación de la Constitución, es hacer siempre prevalecer su contenido teleológico o finalista, a partir de un criterio liberal amplio y práctico, que en tanto instrumento de gobierno, también es restricción de poderes, en amparo de la libertad individual y que sus palabras deben interpretarse en sentido general y común o natural y popular; así cuando el constituyente garantizó a los individuos, que serían juzgados por un juez designado previamente, eso es exactamente lo que quiso garantizar, sin perjuicio de que en casos excepcionales, imposibles de prever a priori -muerte, renuncia, destitución, excusación- deba recurrirse a una designación posterior al hecho, por cuanto esta situación, se presenta como un supuesto de fuerza mayor que debe encontrar inmediata respuesta. Así se ha dicho, que los jueces de la Constitución son los que integran el Poder Judicial independiente de los otros poderes y cuyos miembros gozan de estabilidad, mientras dure su buena conducta.

Aclarado el alcance de la garantía del Juez Natural, no es necesaria una mayor profundización en el análisis, ya que es claro que el caso que nos ocupa nada tiene que ver con dicha garantía. No se trata de una "comisión especial", ni de la designación de un Tribunal para el juzgamiento de un caso con posterioridad a su creación, sino concretamente de la integración del Tribunal para el Juicio de Cesura con un Magistrado diferente, por remoción del cargo de aquel que integrara el Tribunal de Juicio. Es decir, si bien el Juez de la cesura -Dr. Marcoveski- fue nombrado con posterioridad, nada indica que su intervención haya tenido la finalidad de violar la imparcialidad, designándolo para integrar un Tribunal con el fin de perjudicar los intereses del condenado.

Alegó la Defensa la violación al principio de inmediación y unicidad del juicio. Para esto se valió de un argumento semántico, afirmando que el 178 del código procesal penal divide el Juicio en dos fases. Pero que el Juicio es uno -de acuerdo con lo establecido por dicha norma-, comprensivo de la determinación de responsabilidad y la posterior imposición de pena.

Este argumento no tiene asidero, desde que no sólo doctrinariamente se habla sobre el Juicio de Cesura, como algo diferente al Juicio de Responsabilidad,

sino que el artículo siguiente al invocado (art. 179) lleva como título "Juicio sobre la pena".

Por último, corresponde analizar si el principio de "inmediación", sufrió un menoscabo como consecuencia de la intervención del Dr. Marcoveski en reemplazo del Dr. Muñoz.

En el caso concreto, la Defensa alegó la violación a la inmediación, pero sin cumplir con la carga argumentativa básica de indicar de qué modo se violó.

Respecto del segundo de los agravios introducidos en relación a la sentencia de pena, esto es, la nulidad de la pieza procesal por ausencia de fundamentación, el mismo se constata en cuanto la sentencia no realiza valoración alguna de agravantes y atenuantes del caso concreto para mensurar la pena, además de padecer de errores sustanciales sobre la identidad de imputado, víctima y circunstancias del hecho, por lo que lesiona la garantía del imputado a una sentencia motivada, debiendo en consecuencia declarar su nulidad como acto jurisdiccional.

En tanto configura un motivo de agravio subsidiario respecto de la sentencia de responsabilidad, la pieza en crisis formula una referencia genérica a la naturaleza de la acción mediante la utilizando de un arma blanca -cúter- que fue descartada en la previa sentencia de responsabilidad, en una extensión del daño que no fue

acreditada en autos, en que el Ministerio Público Fiscal logró acreditar el agravante de conducta durante el proceso y antecedentes computables -exactamente lo contrario a lo esgrimido por la acusación pública en su alegato y que el error es de suma entidad en función que en el juicio de cesura el Ministerio Público Fiscal no ofreció prueba de cargo-, por lo que resulta conducente lo requerido por la quejosa en cuanto solicita expresamente que este Tribunal de Impugnación Provincial ejerza competencia fijando el mínimo de la escala penal prevista por el concurso de delitos aplicable.

En tal sentido, corresponde acoger favorablemente parte de este agravio en razón que el decisorio en crisis carece de fundamentación suficiente, revocar la pena establecida e imponerse la misma por este Tribunal revisor sin reenvío (conf. Art. 246 in fine del C.P.P.N.). Ello así, toda vez que no resulta necesario el reenvío del presente caso para la determinación de la pena que corresponde imponer, teniendo en cuenta que se encuentra en juego el derecho de las partes a una decisión judicial en tiempo razonable (Art. 18 del C.P.P.N.), que la prueba rendida se pudo valorar en la videofilmación del juicio de cesura -adunado que la parte acusadora no produjo prueba de cargo para esta segunda fase del juicio-, y en tal labor considero adecuado imponer la pena de SEIS (6)

años de prisión, más accesorias legales (12 C.P.). Tal es mi voto.

El **Dr. Fernando Zvilling**, manifestó: Por coincidir con los fundamentos dados por quien iniciara la votación me pronuncio en igual sentido.

El **Dr. Federico Sommer**, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el colega preopinante, adhiero a sus conclusiones.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo:

Atento el resultado de la impugnación ordinaria interpuesta debe eximirse de costas al impugnante.

El **Dr. Fernando Zvilling**, expresó: comparto la solución expresada.

El **Dr. Federico Sommer**, manifestó: adhiero a la solución propuesta por el colega que me antecede en la votación.

Por todo lo hasta aquí expuesto, por unanimidad el Tribunal de Impugnación Provincial,

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación ordinaria deducida por la Defensa a favor de

su asistido **N.... N..... D.**(arts. 233, 236 y 239 del C.P.P.N.).

II.- NO HACER LUGAR a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa contra la sentencia de responsabilidad por no constatarse los agravios y en consecuencia **confirmar la sentencia 233/16**, mediante la cual se resolvió declarar a **N..... N..... D....**, alias **W.....**, titular del DNI, como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal en concurso real con robo simple, por hecho ocurrido el día 6 de enero del año 2013 en esta ciudad en perjuicio de **M.... M..... G.....** Arts 45, 55, 119 tercer párrafo y 164 del Código Penal y 195 y ccdtes. del C.P.P.N.

III.- HACER LUGAR a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa contra la sentencia de cesura, declarando la nulidad de la misma y **fijando la pena de SEIS (6) años de prisión**, accesorias legales y costas (art. 247 C.P.P.N.).

IV.- Sin costas (art. 268 C.P.P.N.).

V.- Remitir el presente pronunciamiento a la Dirección de Asistencia a la Impugnación correspondiente para su registración y notificaciones pertinentes.

Reg. Sentencia N° 81 T° VI Año 2017.-