



SENTENCIA N° trece /2018. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los *veintisiete días del mes de febrero de dos mil dieciocho*, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por los **Dres. Richard Trincheri, Alejandro Cabral y Florencia Martini**, presididos por el primero de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial "**O., J. L. S/DENUNCIA DE ABUSO SEXUAL**", identificado como legajo 76512/2016 seguido contra **D. G. M.**, D.N.I. N°:, nacido en....., con domicilio real en de la ciudad de

ANTECEDENTES:

A) Por sentencia dictada el nueve de octubre de dos mil diecisiete por el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Héctor Rimaro, Daniel Varessio y Diego Piedrabuena, se resolvió declarar a D. G. M., penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE, DOS HECHOS EN CONCURSO REAL, EN CARÁCTER DE AUTOR (119 -1er. párrafo-, 55, y 45 del Código Penal).

La Defensa interpuso recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del CPP) contra la sentencia de responsabilidad y la de pena, celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP, el nueve de febrero de dos mil dieciocho, oportunidad en que el impugnante expuso los fundamentos del recurso.

En la audiencia mencionada intervino por la Defensa el Defensor particular Dr. Jorge Mena, por la querrela institucional la Dra. Mónica Palomba y por la Fiscalía el Dr. Andrés Azar.

B) El Dr. Mena estructuró sus agravios en tres ejes: en primer lugar solicitó se declare la nulidad de la sentencia de responsabilidad por la gravedad institucional que implicó la celebración del juicio en un clima intimidante con reunión de numerosas personas pertenecientes a distintas organizaciones sociales que amenazaban al Tribunal, al procesado y a la defensa, con manifestaciones verbales y cánticos con la finalidad de advertir al Tribunal sobre el fallo que debía dictar y las consecuencias a

las que se exponían si la sentencia no los satisfacía. La presión ejercida puede haber conmovido intelectual y emocionalmente al Juzgador afectando su libertad e inconscientemente su imparcialidad. Considera que son evidencias de dicha situación que los jueces hayan calificado el hecho en concurso real (dos hechos) y luego fijado una pena elevada de efectivo cumplimiento. En segundo lugar se agravia por entender arbitraria la calificación legal de los hechos como concurso real cuando el mismo constituye un típico delito continuado. Entiende que la resolución de voluntad involucra todos los momentos en que se ejecutaron las distintas acciones. La sucesión progresiva de hechos: piropos, tocamientos al paso, tocamientos sobre la ropa y luego debajo de la ropa constituyeron un único propósito. Finalmente se agravia la defensa por la magnitud de la pena (tres años y seis meses de prisión), considerando que no se tuvo en consideración la ausencia de antecedentes de su asistido como así las buenas referencias que los testigos ofrecidos por la defensa dieron del mismo. Considerando que la pena no debe superar los tres años de prisión y resulta aplicable lo normado por el art. 26 del Código Penal (ejecución condicional), lo que así solicitó.

C) A su turno, el Sr. Fiscal expresó que se trató de dos hechos de abuso sexual simple en concurso real. En primer lugar solicita se declare la inadmisibilidad ya que el defensor no pone en evidencia cual es el defecto de la sentencia, expresando un mero desacuerdo con lo resuelto por el Tribunal. En el escrito sólo solicita que se reduzca la pena.

Que en lo que respecta a la nulidad peticionada por la defensa, esta no acredita “la influencia moral” que afirma pudo afectar la imparcialidad de los magistrados. Se trata de una mera suposición de la defensa. En relación al delito continuado, además que el impugnante no describe la falla en el razonamiento de la sentencia, la víctima pudo relatar con claridad dos hechos: uno en el baño de la escuela y el anterior en la cocina del establecimiento. El imputado amenazó a la joven con que haría lo mismo con su hermana (que padece un leve retraso madurativo). El medio comisivo fue la sorpresa y la amenaza. En cuanto al tercer agravio, insiste que tampoco aquí se



advierte una crítica razonada de la sentencia. La sentencia recepta como agravante la vulnerabilidad de la víctima que desde niña se hallaba institucionalizada lo que evidencia una mayor peligrosidad, que se traduce en un total desprecio. Si bien la fiscalía solicitó se tuvieran como agravantes la educación, el bajo rendimiento escolar de la niña y el daño psicológico, estas circunstancias no fueron receptadas. Como atenuantes se valoraron la ausencia de antecedentes y el comportamiento procesal. Por lo expuesto solicita se declare inadmisibles, y subsidiariamente se rechacen los agravios, confirmando en todos sus términos la sentencia impugnada.

D) A su turno la Dra. Mónica Palomba dijo que las conductas realizadas por el imputado eran inapropiadas para los educandos, entre otras, les mostraba videos pornográficos. En referencia al primer agravio sostuvo que si el Tribunal se hubiese sentido afectado hubiese suspendido el juicio. Respecto del segundo agravio, se trata de un concurso real por cuanto cada acto tuvo una nueva afectación al bien jurídico protegido. Ambos actos fueron independientes, fueron hechos distintos.

E) Otorgada la palabra en último término a la defensa sostuvo que la fiscalía parece criticar la sentencia. Cualquier persona puede tener un acto abyecto e incurrir en una conducta prevista por el Código Penal pero eso no afecta el buen concepto de M., que no fue adecuadamente valorado al momento de fijar la pena.

Preguntada la Fiscalía por el Dr. Cabral en qué modo se valoró la vulnerabilidad de la víctima, el Dr. Azar dijo que se valoró el aprovechamiento de esa vulnerabilidad. Pedida la palabra por la defensa, afirmó que su asistido es portero y no conocía la situación de vida de la víctima.

Dada la última palabra al Sr. M. se abstuvo de declarar.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse la **Dra. Florencia Martini**, luego el **Dr. Alejandro Cabral** y, finalmente, el **Dr. Richard Trinchero**.



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 impugnabile desde el plano objetivo, corresponde su tratamiento.

Sobre el planteo de inadmisibilidad incoado por la Fiscalía, entiendo que aun cuando no exista en profundidad una crítica razonada de las sentencias (responsabilidad y pena) , los argumentos señalados por el impugnante permiten ingresar al análisis del fondo y de hecho le permitieron a las acusadoras ejercer la defensa de la sentencia en los puntos invocados en la respectiva audiencia.

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

El **Dr. Richard Trincheri**, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

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

Habré de adelantar que los agravios expuestos por la defensa han de tener parcial acogida en lo atinente al quantum de la pena y su modo de ejecución.

Respecto de la afectación de la libertad e imparcialidad del tribunal al momento de dictar las respectivas resoluciones (agravio n° 1) advierto que el defensor no



ofreció elementos objetivos que permitiesen acreditar la lesión efectiva a la imparcialidad del Tribunal. El agravio emerge como la íntima convicción del impugnante que no ha podido ser objetivada en elementos concretos y contrastables. La defensa supone que el contexto hostil en el que se desplegó el juicio ejerció una influencia moral sobre los juzgadores a partir de un resultado contrario a sus intereses. Si el clima en el que se desarrollaron las audiencias del debate resultaba tan intimidante como asevera en esta instancia, tuvo medios para prevenir lo que hoy alega sin sustento probatorio. Me refiero a que bien pudo solicitar la suspensión de la audiencia peticionando se garantizase el desarrollo del juicio en un ambiente propicio. Incluso afirma que la primera de las evidencias de la efectiva influencia de tal despliegue hostil fue la calificación legal dada a los hechos como *concurso real* en lugar de *delito continuado*, y sin embargo no recusó al Tribunal previo a la segunda fase del juicio. La segunda de las evidencias que señala, es la magnitud de la pena (y el consecuente cumplimiento efectivo de la misma).

Los jueces de este Tribunal de Impugnación no tenemos elementos para verificar el impacto emocional de las manifestaciones públicas que rodearon el juicio, dado que, si dicho impacto existió, no ha de ser explicitado por los jueces en la sentencia (cuya razonabilidad y logicidad es función de este Tribunal examinar). No existe modo alguno de controlar el proceso mental y el ánimo de los jueces al momento de dictar sentencia, por lo cual es carga de la defensa evitar dicha situación (si la encuentra determinante) pidiendo la suspensión de la audiencia como ya lo explicité. Por otra parte, si la defensa considera seriamente que los jueces dictaron sentencia dejándose influenciar por las demandas sociales, no es ésta la vía adecuada para canalizar dicha situación sino la denuncia de mal desempeño de los respectivos magistrados, a cuyas resultas devendría (o no) la nulidad de los actos cumplidos en tales circunstancias. En tal sentido se advierte que el impugnante se cuida de no caer en esta situación cuando agrega subrepticamente, que “inconscientemente” vieron afectada su imparcialidad. Pues bien, si ni siquiera puede afirmar que los jueces fueron conscientes de la presunta influencia moral para dictar



una sentencia más gravosa para el imputado que lo debido conforme a los hechos probados, menos aún puede acreditar en esta instancia ese proceso inconsciente de los jueces al momento de dictar sentencia, o cuanto menos no ha traído en esta instancia prueba al respecto.

En relación a la postura sostenida por la defensa respecto de la calificación legal de los hechos (dos hechos en concurso real) más allá de lo que los jueces de este Tribunal podamos sostener al respecto, el momento procesal oportuno para cuestionar la calificación legal, tal como lo establece nuestro código ritual, era la audiencia de control de acusación. Es en esa instancia procesal en la que se fija la plataforma fáctica, jurídica y probatoria del caso penal, estableciendo el objeto del litigio a partir del cual el tribunal de juicio debe adoptar una decisión. Si la defensa no opuso resistencia a la calificación legal dada por las acusadoras, resulta extemporáneo alegar en esta instancia cuestiones que lógicamente no fueron debatidas en el juicio. Incorporar nuevos argumentos –no opuestos oportunamente– lesiona el derecho de la contraparte a producir prueba y alegar al respecto. Incluso en el alegato de clausura la defensa no sostiene esta posición (su teoría del caso es la no existencia de los hechos) , por lo cual, el tribunal de juicio no tuvo oportunidad de contestar argumentalmente la posición de la defensa. Cabe agregar que el tribunal de juicio, al no haberse discutido la subsunción legal de los hechos como concurso real o delito continuado, no está facultado a apartarse de la teoría legal fijada en el debate, por imperio del principio de congruencia. Y no es aplicable lo prescripto por el art. 196 del CPP en cuanto a la facultad de calificar el hecho de modo más benigno para el imputado, por cuanto no se trata de un delito menor incluido en la teoría del caso de las acusadoras, sino que afecta la plataforma fáctica fijada en la acusación (*dos hechos*), y como ya sostuve, no ha sido cuestionada por la defensa en el momento procesal oportuno.

En relación al tercer agravio, referido al quantum de la pena, si bien la defensa primigeniamente no argumenta específicamente en relación al agravante receptado



por la mayoría (aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima), sino que alude a la ausencia de antecedentes de su asistido y al buen concepto del mismo, la fiscalía introduce en su alegato (en la instancia de impugnación) a dicho agravante (no receptado por el juez disidente), y es allí donde el impugnante alega que su asistido no conocía, ni tuvo oportunidad de conocer por su función en la escuela (portero) la situación de vulnerabilidad de la víctima y en consecuencia, no pudo “aprovecharse” de dicha vulnerabilidad.

Así las cosas, el agravio concreto introducido por el impugnante, referido a la desproporción de la pena con la conducta efectivamente consumada por el imputado, en el contexto de la escala penal (de seis meses a ocho años de prisión) , resulta atendible. Si partimos del mínimo de la escala penal, teniendo en consideración los atenuantes receptados en la sentencia de cesura (ausencia de antecedentes y buena conducta procesal) sumado a la inadecuada valoración como agravante de la pena, de la situación de vulnerabilidad de la víctima, dado que no se probó el conocimiento de dicha situación por parte del imputado a fin de endilgarle su “aprovechamiento”, el apartamiento desmesurado del mínimo de la escala penal fijada para los hechos resulta inadecuada. En tal entendimiento, y en consideración de que se cuentan con elementos suficientes para ejercer competencia positiva en los términos del art. 246 último párrafo del CPP, considero que la pena proporcional a la culpabilidad por los hechos del imputado debe establecerse en tres años, correspondiendo la modalidad de ejecución condicional de conformidad a la interpretación dada por la CSJN a partir del fallo “Squilario” en el cual se sostuvo (apartado séptimo): “el instituto de la condenación condicional previsto en el art. 26 del Código Penal tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión. Tal aserto encuentra explicación en la demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especial positiva que informa el art. 18 de la Constitución Nacional”.



Por lo expuesto, corresponde se revoque la sentencia de cesura fijando la pena de tres años de prisión de ejecución condicional (art. 247 último párrafo). Mi voto.

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

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

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

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

Atento al resultado de la impugnación no corresponde la imposición de costas (art. 268 CPP) .

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

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

Conteste con las posturas enarboladas, el Tribunal de Impugnación, **por unanimidad**,

RESUELVE:

I. - **DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL** de la impugnación deducida por el recurrente en favor de D. G. M..

II. - **HACER LUGAR** a la impugnación por constatarse el tercero de los agravios, revocando en consecuencia la sentencia de cesura mediante la cual se le impuso a D. G. M. la pena de tres años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo.

III. - **IMPONER** a D. G. M. la pena de **TRES AÑOS DE PRISIÓN DE EJECUCIÓN CONDICIONAL** (art. 26 CP; 246 último párrafo del CPP.)



IV- SIN COSTAS.

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

Reg. Sentencia N° 13 T° I Año 2018. -