

TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN

En la ciudad de Viedma, capital de la provincia de Río Negro, a los 03 días del mes de agosto del año 2018, se constituye el Tribunal de Impugnación Provincial conformado por los Jueces Miguel Ángel Cardella, Adrián Fernando Zimmermann y Carlos Mohamed Mussi -por subrogancia-, presidiendo la audiencia el primero de los nombrados, para dictar sentencia en el legajo MPF-BA-00052-2018 caratulado “N., L. C/ M. H. G. S/ ABUSO SEXUAL”.

Que en la audiencia de impugnación ordinaria intervinieron, por la Acusación el representante del Ministerio Público Fiscal, el doctor Tomás Soto, y por la Defensa el doctor Juan Pablo Laurence, en representación de H. G. M. S., presente en la audiencia.

1.- Antecedentes:

Previo: La víctima del hecho investigado es una menor víctima por tal motivo en esta sentencia se la nombra como “ACP”, “AP” y “A”, según como fue nombrada por la sentencia de juicio y en igual sentido se indicará a la mamá como “LN” y al papá como “GP”.

1.a.- Mediante sentencia de fecha 16 de mayo de 2018, el Juez de Juicio unipersonal, doctor Ricardo Calcagno del Foro de Jueces de la Tercera Circunscripción Judicial de la provincia, resolvió condenar a H. G. M. S. a la pena de dos años y nueve meses de prisión por el delito de abuso sexual simple por el que fuera declarado responsable (arts. 27, 40, 41 del código penal por el siguiente hecho:

“ocurrido el 9 de enero de 2018, aproximadamente a la hora 12, en el interior del inmueble que habita H. M. y su pareja S. F., sito en

Barrio....., calle de San Carlos de

Bariloche. En esas circunstancias, H. G. M. aprovechando que su pareja se había retirado a darse un baño condujo al dormitorio matrimonial a la niña “ACP”, de 4 años, que junto a su hermana S. de tres años, se encontraban de visitas en el domicilio. En el interior del dormitorio, H.

G. M. abusó sexualmente de la niña “A” al hacerla subir a la cama matrimonial, bajarle las calzas que vestía, ubicarla en posición de rodillas y apoyada sobre sus manos, para luego M. bajarse sus pantalones y calzoncillos y acercar sus genitales a la zona de los glúteos de la niña a la que mantenía entretenida con el celular de su propiedad que le había dado para que

juegue. En el escenario descrito fue sorprendido por S. F. quien le recriminó su accionar, tomando a “A” y a “S” y dirigirse al domicilio de los progenitores, lindante al de ellos y contarles lo ocurrido”.

Al acusado se le impuso la pena única de tres años y tres meses de prisión, comprensiva de la condena de dos años y nueve más para este caso y la recaída en expediente 2014-0054 de seis meses de prisión en suspenso (del registro del Juzgado Correccional nro. 10 de Bariloche), debiendo permanecer privado de libertad hasta tanto adquiera firmeza la resolución (artículo 58 del código penal).

1.b.- Contra lo decidido, la Defensa dedujo una impugnación ordinaria.

1.c.- En su escrito, la parte impugnante señala como motivos de dicha presentación, en primer lugar, la arbitrariedad de la sentencia.

Sostiene que la sentencia no supera el estándar probatorio más allá de toda duda razonable, ya que la única testigo que da cuenta de los sucesos denunciados y que sustenta el fallo condenatorio no alcanza este estándar y la valoración integral de la prueba producida en la instancia del juicio ha sido parcial.

Afirma que es clara la falta de credibilidad de los dichos de S. F. ya que no encuentra correlato con el resto de la prueba indiciaria colectada. Señala las contradicciones que entienden existen en el relato.

Alega que descartada la credibilidad de F. como testigo, en el debate no se ha desarrollado una sola prueba directa de cargo, y todos los testimonios finalmente son conjeturas -nada más-, que no pueden acreditar las circunstancias denunciadas.

Agrega que también hay discordancia de la hora en que habrían sucedido los hechos, las denuncias, las atenciones médicas, etc. Por lo cual, aun en un caso que no es complejo, tampoco hay precisiones al respecto.

Hace hincapié en que los profesionales manifestaron que la niña no se dio cuenta de lo que habría pasado, por lo que interpreta que el cambio de conducta de la niña se encuentra en un contexto de información dado por los adultos que rodean a la niña. Tal es así -afirma- que en la primera Cámara Gesell tomada la niña “A” nada dice de lo sucedido, y si en la segunda luego de 40 minutos de entrevista y pasados cerca de un mes del suceso.

Considera dudoso que en la casa primero se quedó F., que luego fue desarmada y vendida y que el terreno ahora es habitado por el hermano de la mamá de las nenas, aunque ésta bajo juramento de ley en el juicio, indicó que no sabe

quien ocupa ese terreno.

Alega que la sentencia es arbitraria porque considera que este relato (de F.) es unívoco a lo largo del tiempo. Entiende que debe revocarse la sentencia condenatoria y absolver de culpa y cargo a M. S.

Señala como segundo agravio el monto de la pena impuesta por cuanto a su entender aplicando el mínimo de la pena, lo cual propugnaba esa defensa, se alcanza el objetivo resocializador.

Critica el criterio del STJ en el fallo Brione y cita doctrina en apoyo de su postura.

Finalmente, advierte que el Sr. Juez impone una unificación de pena aritmética y esa defensa entiende que debe aplicarse el método de composición de pena y toda vez que debe tenerse en cuenta la recuperación social de los sujetos a la jurisdicción, conforme el tipo de los delitos reprochados y que el imputado admitió su culpabilidad en su primer condena ahora unificada, la corta edad de su asistido, su condición social, y su formación educativa son todas circunstancias indicadas deben valorarse en su favor.

Solicita en definitiva que se revoque el decisorio y se absuelva de culpa y cargo a H. G. M. S. y, a todo evento, se readecue el monto de pena impuesto, por el mínimo legal y la suma composicional (y no aritmética) de la pena impuesta.

2.- AUDIENCIA DE IMPUGNACION.

2.a.- En función de lo dispuesto por el artículo 239 del CPP se convocó a las partes a audiencia oral, en la que se escucharon los argumentos a favor y en contra de los agravios sostenidos contra el pronunciamiento jurisdiccional.

2.b.- Dada la palabra al impugnante, el doctor Laurence sostiene que la sentencia contiene una fundamentación aparente y por lo tanto es arbitraria. Aclara que la teoría del caso de la defensa era que el hecho no sucedió y que la única testigo de cargo miente y ha sido desacreditada durante el juicio.

Explica que S. F. era pareja de M. y su declaración ha sido el único sostén para llegar a la sentencia condenatoria. De su único relato, que es mentiroso, se han concatenado diversas actuaciones y circunstancias.

Sintetiza el testimonio de S. F. y señala las contradicciones de sus dichos. Alega que fue modificando su versión a lo largo del tiempo. Enfatiza que este hecho ha sido desde la formulación de cargos negado por su ahijado procesal y

ha dado sus razones.

Insiste en que la declaración de F. está plagada de afirmaciones inexactas y que está absolutamente contrapuesta por la versión de M. y de ello el sentenciante no se hizo cargo.

Expresa que la menor fue al hospital y los profesionales intervinientes dijeron que no había lesiones en la niña por lo que no podían confirmar un abuso. La doctora Varone dice que la niña no registró lo sucedido e hizo mención a la parafernalia que se armó en torno de la niña (minuto 37 del testimonio). La versión del hecho que cuenta es la de F.

Concluye que hubo parafernalia de parte de la familia y que la niña no registró suceso alguno, de hecho hay una primera Cámara Gesell en la que la niña no relata nada, luego en la segunda después de 25 días dijo “Veitor bajó pantalón”.

Menciona también el testimonio de “GP” que encuentra sustento en los dichos de F. Esto demuestra a criterio de esa defensa que no hay prueba independiente que dé cuenta de que el hecho haya sucedido. Refiere que respecto del lote que ocupaba M. Sierpe, “GP” dijo que estaba su cuñado. La Sra. “LN” dijo que no sabía quién ocupaba el terreno y luego en la audiencia de cesura dijo que mintió, que allí estaba su hermano. Y esa es la persona que presionó a F. para que declarara. I. A., ex pareja de M. S., sabe que la casa la vendió S.

Expresa que todas las circunstancias que apuntó dan cuenta de que ha mentido. Por lo que la presunción de inocencia de su asistido no ha sido destruida más allá de toda duda razonable. Además refiere contradicciones de horarios en que habría ocurrido el hecho pese a que no es un caso complejo.

Afirma que es autocontradictoria la sentencia en cuanto refiere que hay un cambio de actitud de la niña pero el personal médico ha manifestado que se habló del hecho adelante de la niña y en su momento se indicó que la niña no registró hecho alguno, lo que se corrobora con la primer Cámara Gesell.

2.c.- Corrido traslado a la Fiscalía respecto de la primera parte de los agravios, el doctor Soto manifiesta que el fallo debe confirmarse porque no advierte arbitrariedad de la sentencia sino una disconformidad con la valoración de la prueba. Afirma que la sentencia está debidamente motivada y fundada, no contiene un razonamiento defectuoso, porque señaló cómo se valoró la prueba y contestó todos los interrogantes planteados. Además el juez hace referencia a varios aspectos que

tuvo en cuenta de por qué consideró al relato creíble. Es más se expidió sobre la teoría del caso de la defensa y la descartó por entender que estaba basada en rumores. Disiente en cuanto al testimonio de F. que sea el único sostén de la condena.

Explica que la Fiscalía ofreció ocho testimonios que fueron completando el relato de F. y de la niña en Cámara Gesell. Dice que la Defensa no acreditó su teoría del caso. El tema de la parafernalia no fue preguntado en debate.

Disiente que haya contradicción en los horarios, por la situación de nerviosismo que se vivía es lógica una pequeña diferencia.

Respecto del terreno, “GP” dijo que los vecinos se querían meter, por lo que se trató de una cuestión de oportunismo. Además, aclara que F. le había ayudado a terminar la casa por lo que es lógico que quisiera quedarse con la casa.

Concluye que la acusación no versaba sobre el relato de F.

únicamente sino que fue corroborado con los restantes testimonios.

2.d.- Dada la palabra a la Defensa, el doctor Laurence dice que F. y “LN” estaban llamados a prestar declaración bajo juramento de ley y mintieron en el debate. Tampoco se controvertió el tema de la parafernalia y el oportunismo en la ocupación del terreno.

2.e.- Concedida la palabra a la Defensa para expresar sus agravios respecto de la imposición de la pena, el defensor dice que coincide con lo que viene sosteniendo la Defensora General respecto de la aplicación de la doctrina Brione y Sansuerro por parte de los Tribunales al momento de imponer pena, esto es anclarse en la mitad de la escala penal lo que entiende arbitrario por vulnerar la normativa que menciona. Entiende que debe partirse del mínimo de la escala penal y para apartarse debe justificarse.

Cuestiona también el método por el cual se le ha unificado la pena por entender que es arbitrario y que debe aplicarse el método de composición de la pena y no la suma aritmética. Cita doctrina en apoyo de su postura. Advierte que la pretensión de la composición de la pena debe apoyarse en razones de proporcionalidad de la misma y se tiene que tener en cuenta la resocialización de la persona. Menciona las circunstancias que deben valorarse en favor de M.

S.

Solicita que se le aplique el mínimo de la pena respecto del delito y componerse con la pena anterior.

Agrega además que este hecho no supera el grado de tentativa lo que se postuló inicialmente en la formulación de cargos y luego se modificó en oportunidad de la audiencia del art. 162 del CPP.

Sostiene la inocencia de su ahijado procesal y que la doctrina Brione no es aplicable al caso, debiendo estarse al mínimo de la escala penal y unificarse la pena de la manera que propone.

2.f.- A preguntas del Juez Cardella, dice que hubo un problema de congruencia entre la formulación de cargos, en la que se calificó el hecho como abuso sexual en grado de tentativa, y la audiencia de control de acusación en la que se lo acusó de abuso sexual consumado. Aclara que lo que se modificó fue la calificación legal, no el hecho.

2.g.- Concedida la palabra al Fiscal, refiere respecto del principio de congruencia que el juez se expidió al respecto y dijo que no se violentó porque la formulación de cargos habilita la instancia de investigación y la prueba puede hacer variar la calificación legal que se mantuvo en el control de acusación y en el debate y fue abordado por el juez en la sentencia.

Respecto de los agravios contra la determinación del monto de pena, considera que no hay agravio específico sino que simplemente manifiesta una disconformidad con el método utilizado para la fijación de la pena. Expresa que la Fiscalía partió de la mitad de la escala penal y postuló las agravantes que entendió aplicables.

Dice que la defensa no menciona los puntos que invoca el juez y que concluyó que jugaban en contra del imputado, dando los fundamentos. Entiende que no hay un agravio específico ni motivos que justifiquen aplicar el mínimo.

2.h.- Dada la última palabra a la defensa, el doctor Laurence dice que el fiscal no contesta el agravio respecto del método de composición y aclara que la Señora "LN" reconoció que mintió en su declaración anterior lo que tiene incidencia en la acreditación de la extensión del daño.

Por último, el señor M. S. dice que es inocente, que nunca tocaría a la nena que era como una hija para él, que es mentira lo que dice S..

3.- Habiendo sido escuchadas todas las partes, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia (artículo 240 del CPPRN). Luego de nuestra deliberación sobre la temática del fallo, transcribiendo nuestros votos en conformidad con el orden del sorteo previamente practicado, respecto de las

siguientes CUESTIONES A RESOLVER: Primera: ¿Es admisible el recurso interpuesto por la Defensa?, Segunda: ¿Qué solución corresponde adoptar?, Tercera: ¿A quién corresponde la imposición de las costas?

4.- VOTACION

A la primera cuestión el Juez Miguel Ángel Cardella dijo:

Corresponde analizar la admisibilidad del recurso presentado.

En su escrito la Defensa acredita que presentó el recurso en tiempo, ante la Oficina Judicial de la Tercera Circunscripción Judicial, y reúne los requisitos de objetividad y el requisito subjetivo. Para completar su presentación la Defensa expresa concretamente cuáles son los agravios que le causa la decisión judicial atacada (artículos 222, 228, 230, 233 y 236 del CPPRN). Por lo expuesto este recurso debe ser declarado formalmente admisible. ASI VOTO.

A la misma cuestión el Juez Adrián Fernando Zimmermann, dijo:

Adhiero al voto del Juez preopinante. ASI VOTO.

A la misma cuestión el Juez Carlos Mohamed Mussi, dijo:

Adhiero al voto del señor Juez preopinante. ASI VOTO.

A la segunda cuestión el Juez Miguel Ángel Cardella dijo:

4.1.- El primer agravio se vincula con el estado de inocencia y duda a favor del imputado, tal como lo contempla el artículo 8 de nuestro Código Procesal Penal. Según la Defensa la sentencia impugnada no supera el estándar probatorio más allá de toda duda razonable, ya que la única testigo que da cuenta de los sucesos denunciados y que sustenta el fallo condenatorio no alcanza este estándar y la valoración integral de la prueba producida en la instancia del juicio ha sido parcial.

Este Tribunal en el legajo MPF-VI-00184-2017 caratulado “Garcia” sostiene que la impugnación “debe realizarse y presentarse como una tesis ante este Tribunal de Impugnación”. “Esa presentación tiene por función establecer una argumentación que ponga en crisis la sentencia condenatoria. De tal modo que tenga capacidad de acreditar cómo genera una vulneración, una lesión por arbitrariedad y/o ilegalidad y/o ausencia de valoración del descargo del imputado (según el planteo que hoy resolvemos) y que esa vulneración posibilitó una decisión judicial injusta contra ..” ‘el acusado’.

En este caso concreto la Defensa, debe indicar porque el juez de juicio realiza una valoración parcial en perjuicio de M. S.. Es preciso, entonces,

“argumentar cómo esa situación fue la generadora central de una decisión perjudicial para la persona que se representa en la impugnación” (Lorenzo, Leticia ‘La teoría probatoria a lo largo del proceso penal’ en la Obra “El debido proceso penal” Volumen 5. Ángela Ledesma -Directora-, Editorial Hammurabi, páginas 74/75).

En consecuencia si esa tesis no se acredita, en palabras de nuestro Superior Tribunal de Justicia, no puede prosperar por la ausencia de una crítica concreta y razonada “PELOZO expediente n° 28083/15 STJ de fecha 2/8/2016”.

Este Tribunal se ha expresado sobre el estado de inocencia y duda, al respecto en el legajo MPF-RO-00773-2017 “JARAMILLO” se dijo “Según la doctrina “El imputado mantiene como persona su estado de inocencia durante todo el proceso penal hasta tanto se demuestre con certeza su culpabilidad y consecuentemente sea condenado por sentencia firme. En cuanto a la normativa, este principio se desprende de la garantía constitucional de la necesidad del juicio previo para poder ser condenado, previsto en el artículo 18. Pero luego de la reforma constitucional de 1994 surge directa y expresamente del artículo 75 inciso 22, en función del artículo 8°, inciso 2° de la CADH; artículo 26 de la DADDH; artículo 11 de la DUDH y artículo 14 inciso 2° del PIDCP” (Jauchen, Eduardo “Proceso Penal, sistema acusatorio” página 31, Editorial Rubinzal Culzoni, ciudad de Santa Fe, noviembre de 2015). Esta idea la cierra Maier, cuando indica que la persona al inicio del juicio debe ser tratada como si fuera inocente, y esa presunción repercute en el principio “indubio pro reo” hacia la aplicación del Derecho Procesal Penal, por el cual establece que para llegar a un sentencia condenatoria, esta debe estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado (Maier, Julio B.J. “Derecho Procesal Penal, Tomo I páginas 460/463, editorial Ad-Hoc, ciudad de Buenos Aires – 2016).

En palabras de Binder, tenemos que la persona no es culpable si una sentencia no lo declara así, significando ello que sólo una sentencia tiene esa virtualidad, que en ese momento existen solo dos posibilidades: ser declarado inocente o culpable, que esa culpabilidad debe ser jurídicamente construida a través de la certeza, que el imputado no tiene que construir su inocencia ni puede ser tratado como un culpable (Binder, Alberto Introducción al Derecho Procesal Penal, página 125, editorial Ad-Hoc, ciudad de Buenos Aires, mayo 2002). Esta garantía se expresa en el artículo 8 del CPPRN, que indica que toda persona

acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras una sentencia firme no lo declare culpable. Y en el momento de la decisión jurisdiccional en caso de duda, deberá decidirse lo que sea más favorable al imputado.

El juez atraviesa un estado intelectual para lograr una decisión jurisdiccional, y en proceso indica que cuando existe una percepción segura es porque hay una certeza, la cual la define como la firme convicción de estar en posesión de la verdad (la cual puede ser positiva o negativa –que algo existe o no existe--). Y para alcanza la misma, debe llegar a sus conclusiones mediante un análisis racional, (en palabras de nuestra Constitucional local, con fundamentación razonada y legal (artículo 200) y en palabras del ritual bajo las reglas de la sana crítica (artículo 188 del CPP). Entonces genera la obligación de motivar la decisión, es decir de proporcionar las razones de su certeza –positiva o negativa--, demostrando el lazo entre sus motivos y los elementos de prueba surgido en el juicio para demostrarlo; operación que se llega mediante la descripción de la evidencia convertida en prueba en la audiencia de juicio y su valoración al momento de emitir sus conclusiones (Cafferata Nores, José I., La prueba en el proceso penal. Páginas 5/6 y 42/43, editorial Depalma. 1986).

El juez de juicio en su sentencia realiza una valoración total de la prueba producida en juicio donde cada parte expuso su teoría, realizó exámenes y contraexámenes, produjo su prueba y alegó sobre esas circunstancias al cierre del debate, según las reglas de la sana crítica (artículo 188 del CPPRN). Al respecto indica Bovino que “para asegurar que la valoración razonable y fundada por el tribunal de juicio respete las reglas de la sana crítica, por otra parte, la decisión puede ser controlada por el tribunal de alzada, en la medida en que no se respeten las exigencias de motivación requeridas por la sana crítica” (Principios Políticos del procedimiento penal. Bovino, Alberto, página 124, Ediciones del Sur, 2018)

Por lo tanto la Defensa debe expresar su agravio sobre esa conclusión, la sentencia. Cuestión que solo se ilustra con un título y se manifiesta en la ausencia de su fundamentación; es decir no puso en crisis la motivación de esa decisión.

Por lo expuesto este primer agravio no puede prosperar.

4.2.- Otro agravio de la Defensa se vincula sobre la valoración realizada sobre su teoría del caso.

Corresponde indicar en un principio que si la teoría del caso de la Defensa no

podiera ser acreditada con la prueba producida en juicio, no significa que de inmediato se acredita la hipótesis que sostiene en su acusación el Ministerio Público Fiscal, porque aún así tiene la carga de la prueba de la culpabilidad sobre los hechos que funda su acusación y pedir condena más allá de toda duda razonable (artículos 8, 13 y 59 del CPPRN).

En este caso, además el juez de juicio, le expresa concretamente a la Defensa porque motivos no prospera su teoría, y al respecto indica que:

En cuanto a la motivación de F. en perjudicar a su Pareja para apropiarse de la vivienda que compartían, la Defensa no pudo probar los extremos de su teoría del caso por cuanto los testigos que depusieron en debate, someramente refirieron que por rumores podían decir que S. habría vendido la casa a un hermano de “GP”, sin siquiera saber el nombre del mismo, ni periodo de tiempo en que se efectuara la transacción ni por que monto, ni siquiera el lugar donde se encontraría implantada la casa en este momento.

En cuanto al lote, los testigos no fueron contestes en manifestar quien es el que se encuentra en el lote donde se implantara la vivienda donde ocurrieran el injusto, por cuanto si bien “GP” dijo que habitaba su cuñado, la madre del imputado manifestó que el terreno se lo había vendido S. a un primo de “GP”, para referir sobre el particular la propia F., que el unico motivo que persiguió fue decir la verdad de lo que vio, sino no hubiese venido desde Neuquen como lo hizo, que no tiene motivos para mentir y que por comentarios la casa se la habian usurpado luego le desarmaron la casa y ahora se encuentra viviendo en ese terreno el hermano de la mamá de las nenas, que después de este hecho se fue para Neuquen, que realizó trámites en Anses para que le den leña y gas y explicó que los trámites sobre el domicilio lo efectuó porque había gente que se quería meter en la casa y ella no tenia lugar donde ir a vivir, que el hermano de M. le manifestó que se tenia que ir de la casa porque la querian vender, ella le explicó que le den un tiempo por la misma razón manifestada anteriormente, y esta persona luego no volvió al lugar, sobre el particular fue conteste la testigo M. V., quien dijo que convinieron con M.

S. en que éste se quede en la vivienda, porque como era una toma, había peligro que se la saquen, agregando que cuando fue a ver su casa, estaba el cerco cerrado y no había nadie, no pudo conversar con nadie, para saber como

podía hacer para recuperar su casa que con tanto esfuerzo la levantara, ella se entero que S. fue a ANSES a hacer un reconocimiento que ella era la propietaria del terreno, cosa que ella ignoraba que tenía que hacer y por rumores se entero que ahora ya no es su casa que ya no es su terreno que la vendieron y la compro el hermano de “GP”, no el primo de éste como afirmara la Sra. S., ni como refiriera “GP” que si bien dijo no saber que paso con la casa, en la actualidad dijo que en el lote esta su cuñado, .

La Defensa en su agravio reitera lo sostenido en su alegato de cierre en juicio, pero no cuestiona los puntos de la sentencia. No indica contradicción, arbitrariedad o una errónea valoración de la prueba que se vincule a este agravio.

Por lo tanto el agravio no prospera.

También, aprovecho este agravio, para expresar que en la audiencia de impugnación, la Defensa hizo una expresa alegación sobre la congruencia entre la formulación de cargo, la audiencia de control y el decisorio jurisdiccional.

El bien jurídico protegido en este tipo de delito (abuso sexual) es la libertad sexual de las personas, sobre su autodeterminación sexual. El delito sexual abusivo afecta este derecho individual, sobre la sexualidad. En ese caso concreto se trata de una agresión sexual, distinta del acceso carnal, ejecutada con ausencia de consentimiento en la víctima ya que recae sobre un menor de trece años.

En la sentencia el juez dice:

En cuanto al principio de Congruencia violentado conforme los dichos de la defensa, entiendo que ello no ocurrió en los presentes, por cuanto la formulación de cargo, habilita la etapa de investigación preliminar lo cual, la prueba recabada en dicha etapa puede, como sucediera en el presente caso, hacer variar la calificación con la que solitara la habilitación de la etapa de investigación preparatoria con la calificación que el agente fiscal diera al hecho en su presentación de la acusación conforme art. 159 del C.P.P., donde en la audiencia prevista por el art- 163 del mismo ordenamiento legal proporcionará los fundamentos a las partes, mantuvo idéntica calificación legal al inicio de la audiencia de apertura del juicio, por cuanto a entender del suscripto el principio de congruencia en este Procedimiento Penal no fue violentado, dando el agente fiscal, la oportunidad a la Defensa a que ofrezca y produzca prueba para ejercer el derecho de una defensa efectiva, que debe tener todo imputado.-.

El agravio, además se diluye cuanto se constata que en la audiencia del 11 de

enero de 2018 se tuvo por formulado cargo en orden al delito de abuso sexual simple en carácter de autor contra M. S. (artículos 45 y 119 del Código Penal) y en la audiencia de control de la acusación celebrada el día 14 de marzo de 2018, se expresa: “Declarar la apertura a juicio, calificando el hecho como abuso sexual simple consumado, en función del art. 119 primer párrafo y 45 del C.P.”

Por lo tanto la Defensa sabía perfectamente que su asistido M. S. concurría a juicio acusado como autor del delito de abuso sexual simple.

En consecuencia estos agravios no prosperan.

4.3.- El siguiente agravio de la Defensa se vincula con la credibilidad de la testigo S. F., concubina del acusado M. S... Es quien es la única testigo presencial del hecho y sobre su declaración se apoya el resto de la prueba indirecta.

Nuestro sistema procesal no ha legislado respecto a reglas de evidencias o sobre la valoración de cada prueba en el juicio penal. La finalidad de la impugnación sobre la credibilidad de un testigo es indicarle al juez de juicio que frente suyo hay una persona que declara sobre algo imposible o fantástico o bien que carecer de capacidad en la transmisión de su relato para recordar o comunicar la experiencia vivida, o que ese testimonio contiene un perjuicio en contra del acusado o que existe contradicciones en el su declaración en la sala de audiencias –así acreditado en su contraexamen--.

El Defensor concretamente dijo en el juicio y ahora en la impugnación que la testigo tenía un interés propio con el fin de perjudicar a M. S. y por lo tanto ese testimonio no era creíble.

Veamos que dijo la sentencia sobre esta cuestión:

“En el transcurso del desarrollo del debate se recepcionó declaración a S.

M. F. quien manifestó, como conoció al imputado y decidió venir a vivir con él en el mes de octubre de 2016, al principio la relación fue normal, que con las nenas de su vecina tenía buena relación y concurrían a su casa. que el día del hecho estaban limpiando el terreno y las nenas estaban con ellos, luego ingresaron a la casa y baño a las nenas y las dejó en la cocina y luego concurrió a bañarse ella, abre la ducha y pregunta si estaban las niñas y como mujer y madre presintió algo, sale del baño y abre la puerta del dormitorio y lo ve a H. con los pantalones abajo la nena también, la nena sobre la cama, con la colita hacia H. y jugando con un celular, mientras H. tenía el pantalón y

ropa interior abajo y con su pene levantado. Fue a la casa de los padres de las niñas, les contó lo vivido, para luego acompañar a la madre de las niñas a la comisaría y G. se quedó en la casa para que H. no se escape”.

La sentencia también indica el modo en que fue apreciado este único testimonio, entre otras consideración dice que S. F.:

“... brindó una sola versión de los hechos sin contradicción alguna cuando relató lo vivido a la madre de la niña víctima,

“... la madre de la menor, “LN”, refirió los dos momentos descriptos por F., en primer lugar cuando llevo a las niñas y en una segunda oportunidad cuando regreso en un estado de conmoción, y poniéndose a llorar y en un estado de nervios a punto de desmayarse le contó que ella encontró a M. en la pieza con su hija, que él tenía los pantalones abajo y a su hija la tenía arriba de la cama, que examine a la niña, para saber si estaba bien, porque no sabía si había llegado a hacerle algo o que le había hecho, porque ella cuando entra a la habitación, M. se subió los pantalones, ante ello fue a ver a su hija y a su marido que estaban en la casa de su suegra, contándole S. lo ocurrido a su marido.

“Luego (F.) le contó al padre de las niñas ... El padre de las menores, “GP” el día del hecho se encontraba en la casa de su mamá con las niñas, cuando llega su Sra. y cuando llega a su casa, ve a S. temblando y llorando, sentada, en un principio le causó gracia el estado en que estaba y luego le cuenta que había encontrado a H. con los pantalones bajos y le había bajado los pantalones a su hija, ante ello fue a preguntarle a M. que había pasado y él le contestó que no había pasado nada y que S. estaba borracha, como él había estado con S. minutos antes y estaba fresca, le dijo, me estas mintiendo, a lo que le contestó que no, y le repitió que le estaba mintiendo y allí lo golpeo, volvió a su casa y le dijo a su Sra. que concurran a la policía a radicar la denuncia ...

F. habló con el personal médico del Hospital de San Carlos de Bariloche “ ... la Dra. Gabriela Varone, al prestar declaración en audiencia de juicio, refirió que encontrándose de guardia en el Hospital Zonal Bariloche, le anunciaron un caso agudo de abuso sexual, concurriendo a la guardia personal policial, la médica policial, una niña y su mamá, para luego hacerlo una vecina que fue la que había presenciado todo, y, entrevistó a la vecina, ...el relato de los

hecho que les hiciera la Sra. S. fue que había bañado a las nenas, cosa que en un principio le pareció extraño pero después supo que ello era más habitual que lo que ella creía, que las baña y seca a las nenas y luego se va a bañar ella y cuando sale del baño no ve a una de ellas, entra a su cuarto y allí observa a la nena boca abajo sobre la cama desnuda jugando con un celular y el Sr. atrás de la nena parado con el pene erecto, S. no dice haber escuchado ningún grito, ni que la nena estaba llorando, por ello definieron que no existió penetración por lo cual decidieron no instaurar el mecanismo de control de infecciones, consignó lo del pene erecto en su informe porque así se lo dijeron, sino no lo hubiese escrito.

“ ... la Dra. Natalia Prytulak, quien dijo recordar el caso donde una vecina baño a las nenas, las dejo jugando y concurrió a bañarse, cuando volvió ve a una de las nenas y faltaba la otra y cuando la busco, estaba con el acusado, el cual estaba con los pantalones bajos y la nena estaba recostada boca abajo con los pantalones bajos, que ella realizó el protocolo de abuso en el Hospital junto a la Dra. Varone, ... que el interrogatorio a la vecina como a la madre de la niña fue efectuado fuera del lugar de exanimación. ...

“ para luego (F.) reproducir los mismos dichos ante la audiencia de Juicio,

Entonces el juez en su fallo indican que

“... los dichos de S. F. fueron unívocos, sin contradicción alguna, sino también lo fue, como repercutió en su estado emocional lo visto ese día, . Este estado emocional fue corroborado por “LN” quien vio a F. llorar, nerviosa y a punto del desmayo antes de contarle lo sucedido, mientras que “GP” manifestó que en un principio al ver a F., sentada llorando y temblando, a su turno las profesionales Varone y Prytulak, manifestaron que la vecina que acompañara a la madre de la menor, S. estaba realmente consternada, muy movilizada por la situación la Dra. Prytulak, describe el estado anímico de F. como shockeada..”

Surge de la lectura de la sentencia que en su fundamentación tiene en cuenta la percepción y la memoria de la testigo, de las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que observo esa imagen con sus sentidos, en su presentación en juicio como realizó ese proceso de rememoración, el comportamiento durante el examen y el contraexamen, la forma de sus respuestas y su personalidad y debemos también

que el agravio no hace mella sobre esa valoración que el juez de juicio hace sobre ese único testimonio.

Según la doctrina:

“ .. ante la presencia de un testigo en soledad del hecho no cabe prescindir sin más de sus manifestaciones, sino que las mismas deben ser valoradas con la mayor severidad y rigor crítico posibles, tratando de desentrañar el mérito o la inconsistencia de la declaración mediante su confrontación con las demás circunstancias de la causa que corroboren o disminuyan su fuerza. ... Para que el testimonio de la única persona que presencié los hechos ilícitos soporte una sentencia condenatoria, es menester que el mismo ofrezca garantía de conocimiento y veracidad tal que sea capaz de convencer con su dicho, bien sea por la evidente razón de haber conocido los hechos o por determinadas circunstancias personales que lo conviertan en un testigo insospechable de parcialidad. Por lo que el juzgador, a efecto de determinar si la manifestación del testigo único reúne tales características deberá atender a la forma en que se desarrollaron los hechos, a las circunstancias de su realización, a las particularidades que revista tanto el testigo como su declaración y, además, a que lo testificado por éste se encuentre reforzado con el resto de las pruebas indirectas que determinen fehacientemente la responsabilidad penal que se le atribuye al sentenciado” (¿Testis unus, testis nullus? Carlos Enrique Llera LL 2013-F, 77/79).

En un fallo reciente de la provincia de Neuquén, la Jueza le indicó al Jurado el estandar para valorar la exposición de los testigos. Este mismo estandar pueden ser tomado por los jueces técnicos, como por las partes (acusación y defensa). En ese marco se les precisó algunos elementos que pueden considerar con relación a los testigos:

- ¿Cómo se veía el testigo ante ustedes? ¿Pareció sincero? ¿Se demostró algún motivo por el cual no diría la verdad?
- ¿Se demostró algún interés en el resultado del juicio, o alguna razón para aportar prueba más favorable a una parte que a la otra?
- ¿Fue capaz de formular observaciones precisas y completas acerca del evento?
- ¿Tuvo buena memoria? ¿Tuvo alguna razón para recordar las cosas sobre las que testificó? ¿Si tuvo alguna incapacidad o dificultad que para recordar los eventos, pareció genuina? ¿O parecía una excusa para evitar responder las preguntas?
- ¿Fue razonable y consistente el testimonio mientras declaraba? ¿Era “similar a” o

“distinto de” lo que otros testigos dijeron acerca de lo mismo? ¿Dijo el testigo o hizo algo diferente en una ocasión anterior?

- ¿Existió inconsistencia o contradicción en el testimonio? Si existió

o ¿Hizo más o menos creíble la parte principal del testimonio?

o ¿Fue sobre algo importante, o sobre un detalle menor?

o ¿Pareció un error honesto o una mentira deliberada?

o ¿Se debió a que el testigo dijo algo diferente anteriormente o a que no mencionó algo?

o ¿Hay alguna explicación del por qué? ¿Tiene sentido dicha explicación?

- ¿Hubo alguna presión o amenaza usada contra el testigo que pudiera afectar su testimonio?

Estos son sólo algunos factores que podrían ayudarles a decidir qué tanto o qué tan poco le creerán o confiarán en un testimonio. Tengan presente que su tarea es considerar cuidadosamente cada testimonio en forma particular y en el contexto general del caso. Decidan qué tanto o qué tan poco van a creer acerca de lo que dijo cada persona. No decidan contando la cantidad de testigos. (Legajo 92782/2017 caratulado “Hernández” 17.7.2018)

Nuestro Superior Tribunal de Justicia en “Beltrán” –marzo 2017--, sostiene que puede haber sentencia condenatoria con la valoración, para ese caso, del testimonio de la víctima porque eso acredita la participación del autor enmarcado en el contexto del resto de las pruebas producidas en juicio.

Por lo expresado este agravio no prospera.

4.4.- Otro agravio que presenta la Defensa es que existe discordancia de la hora en que habrían sucedido los hechos, las denuncias, y las atenciones médicas.

Por lo cual, aun en un caso que no es complejo, tampoco hay precisiones al respecto.

El agravio se sostiene en que “GP” nos aporta información de gran interés sobre el horario porque dice que el abuso habría pasado a las 15:00 horas, que Susana narro que fue a las 17:00 horas y que la denuncia se formula a las 18:00 horas, pero se indica con seguridad que no es posible que la denuncia fuera hecha a las 22:00 horas.

La cuestión no aparece muy clara en la exposición del agravio. El hecho y su desenlace ocurrió el 9 de enero del presente año, en donde los testimonios expresan un horario situado en horas del mediodía y desde ahí se desarrolló un relato único y

continuo, S. F. aviso a los padres “LN” y “GP”; llevan a las niñas a la casa de una abuela. El padre de las menores se queda con M. S.; la mamá de las menores con F. hacen un recorrido que es la Comisaría – Hospital – Comisaria y en esos lugares son ubicados las niñas su madre y la testigo F. Incluso los profesionales se ubican en tiempo y espacio, siendo ese día en sus lugares de trabajo (el Hospital) y el agravio no indica cual es el punto concreto del mismo y esencialmente que quiere demostrar con esa indicación.

Este agravio tampoco prospera.

4.5.- Otro agravio sostiene que la sentencia es auto-contradictoria porque, según la Defensa, se afirma que existe un cambio de actitud de la niña, cuando los profesionales manifestaron que la niña no se dio cuenta de lo que habría pasado. Por lo tanto ese cambio de conducta de la niña se encuentra en un contexto de información dado por los adultos que rodean a la niña. Como elemento de juicio indica que en la primera Cámara Gesell la niña víctima nada dice de lo sucedido, y si en la segunda luego de 40 minutos de entrevista y pasados cerca de un mes del suceso.

La sentencia al respecto indica que:

Se suma como prueba de ocurrencia del hecho investigado el cambios de conducta de la niña, luego del episodio denunciado, y sin perjuicio que estos síntomas no son indicativos solamente de haber sufrido abuso, estos trastornos integran los consecuencias que pueden aparejar en los niños ser víctimas de abuso sexual. Refiere la madre de la menor que “AP”, de cuatro años de edad al momento de ocurrencia del hecho analizado en audiencia, que la menor no usaba ya pañales y comenzó a orinarse en la cama, ello ocurrió dos días después del hecho, que la niña lloraba a la noche y cuando ella la iba a ver esta se encontraba dormida, que su hija rechaza que la toque, se enoja muy fácilmente y se encuentra siempre a la defensiva. Situación está corroborada por el padre, que si bien refiere que es la madre con quien tienen más contacto la nena, por el hecho que él se encuentra ausente muchas horas de la casa por el trabajo, pudo advertir que la niña luego del hecho denunciado se enoja, no es tan cariñosa, como así empezó a señalarle las partes de su cuerpo, cosa que no les habían enseñado.

En este punto si le asiste razón a la Defensa por cuanto se acredita la contradicción que sostiene en la sentencia. El fallo indica “sin perjuicio que estos

síntomas no son indicativos solamente de haber sufrido abuso, estos trastornos integran las consecuencias que pueden aparecer en los niños ser víctimas de abuso sexual”. La afirmación no resulta verdadera porque posee una contradicción interna en su formulación. Es o no es indicativo, porque las dos cosas no pueden ser ciertas (ser cierto que es indicativo y ser cierto que no es indicativo).

Pero este agravio no altera la decisión tomada en la sentencia sobre la culpabilidad de M. S.. En cambio si se considera en la pena impuesta al acusado, porque este error en el razonamiento jurídico se vincula en forma directa con un agravante de la pena impuesta, como se desarrolla en el siguiente punto.

En conclusión del análisis de los agravios revisados no surge la acreditación de estos. Como consecuencia de ello debe confirmarse la responsabilidad penal de M. S. en cuanto a la consumación del delito de abuso sexual simple.

4.6.- El último agravio se trata de la pena impuesta contra de M. S. en tres (3) años y tres (3) meses de prisión bajo cumplimiento efectivo.

Previamente corresponde hacer breves referencias a nuestro nuevo sistema procesal penal que establece que el juicio oral, público, contradictorio y continuo se realiza en dos fases. La primera se vincula a todo lo relativo a la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del acusado y la otra etapa a la individualización de la pena –en el caso que del juicio resulte declarado culpable al imputado—, cuya finalidad es fijar la pena y la modalidad de cumplimiento a través de una única sentencia.

Esa segunda fase de imposición de pena, también conocida como audiencia de cesura, es una garantía para el condenado en juicio, y tiene por finalidad racionalizar el uso de las penas para individualizarla en cada caso. Para este nuevo sistema la aplicación de la pena ha dejado de ser una decisión sujeta a la discrecionalidad de los jueces.

El maestro Julio Maier, indicaba hace más de 30 años atrás que “la elección y graduación de la pena esta librada al puro arbitrio del juzgador, carente de toda justificación racional o sólo justificada con argumentos aparentes” (“La cesura del juicio, Doctrina Penal – Año 7 nros 25 al 28. Ediciones Desalma, Bs As, 1984). Ahora el pedido de pena que formula el Ministerio Público Fiscal se debate en una audiencia oral y pública, donde se puede producir prueba, por eso es una garantía ya que limita el poder punitivo del Estado, y esa decisión está bajo control jurisdiccional (artículos 25, 222, 228, 230 del CPPRN).

No es otra cosa que ajustar ese espacio supuestamente discrecional, ante una posible arbitrariedad, como lo exigen los principios constitucionales y convencionales, para un juicio y también para una pena justa.

Por lo tanto el juez de juicio únicamente evalúa los agravantes y atenuantes vinculados al hecho que se hubiera probado siempre y cuando se encuentren relacionados con la base fáctica de la acusación y se tengan por probados. No se puede incorporar de oficio otros, como tampoco permitirle a las partes pretendan incorporar hechos no discutidos en la audiencia de juicio, para que la Fiscalía no sea sorprendida o donde el acusado no pueda defenderse.

Sostiene nuestro máximo Tribunal de Justicia que:

“La pena es la herramienta que emplea el derecho penal para ejercer su función de control social de carácter formal. Se trata de una temática que exige la máxima prudencia en los jueces y en cuya individualización judicial deben liberarse de los prejuicios personales, las simpatías y las emociones, y orientar su sentencia exclusivamente atento a criterios objetivos de valoración (ver Pablo López Viñals, “Cuantificación de la sanción penal en la sentencia condenatoria”, LLNoroeste, 2006, pág. 849) citado en “FISCALÍA N° 2” expediente n° 20831/06 STJ (del 27/11/2006).

La pena, según la Convención América de Derechos Humanos, tiene como finalidad esencial la reforma y readaptación social del condenado (artículo 5 punto 6) y su ejecución debe consistir en un tratamiento cuya finalidad esencial sea la reforma y la readaptación social de los penados (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10 apartado 3). En nuestra legislación esa finalidad indica que la pena privativa de la libertad es lograr que el individuo sometido a ella se reintegre a la sociedad y logre su adaptación mediante la incorporación de valores fundamentales que posibiliten la vida en comunidad (ley n° 24660, artículo 1°). Por lo tanto es un deber del juez, al fundamentar la sentencia de una condena de cumplimiento efectivo, dar motivos de su decisión para su posterior control jurisdiccional.

Dice la sentencia respecto a la imposición de la pena:

Que la estala penal contemplada para el hecho que se lo declarara responsable en carácter de autor a M. S. comienza con un mínimo de seis meses de prisión y un máximo de cuatro años.-

Teniendo en cuenta que los art. 40 y 41 del Código Penal disponen las

circunstancias atenuantes o agravantes y las reglas que deben seguirse para la fijación de pena, entiendo que en este caso la extensión del daño causado, mas allá de los trastornos psicológicos y físicos a la menor víctima, conforme se desarrollara en la sentencia de responsabilidad a la cual me remito, debe sumarse a los trastornos que el hecho provocó en el grupo familiar de la menor víctima, tanto en la salud de su abuelo como en la relación intrafamiliar, al punto que la madre debió recurrir a un profesional de salud mental, lo que no pudo darle continuidad por cuestiones de horario de las menores en sus actividades educativas, lo cual entiendo que ello debe actuar como un agravante en la mensuración de pena.-

En cuanto a la conducta precedente del imputado, entiendo que no debe tenerse en cuenta por cuanto, como adelantara su Defensor impugnara la sentencia de responsabilidad, por lo cual un arrepentimiento o pedido de disculpas o cualquier tipo de comportamiento del imputado destinado a dichos fines, atentarían contra la estrategia Defensista.-

Los antecedentes que registra el imputado quedaron explicitados por el agente fiscal quien manifestó que mediante sentencia dictada el día 13 de junio de 2014, se lo condenó a M. S. a seis meses de prisión de ejecución condicional por el delito de lesiones leves y violación de domicilio, quien solicitó la unificación con la pena que recaiga en los presentes.-

En cuanto a las circunstancias personal del imputado se corroboró en autos que el mismo tiene 28 años de edad, se trata de una persona madura, a quien se le puede exigir comprensión de lo sucedido, ello por cuanto no presenta ninguna patología al decir de la Dra. Martinez, información incorporada por la Defensa y en cuanto a los motivos que lo llevaron a delinquir, tratándose de un delito contra la integridad sexual de una menor de cuatro años, entiendo que no existe justificación o explicación alguna y sin perjuicio que se determinó que el imputado sabe leer y escribir y es una persona instruida y si bien se desconoce el grado de instrucción, no resulta un impedimento que implique una dificultad para entender las normas, esto es para asimilar pautas de convivencia socialmente adecuadas. Todo ello juega en contra del imputado. Finalmente, y teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 26 y 27 del Código Penal y la finalidad de la pena conforme Constitución Nacional, Pactos Internacionales y la ley 24660 la cual está orientada a la resocialización del condenado, el estado

debe contar con estudios necesarios a fin de lograr dichos fines motivo por el cual entiendo que conforme las normas citadas y la finalidad de la pena, ella debe ser de cumplimiento efectivo.-

En función de los aspectos valorados, concluyo que debe imponerse una pena de dos años y nueve meses de prisión, debiendo unificarse la misma con la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional dictada en expte. 2013-0053 registro del Juzgado Correccional nro. 10 de esta ciudad en fecha 13- 06- 2014, imponiéndose por ello una pena de tres años y tres meses de prisión, constitutivas de las penas impuestas en el presente legajo y en expte. 2013-0054.-

La decisión de la pena a imponer establece un mínimo de seis (6) meses y un máximo de cuatro años (48 meses). Por lo tanto el juez debe dar las explicaciones de los motivos que lo llevan a imponer una sentencia de dos años y nueve meses (33 meses) .

Ello debe realizarlo en función de lo establecido por los artículos 40 y 41 del Código Penal, esto es la valoración de circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las siguientes reglas, una de circunstancias objetivas: (i) La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados.

Y las circunstancias subjetivas: (ii) La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, (iii) la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, (iv) la participación que haya tomado en el hecho, (v) las reincidencias en que hubiera incurrido y (vi) los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas (vii) y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad.

Si atendemos a que la pena se base sobre un principio de humanidad para que sea justa y proporcionada el juez debe darnos una explicación precisa de su cálculo, de cómo llega al resultado 2 años y 9 meses en lugar de los 3 años pedidos por la Fiscalía o los 6 meses pedidos por la Defensa.

De acuerdo a lo expresado en los agravios, no se acredita los agravantes que expresa la sentencia.

Existe una arbitraria aplicación del fallo “Brione”, por cuanto en su aplicación

se produce la cuadruplicación del mínimo de la pena, porque de 6 meses sin explicación alguna se toma un “punto medio” de 27 meses y se aplica una sanción de 33 meses de prisión.

Ese anclaje en la mitad de la escala penal no se encuentra establecido en nuestra legislación, la cual indica un mínimo y un máximo en la escala penal. Si se trata de un cálculo, que en su lectura parece matemático -lo mío es una inferencia porque el juez de juicio no lo indica-, Como señala Ziffer “el principio de individualización de la pena no se refleja en un menor deber de fundamentación jurídica, sino que debe conducir a uno mayor” (Ziffer, Patricia en Lineamiento de la determinación de la pena. Página 28 Editorial Ad-Hoc. Bs As 2013, segunda reimpresión).

Tampoco establece en su fallo el juez de juicio la extensión del daño, simplemente la titula pero no la determina, por ejemplo no indicó que la víctima es una sola, y que no existe constancia de daños patrimoniales, morales o psicológicos en la misma. Además en la decisión de la condena existen afirmaciones dogmáticas, porque se sostienen desde un prejuicio y no desde una prueba producida en la audiencia de juicio o de cesura. Esas expresiones son (i) los trastornos psicológicos y físicos a la menor víctima, conforme se desarrollara en la sentencia de responsabilidad a la cual me remito, (ii) los trastornos que el hecho provocó en el grupo familiar de la menor víctima, tanto en la salud de su abuelo como en la relación intrafamiliar, al punto que la madre debió recurrir a un profesional de salud mental, lo que no pudo darle continuidad por cuestiones de horario de las menores en sus actividades educativas, lo cual entiendo que ello debe actuar como un agravante en la mensuración de pena.

En la audiencia de juicio la doctora Varone sostuvo que la niña víctima no presentaba lesiones y no descartaba el abuso, respecto a la parafernalia es una referencia al momento como lo vivían los adultos, que es posible que la niña no se haya dado cuenta de lo sucedido y que “no está en su formación darse cuenta de ello” y que la niña al momento del examen que le realizó estaba tranquila. “Ella (la niña) no se enteró de lo que sucedió” de la gravedad, puede ser que la haya tocado y no se haya dado cuenta, es decir no sabe si vio lo que sucedió en aquel cuarto (registro 1:36:00 a 1:38:00) y la licenciada Maccione, expresó que la niña víctima no dio detalles de nada y no hizo referencia a ningún hecho.

Por lo tanto resulta que las afirmaciones del juez carecen del correspondiente

sustento para dar valoración a sus afirmaciones.

El papá dice que su hija tiene miedo, y su mamá relata que la niña se hace pis en la cama de noche, no hay duda alguna que esas expresiones se corresponden con el relato de personas dolidas, pero sus dichos no se acreditan con informes médicos o evaluaciones psicológicas que se vinculen con el hecho que se confirmó en juicio. Esos dichos no encuentran apoyatura en ninguna otra prueba.

Lo mismo ocurre con el estado de salud del abuelo de la víctima (no se acompaña un simple certificado médico) o que la familia no puede utilizar un espacio temporal de asistencia profesional desde la salud mental de la menor víctima.

Respecto a este punto, desde el Ministerio Público Fiscal se la consultó a la Señora “LN” por un tratamiento psicológico, me pregunto entonces, que fin tiene la Oficina de Asistencia a la Víctima (OFAVI), la cual está conformada por un equipo interdisciplinario integrado por psicólogos, asistentes sociales y psicopedagogos que buscan contener, acompañar, orientar y asesorar a víctimas de delitos, cuya intervención va más allá de la denuncia, y tiene un abordaje integral teniendo en cuenta las problemáticas que se asisten, donde trabaja en red con otras instituciones estatales para brindar una respuesta global que prevenga nuevas situaciones delictivas. Además interviene de forma interdisciplinaria en delitos contra la integridad sexual, y todos aquellos que vulneren los derechos de la víctima y su grupo familiar (VER

<http://ministeriopublico.jusrionegro.gov.ar/contenido/12/ofavi.html>).

Esta situación demuestra que el juez de juicio al momento de imponer la pena, pondero en forma arbitraria supuestos agravantes no acreditados en la audiencia de imposición de pena en el monto a fijar (artículo 174 del CPP).

El juez en ningún momento motiva esa pena.

Más grave aún sostiene que M. S. debe ser resocializado, y para eso el Estado debe contar con estudios necesarios a fin de lograr dichos fines (la resocialización) entonces concluye que esos exámenes se lo deben hacer bajo una condena de cumplimiento efectivo, sin indicar porque motivo no podría hacerse esos exámenes bajo una condena condicional (aplicación de una condena única mediante el método compositivo, como lo pide la Defensa).

Sostiene el juez de juicio que “.. las circunstancias personal del imputado se corroboró en autos que el mismo tiene 28 años de edad, se trata de una persona madura, a quien se le puede exigir comprensión de lo sucedido, ello por cuanto no

presenta ninguna patología al decir de la Dra. Martínez, información incorporada por la Defensa y en cuanto a los motivos que lo llevaron a delinquir, tratándose de un delito contra la integridad sexual de una menor de cuatro años, entiendo que no existe justificación o explicación alguna y sin perjuicio que se determinó que el imputado sabe leer y escribir y es una persona instruida y si bien se desconoce el grado de instrucción, no resulta un impedimento que implique una dificultad para entender las normas, esto es para asimilar pautas de convivencia socialmente adecuadas” le juega en contra (sic). Observamos la contradicción de la decisión en el razonamiento jurídico, que por un lado dice que el Estado precisa hacerle estudios al condenado y por otro afirma que al no presentar ningún tipo de patología eso le juega en contra, entonces para qué los estudios, con cuáles motivos.

Siendo esto una seria de agravantes, los que acabo de exponer, no tenemos respuestas cómo son mensurados, en cuántos meses más. No estamos para inferir cuentas matemáticas, esos resultados deben estar perfectamente claros en la sentencia porque como dijimos, la decisión es controlada jurisdiccionalmente, no solo en esta instancia de revisión –puede llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación--.

Otro agravio de la defensa es el fallo debió aplicar un método composicional de la pena en lugar de uno aritmético, es decir la suma de las dos condenas.

En ese sentido, Ricardo Núñez señala que: “La unificación no consiste necesariamente en la suma de las penas concurrentes, sino que el juez tiene libertad para elegir, con arreglo a esas declaraciones de hechos, la naturaleza de la pena y fijar su medida según las reglas de los artículos 55 a 57 y 40 y 41” (“Tratado de Derecho Penal”, parte general, T. II, p. 516, Editorial Lerner, 1978)

Respecto al método composicional de aplicación de la pena, la jurisprudencia nos indica que según el plenario “Filipini” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en pleno, del 14/09/65) en los casos de unificación de sentencias previstas en el artículo 58 del C.P., las razones por las que el juez puede recurrir al método aritmético para la construcción de la pena total deben ser excepcionales, ya que el juzgador tiene la libertad para medir la sanción según las circunstancias del caso y del autor, más allá de los montos que hayan sido establecidos previamente; y que “Si bien el tribunal aplicó el método aritmético al determinar la pena, a mi modo de ver, el método más adecuado a los principios de orden constitucional y procesal que rige la materia en examen es el composicional,

pues permite conocer los parámetros individualizadores tenidos en consideración por el sentenciante de acuerdo con lo establecido por los artículos 40 y 41 del Código Penal, de manera tal que permita la posibilidad de controlar los motivos que inspiraron el decisorio. (Voto de la Dra. Ledesma) “... Frente a la alternativa de emplear el método de acumulación jurídica o el de la suma aritmética, puede optarse por este último dando fundadas razones para su elección. (Voto del Dr. Riggi. Caso “Reina” Tribunal: Cámara Nacional de Casación Penal. - Sala : III, de fecha 14/02/2007.

Mas allá si la cuestión consiste en definir si la pena debería expresar la suma aritmética de las penas singulares o una menor, lo necesario es expresar el reproche por los injustos objetivos, y después, en considerar los elementos que podrían atenuar la pena ajustada a ese reproche.

Para completar mi voto destaco que el Ministerio Público Fiscal expresó en la audiencia de imposición de pena que H. M. S. tenía una condena en suspenso de 6 meses por lesiones y violación de domicilio, sentencia impuesta por el entonces Juzgado Correccional, en un juicio abreviado, de fecha 13 de junio del año 2014 –este dato no fue negado por la Defensa--.

Este antecedente de no fue valorado en el decisorio, no sabemos la magnitud de aquellos delitos –no se le consultó al Fiscal, para que explique, para eso es la audiencia de cesura--, cómo fue su valoración que justificaron la imposición de la pena anterior y ese dato sumarse a la valoración que se efectúa en relación al presente hecho, con la finalidad de aplicar la unificación de penas. Esto es una evidente carencia de fundamentación que conduce a descalificar la pena como acto jurisdiccional válido.

4.7.- En consecuencia, propongo al acuerdo:

1º: Declarar en lo formal admisible la impugnación deducida por la Defensa de H. G. M. S.

2º: No hacer lugar a la impugnación interpuesta por la Defensa respecto a la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal de H. G. M. S.

3º: Hacer lugar a la impugnación interpuesta por la Defensa respecto a la pena y su modalidad de cumplimiento, revocando la misma y proceder a su reenvío para que otro juez del foro de jueces de la Tercera Circunscripción Judicial realice otra audiencia sobre la aplicación de la pena a H. G. M. S. (artículos

174 y 241 del CPPRN). ASI VOTO.

A la misma cuestión el Juez Adrián Fernando Zimmermann, dijo:

a) Adhiero a los fundamentos de los puntos 4.1.- a 4.4.- del voto del Juez preopinante, y disiento con los siguientes por los motivos que expongo a continuación.

b) Sobre el agravio de sentencia autocontradictoria en cuanto dice: “Se suma como prueba de ocurrencia del hecho investigado [los] cambios de conducta de la niña, luego del episodio denunciado, y sin perjuicio que estos síntomas no son indicativos solamente de haber sufrido abuso, estos trastornos integran l[a]s consecuencias que pueden aparejar en los niños ser víctimas de abuso sexual” (página 10).

No advierto contradicción en ese fundamento puesto que expresa un dato de la realidad; este es, que conforme a las pruebas del juicio las conductas posteriores de la niña no configuran un indicio unívoco (“solamente”) de “haber sufrido abuso” sino uno anfibológico que “[s]e suma como prueba” en tanto son trastornos que integran las consecuencias “que pueden aparejar en los niños [...] víctimas de abuso sexual”.

Por ello, el agravio no puede prosperar.

c) La defensa se agravio por la pena impuesta de tres años y tres meses de prisión de cumplimiento efectivo y la valoración de las pautas para arribar a ese guarismo.

Al respecto, destaco que los fundamentos deben analizarse como “todos extremos desarrollados en la integralidad de la sentencia [...incluyendo] la temática de la mensuración de la pena” (conf. STJRNS2 Se. 244/17 “Fabre”).

c.1) La extensión del daño fue analizada y fundada por el a quo en la página 14, donde consideró que “mas allá de los trastornos psicológicos y físicos a la menor víctima, conforme se desarrollara en la sentencia de responsabilidad a la cual me remito, debe sumarse a los trastornos que el hecho provocó en el grupo familiar de la menor víctima, tanto en la salud de su abuelo como en la relación intrafamiliar, al punto que la madre debió recurrir a un profesional de salud mental [...] lo cual entiendo que ello debe actuar como un agravante en la mensuración de pena”.

Antes señalé cómo consideró y el alcance jurídico que dio el sentenciante a los trastornos posteriores de la víctima (“conforme se desarrollara en la sentencia de responsabilidad a la cual me remito”), y por ello, en la oportunidad de valorar esos

hechos dijo “mas allá de...”. Elocuente es así que se desechó como intensidad del daño los trastornos posteriores de la niña y sí consideró a tal fin los del grupo familiar.

c.2) Los trastornos que el hecho provocó en el grupo familiar de la menor víctima, encuentran fundamento en lo sostenido por G. P. (“cambio luego del suceso su concepto de amistad para con el resto de sus amigos, que este hecho repercutió en el su relación con su señora” -pág. 13 de la sentencia-) y la madre de las menores (“manifestó que le afecto mucho, tanto a ella como a su padre a quien todo esto lo afecto de tal manera que debió ser internado por un problema cardíaco, esta situación también afecto a su marido” -pág. 13- y que ella “debió recurrir a un profesional de salud mental” -pág. 14-).

Respecto de que las demás pautas de los artículos 40 y 41 del CP se observa suficiente motivación en la sentencia que no ha sido rebatida de forma eficaz por el impugnante.

c.3) Establecido lo anterior, advierto que la imposición de pena conlleva una aplicación atenuada y en beneficio del imputado de la doctrina legal del STJRN sentada en el fallo “Brione” y reiterada en muchos otros, la que es de aplicación obligatoria y no puede soslayarse sin decidir -como una opción legal- la inconstitucionalidad del art. 42 de la ley 5190. Demás está decir que esa doctrina legal es la conclusión de una interpretación válida y ajustada a derecho de las leyes, Constituciones Provincial y Nacional y Tratados Internacionales, sin desconocer que también existen otras opiniones.

En esta línea de pensamiento, si bien el Juez de juicio inició la valoración de las pautas desde el centro de la escala penal en abstracto (en el sublite dos años y nueve meses de prisión) y aquilató agravantes, no así atenuantes (págs. 14/15), mantuvo el punto inicial sin aumentar el guarismo (aún cuando el marco fáctico legal lo habilitaba) en claro beneficio de M. S.

Así se demuestra, también, la ineficacia del agravio de desproporción y falta de humanidad del quantum de la pena.

c.4) La defensa se agravia diciendo que el Tribunal omitió fundamentar el monto de pena en la unificación decidida diciendo que el guarismo fue discernido en la suma de las respectivas penas.

Comienzo por señalar que, para la unificación de condenas, el sentenciante ponderó las mismas pautas de mensuración que para imponer la pena de autos

(dijo: “En función de los aspectos valorados...” -pág. 15-), y “el criterio adoptado por el a quo se ajusta a la doctrina legal de este Cuerpo que, sobre esta temática, tiene dicho que '[l]a única limitación que tiene el tribunal que unifica condenas respecto de las penas que caen con ese acto, es que no puede imponer una pena superior a la suma de todas las penas impuestas o, si es el que condena en último término, superior a la suma de todas las restantes más la que razonablemente pudiera imponer por el hecho que juzga en último lugar, lo que, por un lado responde a la regla del máximo de la suma del art. 55, que obedece a que de otro modo se estaría pretextando el uso de la aspersion para exceder el límite de la mera acumulación matemática' (Se. 188/12 STJRNS2, con cita de Zaffaroni, Alagia y Slokar, Derecho Penal, pág. 974)” (STJRNS2 Se. 124/15, Se. 283/17, entre otras).

El Juez de juicio aplicó las reglas del concurso -arts. 55 y ccdtes. C.P.- y no forma la pena unificada con la simple suma aritmética de cada una de las penas reseñadas -sin perjuicio de que en este caso resulte equivalente y en el límite legal permitido-, por lo que no se verifica ninguna inobservancia de la ley sustantiva. De tal manera, el juzgador -encontrándose facultado para ello- no siguió un criterio de suma aritmética para decidir la pena única, sino que la composición realizada coincidió con igual guarismo, decisión en la que no advierto arbitrariedad ni se dedujeron agravios concretos contra las pautas de mensuración.

Para tal fin son insuficientes las simples discrepancias subjetivas contra las pautas señaladas y ponderadas en las páginas 14/15 de la sentencia en crisis, siendo ellas el sustento de la dosificación de la pena única que coincide con la suma de las penas parciales y que está dentro del límite que tiene el juzgador.

Así, la motivada composición de las penas impuestas no transgrede la limitación cuantitativa mencionada en función de que “[...]as 'diferentes consecuencias jurídico penales no se suman simplemente, sino que la más grave pena impuesta experimente una adecuada agravación. Se construye así una pena total' (Zaffaroni, Alagia y Slokar, op.cit., pág. 964)” (conf. STJRNS2 Se. 194/12 “Verón” y 105/16 “Biava”, entre otras).

Corresponde añadir que, más allá de las críticas dogmáticas, tampoco se explica en ningún momento porqué sería injusto el quantum resultante de penas en las circunstancias concretas del caso, teniendo en consideración “que la pena única impuesta mantiene incólume la medida de su culpabilidad por los hechos ilícitos reprochados, sin superarla. No se trata de una nueva sanción por los hechos por los

que ya fue juzgado y condenado, sino el resultado de mantener aquella inalterada y unificarle la nueva pena por el último hecho cometido” (STJRNS2 Se. 124/15 “Maldonado”).

En definitiva, la Defensa falla en señalar qué pautas y de qué manera debían considerarse para disminuir la sanción impuesta y en demostrar sus carencias, circunstancias que determinan el rechazo del agravio por ausencia de una crítica concreta y razonada de lo decidido.

c.5) Por otra parte, los fallos “Squilario” de la CSJN y “Alderete” del STJRNS, exigen fundamentar la modalidad de ejecución efectiva de la pena de prisión cuando en base al quantum de la fijada en el caso concreto sea posible imponerla en suspenso.

En base a lo anterior, en el sub examine la modalidad de ejecución en suspenso de la pena de prisión no era posible atento el quantum de la fijada en la unificación y por no ser la primera condena a prisión (art. 26 C.P.), por lo que no debe fundarse la opción más gravosa (léase: prisión efectiva) para el imputado. Así, lo resuelto expone la debida motivación en orden a lo exigido por el artículo 200 de la Constitución Provincial (conf. STJRNS2 Se. 173/17).

El error de la defensa “se basa en una incorrecta interpretación del precedente 'Squilario' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En lo específico del caso, la Corte Suprema ha exigido que, cuando la condena condicional pueda hipotéticamente ser aplicada, la opción inversa debe ser fundada 'puesto que de otro modo estaría privando a quien la sufre la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable. Se trata de un mandato implícito que obliga a los magistrados a 'dictar sus fallos en términos de una derivación razonada del derecho vigente conforme las constancias de la causa para resolver sobre una pena a cumplir en prisión (ambas citas son del fallo 'Squilario', del 08/08/06, cita en La Ley Online AR/JUR/11852/2006) [...] En el caso, esa modalidad de ejecución de la pena no era posible pues el quantum de la pena de prisión fijado es superior a los tres años (art. 26 C.P.) y, por lo tanto, nada debe fundamentarse sobre la condena de ejecución condicional” (STJRNS2 Se. 132/15 “Bravo”).

c.6) Siguiendo este orden de ideas, el a quo motivó de forma ajustada a derecho que “teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 26 y 27 del Código Penal [...] por el cual entiendo que conforme las normas citadas [...] debe ser de

cumplimiento efectivo”.

De allí decanta que “la finalidad de la pena conforme Constitución Nacional, Pactos Internacionales y la ley 24660 [...] está orientada a la resocialización del condenado, [por lo que] el estado debe contar con estudios necesarios a fin de lograr dichos fines” los que se realizarán en el marco de la citada ley (24660) cuando quede firme la condena dictada.

c.7) En definitiva, están suficientemente motivadas en los hechos y en derecho la escala penal en abstracto utilizada por el sentenciante, también el punto inicial para aumentar y disminuir el guarismo en función de las atenuantes y agravantes, y asimismo la valoración de éstas últimas conforme petición de la acusación.

A igual conclusión arribo sobre la extensión del daño y demás pautas aquilatadas de los artículos 40 y 41 del CP, la aplicación de la doctrina legal del STJRN sentada en el fallo “Brione”, el monto de pena en la unificación decidida y en la modalidad de ejecución efectiva de la pena de prisión.

c.8) Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: 1º) Declarar en lo formal admisible la impugnación deducida por la Defensa de H. G. M. S.; 2º) No hacer lugar a la impugnación interpuesta por la Defensa respecto a la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal de H. G. M. S.; 3º) Rechazar la impugnación interpuesta por la Defensa respecto a la pena y su modalidad de cumplimiento, y en consecuencia, confirmar la sentencia de fecha 16 de mayo de 2018 dictada por el Juez de Juicio unipersonal del Foro de Jueces de la Tercera Circunscripción Judicial. ASI VOTO.

A la misma cuestión el Juez Carlos Mohamed Mussi, dijo:

En primer lugar expreso que adhiero a lo expresado en los votos que me preceden en relación a los puntos 4.1. a 4.4.- del voto del Juez Cardella, y disiento con los subsiguientes por los motivos que expongo a continuación, compartiendo los fundamentos dados por el Dr Zimmermann en los puntos B y C.-

En segundo lugar me corresponde, de acuerdo al artículo 188 del CPPRN, emitir una decisión fundada, por cuanto existen dos posiciones contrapuestas que se expresan en los votos del Juez Cardella y del Juez Zimmermann respecto al agravio en relación a la arbitrariedad de la sentencia por ser autocontradictoria y en relación a la modalidad y al monto de la pena interpuesta.-

En primer término, no advierto autocontradicción en la sentencia como

intentan hacer ver los agravios de la defensa, pues claramente el juzgador ha valorado en todo el contexto de la decisión aquella información que ha señalado que la menor poseía trastorno en su conducta que ha merituado como prueba, y que si bien los expertos no han podido concluir, al menos hasta la instancia del juicio, que esa conducta de la menor podría ser producto de un supuesto abuso sexual, la misma es un comportamiento que podría ser una consecuencia de aquellos.- Así ha sido explicado en la sentencia y como tal resulta adecuado y lógico en el marco de un delito como el investigado en el presente legajo, con lo cual el agravio de la defensa sobre este punto, no podrá prosperar.-

En segundo término, y a los efectos de fundamentar mi decisión de compartir el criterio del Dr Adrián Zimmermann, debo señalar que después de haber analizado los fundamentos del Juez en su fallo, quien a su vez se encuentra plenamente facultado para ello, no es que concluyera en aquel monto de pena haciendo una deducción lógica de sumas de las penas para llegar al monto de una de ellas, mas bien lo que se advierte del desarrollo de la sentencia es que después de hacer una composición lógica de la sanción que correspondía por los delitos reprochados en ambos procesos, se llegó al mismo resultado.-

A esa conclusión arriba el juzgador luego de hacer un análisis de los Arts. 40 y 41 del CP, y partiendo desde un punto inicial para aumentar y disminuir los montos de la pena y en función de las atenuantes y agravantes, siempre considerando los hechos y derechos desarrollados en el proceso, lo que me permite concluir que no existe arbitrariedad en el dictado de la sentencia como tampoco en el monto de la pena impuesta.-

Precisamente la modalidad de la pena de prisión efectiva ha sido debidamente fundado, y sobre esa base de los precedentes señalados por el Dr Zimmermann no resulta necesario exigir al Juez -como lo requiere la defensa- de otra modalidad de pena ya que solo cabe pena de cumplimiento efectivo.-

Ha sido tratada la extensión del daño, como también las demás circunstancias de los art 40 y 41 del CP, con lo cual teniendo en consideración la doctrina legal del STJRN sentada en el fallo “Brione”, resultó ajustada la normativa legal vigente y respeta los parámetros de la jurisprudencia del mas alto tribunal de la Provincia.-
ASI VOTO.

A la tercera cuestión el Juez Miguel Ángel Cardella, dijo:

Que en razón de lo resuelto las costas se imponen por su orden (artículo 266

del CPPRN). ASI VOTO.

A la misma cuestión el Juez Adrián Fernando Zimmermann, dijo:

Que en razón de lo resuelto en la precedente cuestión las costas se imponen a H. G. M. S. por ser la parte vencida (art. 266, CPP). ASI VOTO.

A la misma cuestión el Juez Carlos Mohamed Mussi, dijo:

Ahiero al voto del Dr Zimmermann. ASI VOTO.

Por ello,

EL TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO
RESUELVE:

Primero: Declarar en lo formal admisible la impugnación deducida por la Defensa de H. G. M. S..

Segundo: No hacer lugar a la impugnación interpuesta por la Defensa respecto a la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal de H. G.

M. S.

Tercero: Por Mayoría: Rechazar la impugnación interpuesta por la Defensa respecto a la pena y su modalidad de cumplimiento, y en consecuencia, confirmar la sentencia de fecha 16 de mayo de 2018 dictada por el Juez de Juicio unipersonal del Foro de Jueces de la Tercera Circunscripción Judicial.

Cuarto: Por Mayoría: Que en razón de lo resuelto en la precedente cuestión las costas se imponen a H. G. M. S. por ser la parte vencida (art. 266, CPP).

Quinto: Registrar, protocolizar y notificar.-

Firmado por los Jueces, Dres Miguel Ángel Cardella, Adrián Fernando Zimmermann y Carlos Mohamed Mussi.

Protocolo N°121.