

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO**  
**SECRETARIA PENAL N° 2**

**SENTENCIA N° 44/2020**

**VIEDMA, 13 de julio de 2020.**

Reunidos en Acuerdo los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro señoras Juezas Adriana C. Zaratiegui y Liliana L. Piccinini y señores Jueces Sergio M. Barotto, Enrique J. Mansilla y Ricardo A. Apcarian, según surge del acta de audiencia obrante afs. 720, con la presencia del señor Secretario Wenceslao Arizcuren, para el tratamiento de los autos caratulados **“L., A. s/Abuso sexual con acceso carnal en forma reiterada agravado por el vínculo s/Casación” (Expte. N° 30729/20 STJ)**, elevados por la Cámara Primera en lo Criminal de la IVª Circunscripción Judicial con asiento de funciones en Cipolletti, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, en conformidad con el orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:

**CUESTIONES**

1ª ¿Es fundado el recurso?

2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde?

**VOTACIÓN**

**A la primera cuestión la señora Jueza Adriana C. Zaratiegui dijo:**

**1. Antecedentes de la causa:**

Mediante Sentencia N° 30, del 5 de noviembre de 2019, la Cámara Primera en lo Criminal de Cipolletti resolvió -en lo pertinente- condenar a A.L. a la pena de doce (12) años de prisión, accesorias legales y costas, como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal, continuado, agravado por el vínculo (arts. 119 párrafos tercero y cuarto inc. b CP).

En oposición a ello la Defensa del señor L. dedujo recurso de casación, que fue concedido por la Cámara y admitido por este Superior Tribunal, de modo que el expediente quedó por diez días en la Oficina para su examen por parte de la recurrente. Glosados el escrito de sostenimiento del señor Defensor General y la contestación del señor Fiscal General y realizada la audiencia prevista en los arts. 435 y 438 del rito aplicable (Ley P 2107), los autos están en condiciones para su tratamiento definitivo.

**2. Agravios del recurso de casación**

El señor Defensor sostiene que la sentencia es nula por ausencia de fundamentación, dado que ha arribado a una decisión condenatoria pese a la existencia de testimonios contradictorios y mediante afirmaciones dogmáticas. Alega que la reconstrucción histórica de los hechos ha afectado principios lógicos, con la consecuente vulneración de la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo.

Argumenta que, si bien es posible que su pupilo haya tenido relaciones sexuales con A.M. de los Á.L., no hay prueba objetiva de que estas hayan sido contra su voluntad presunta o tácita. Señala una serie de contradicciones que a su entender ponen en evidencia que se trata de un testimonio “no firme” de la víctima, a lo que suma la ausencia de daños físicos en el cuerpo o la salud de la joven. También alude a diversas pruebas de descargo (los testimonios de D.M., M.S.L., M.L. y J.E.S.B.), demostrativas de una relación entre víctima y victimario opuesta a una situación de abuso sexual.

Asimismo, aduce que se omitió arbitrariamente la realización de determinadas medidas probatorias -recuperación de mensajes de texto de los teléfonos móviles del imputado y la menor-, que considera útiles para demostrar la verdad de lo sucedido, y cuestiona la respuesta del tribunal

puesto que, aunque refirió que -según el informe de fs. 394- las empresas de telefonía no guardaban tales archivos de los abonados, era posible realizar una extracción forense de esos mensajes.

Se agravia también por una violación al principio de congruencia y una errónea calificación legal, dado que la sentencia subsumió el reproche en un delito continuado, y finalmente solicita que se anule la sentencia o bien se case en razón de la aplicación errónea de la ley sustantiva.

### **3. Dictamen del señor Defensor General**

En el escrito glosado a fs. 685/692, el señor Defensor General Ariel Alice hace suyos los agravios del recurso de casación y los sostiene en esta instancia. Luego aduce que la Cámara del Crimen no valoró la totalidad de la prueba producida en debate ni dio respuesta a los argumentos expuestos a favor del imputado. Repasa el plexo probatorio arrimado a la causa, incluyendo la prueba informativa, y afirma que debió aplicarse al caso el principio in dubio proreo.

### **4. Dictamen del señor Fiscal General**

Al contestar el recurso (cf. fs. 699/719), el señor Fiscal General Fabricio Brogna manifiesta que la sentencia no es arbitraria y cuenta con fundamentación adecuada, puesto que tanto la prueba de cargo como la de descargo fueron debidamente tratadas.

Aborda los aspectos del testimonio en que la Defensa denuncia las contradicciones de la víctima y afirma que estas no son tales, a lo que añade que no tienen entidad suficiente para modificar lo resuelto. Argumenta asimismo que los testigos de descargo no hacen más que corroborar la relación existente entre víctima y victimario y el poder que este ejercía sobre ella y la familia, con cita de doctrina legal.

En cuanto a la omisión de producción de la prueba informativa dirigida a la empresa Movistar, señala que queda sin explicación el motivo de agravio puesto que, al ser notificado del informe de la Oitel y de la respuesta de dicha empresa (fs. 404), el Defensor no solicitó nuevas medidas, con lo que consintió lo actuado.

A continuación manifiesta su coincidencia con la calificación legal de los hechos, dada la continuidad delictiva y teniendo en cuenta la naturaleza de las acciones desplegadas y su prolongación en el tiempo, también con remisión a la doctrina legal.

Por último expresa que el imputado siempre tuvo conocimiento del reproche y pudo defenderse de él, por lo que no se observa la vulneración de garantías constitucionales.

### **5. Hechos reprochados**

El juzgador tuvo por acreditado el hecho “[o]currido en fecha no determinada con exactitud, pero ubicable en el lapso comprendido en el mes de mayo de 2010 y 24 de febrero de 2011, A.L. abusó sexualmente en reiteradas ocasiones de su hija AMDLAL, de 16 años de edad, en circunstancias que, con la excusa de realizar alguna compra, salía con la nombrada en horas de la noche de la vivienda en la que convivía junto a la progenitora de la menor y seis hermanos, sita en... de Fernández Oro (R.N.) -o bien la retiraba de la Iglesia a la que asistía- para trasladarla en los vehículos que utilizaba la familia o en un camión que usaba para su trabajo, hasta un sector descampado que se encuentra en inmediaciones de una Estación de Servicio, ubicada sobre ruta 151. Ya en el lugar L. detenía el automóvil y le hacía quitar la ropa a la menor, para luego despojarse de la suya y proceder a efectuar tocamientos en las partes pudendas de la joven besándola y accediéndola carnalmente vía vaginal y, en algunas ocasiones, obligándola a practicarle sexo oral, venciendo la resistencia de la víctima mediante amenazas de ocasionar un daño a los hermanos o a su madre. Los hechos descriptos se sucedieron con una frecuencia aproximada de cuatro veces por semana durante el período indicado” (cf. Requisitoria citada en la sentencia de condena).

### **6. Análisis y solución del caso**

#### **6.1. Prueba de la materialidad**

a) En primer lugar es preciso destacar que en el caso no se cuestiona el vínculo sexual entre la víctima y el imputado, sino los aspectos de la materialidad reprochada relativos a los medios coactivos utilizados por este para vencer la resistencia de la joven.

En este sentido, ya en su defensa material, plasmada en la declaración indagatoria prestada en sede instructoria e incorporada a pedido de la Defensa, L. reconoció la existencia de la relación sexual con la niña (habían empezado “en diciembre del año pasado”, dijo), pero sostuvo que los encuentros siempre fueron consentidos. Tal argumentación es acompañada desde un punto de vista formal por el recurrente, quien sostiene que, aunque esto pueda tener algún desvalor moral, no es competencia del tribunal someter el caso a juzgamiento.

Para deslindar estas cuestiones es dable aclarar que, en la determinación de los hechos – respecto de los cuales la parte no trae ningún agravio para la consideración de este Cuerpo-, el juzgador tuvo por establecido que los abusos sexuales comenzaron cuando la niña contaba con quince años de edad, “todo ello conforme el relato de los intervinientes y el certificado de nacimiento de la joven que acredita que cumplió esa edad el 06/01/2011 y los propios dichos del encartado”

En consecuencia, aun para el recurso en tratamiento, lo sucedido sería un delito subsumible en el segundo párrafo del art. 120 del Código Penal; en otras palabras, incluso en los términos de la Defensa, no se trata de una mera conducta inmoral.

b) Luego, a poco que se realice un análisis técnico del agravio, se concluye que plantea un supuesto de hipótesis contrapuestas (relaciones forzadas vs. relaciones consentidas). Frente a ello, la decisión -para ser válida- requiere inicialmente de la mejor exposición posible de cada hipótesis, para luego efectuar su examen crítico con el fin de señalar la prevalencia de una de ellas.

En orden a lo expuesto, se debe partir de la consideración de la particularidad de los sujetos activo y pasivo del delito juzgado, por cuanto el imputado es el padre legal de la joven, menor de edad al momento de los hechos, con quien esta convivía. Así, es de ineludible mención la necesidad de abordar la cuestión bajo el prisma de la doble condición de la niña, tanto por su minoridad como por su condición de mujer, todo lo que la hacía particularmente vulnerable a una situación de violencia.

Asimismo, corresponde señalar que las declaraciones de los niños y las niñas deben ser analizadas según el tamiz de la inexperiencia que pueden presentar en algunos aspectos de su vida, tomando en cuenta también que, por las características de estos delitos, aquellas suelen ser fundamentales para el caso. A modo indiciario, se agrega que este tipo de agresiones sexuales no suele denunciarse, por las dificultades que dicha decisión puede acarrear hacia el interior de las familias en la que se insertan los menores y porque implican la rememoración de situaciones traumáticas; por esta misma razón, quien declara puede incurrir en imprecisiones, aunque es tono significa necesariamente que sus dichos sean falsos.

Hasta aquí el estándar internacional para el análisis de la situación que resulta exigible a quien juzgue el reproche sometido a su consideración.

Por último, este Cuerpo ha sostenido reiteradamente que el dictado de una decisión condenatoria exige la superación de toda duda razonable, en el entendimiento de que esta debe ser producto de una valoración racional de la totalidad de los elementos conducentes para la solución del caso.

c) Bajo ese marco conceptual y en ese especial contexto, deben ponderarse el relato de la víctima y las contradicciones a las que se alude en el recurso de casación.

Así, respecto del conocimiento del hecho de que el imputado no era su padre biológico, lo que habría sucedido cuando era muy niña, y sin perjuicio de que no advierto la relevancia de la determinación de tal dato, anoto que es evidente que al principio se trataba de un rumor sospechoso que no se había aclarado explícitamente en el seno de la familia, y que fue justamente cuando ello ocurrió que cambió el comportamiento de L. hacia la víctima. Esta lo expresó con toda claridad al decir que hasta entonces era una relación normal de padre e hija y explica una porción de los dichos de quienes integraban dicha familia ensamblada.

Por otro lado, a partir de la primera agresión sexual, mientras sus hermanastros han afirmado que ella quería acompañar a su padre en determinados viajes o se hacía transportar para pequeñas compras o ir a buscar a ciertos lugares (v.gr., la iglesia a la que concurría), la víctima de modo

reiterado ha dicho que actuaba así por la presión e insistencia de aquel. Sobre el punto, en su declaración en cámara Gesell afirmó que, ante el pedido de L. de acompañarlo, ella iba “inconscientemente”, tras lo que se sucedían las relaciones sexuales, en varios vehículos que identificó.

Aquí, bajo el prisma de la perspectiva de género se aprecia con claridad la relación desigual de poder entre la niña -con la inmadurez propia de su edad- y un sujeto adulto de cuarenta años de edad que siempre había representado el rol de padre, lo que permite comprender el contexto coactivo de la situación y dejar de lado una apariencia de libre voluntad.

Tal conclusión también se ve abonada por otras referencias de la joven, que sostuvo que a dicho requerimiento insistente le oponía su negativa a llevar adelante relaciones sexuales y que en ciertas oportunidades su padre le tapaba la boca, le ordenaba callarse, le sacaba la ropa y le decía que se acordara de que tenía hermanos; también narró un hecho sucedido en la Isla Jordán, cuando el imputado del manifestó que si no aceptaba tener relaciones la iba a “entregar a los amigos”.

Se dan así todas las notas típicas de la amenaza, pues lo ocurrido en tal contexto de situación era serio, grave, injusto e idóneo, con una entidad objetiva suficiente para considerar afectada la libertad de la niña.

También carece de relevancia para el caso establecer en qué localidad concreta (en el marco de un viaje, en un vehículo automotor) ocurrió el primer abuso sexual, dado que la dificultad para ubicarlo tiene explicación en que precisamente sucedió en una situación de tránsito y que luego se reiteró en tantos otros viajes durante un buen lapso de tiempo, lo que explica la confusión al respecto.

Luego, se ha alegado un buen vínculo entre padre e hija como un indicio del consentimiento de las relaciones, señalado, por caso, por su hermanastra S.L. Al respecto cabe destacar que, según lo que surge de su declaración en cámara Gesell, si bien esta aludió a tal situación, no afirmó ni negó la veracidad de lo denunciado pues, cuando pidió explicaciones sobre lo ocurrido, recibió respuestas ambiguas. Además, por tener una edad similar a la de la víctima, su percepción de lo que acontecía pudo haberse visto afectada por la misma inmadurez para comprender la situación, atribuible a cualquier niño.

También cabe insistir en que incluso la propia A. mencionó una total modificación de la conducta privada de su padre hacia ella desde que le fue aclarado expresamente que no era su progenitor biológico; en consecuencia, las referencias de su hermanastra pueden tener relación con aquel primer período, que no es el reprochado.

Para esta delimitación de los hechos y con el fin de desestimar la totalidad de la prueba de descargo restante, en la que se cuentan testimonios de quienes observaron una suerte de vinculación amorosa entre la joven y su padre, advierto que no es dable realizar una ponderación ingenua de esos dichos, en el marco de aquella situación desigual de poder entre los protagonistas, por lo que debe meritarse ineludiblemente que se trata de la imputación a quien era el principal sustento de la familia.

Además, debe descartarse esa hipótesis de descargo pues el informe pericial de fs. 159/162 da cuenta de un trastorno de estrés postraumático en la niña, ligado a una situación abusiva de índole sexual relacionada con la figura paterna, a lo que agregó que el perito actuante no detectó indicadores psicológicos compatibles con relatos fantasiosos ni la presencia de fabulación y estimó que los dichos de la joven son compatibles con hechos vividos, no fantaseados. Así, la índole de las afecciones de la joven contradice directamente la versión de las relaciones sexuales consentidas que esgrime el imputado.

Por último, ya en un análisis interno de las declaraciones de la víctima, considero que este se presenta coherente y estructurado en orden al relato de una sucesión de abusos sexuales cometidos por L.

Entonces, en lo que compete aquí revisar, se desarrollaron las posibilidades probatorias de las dos hipótesis contrapuestas y se efectuó un análisis crítico de la capacidad de representación de cada una, a partir de lo cual se superaron razonadamente las dudas que podrían plantearse acerca de

la voluntariedad del comportamiento de la menor, todo lo cual permite desestimar la arbitrariedad de sentencia que se alega en el recurso de casación.

#### 6.2. Nulidad ante la negativa al ofrecimiento de prueba

La Defensa se agravia por la negativa del tribunal de proveer una prueba solicitada previo al inicio al debate, vinculada con un pedido de informe a una empresa de telefonía móvil para la recuperación de los mensajes de texto entre víctima y victimario durante determinado lapso de tiempo. Se trata de una de las medidas ofrecidas por la parte en la etapa correspondiente (fs.359), que fue proveída de modo favorable a fs. 381.

Ahora bien, en el expediente consta el oficio del apoderado de dicha empresa en el que informaba no contar con los mensajes requeridos (fs. 400), respuesta que se notificó a los interesados (fs. 403), sin que la aquí recurrente realizara ninguna objeción o pedido de ampliación o complementación por otros medios probatorios, de lo que cabe colegir la ausencia de agravio al respecto, por lo que el cuestionamiento casatorio no puede ser atendido por este Tribunal.

#### 6.3. Violación del principio de congruencia e inobservancia de la ley sustantiva

El señor Defensor invoca tales defectos, procesal el primero y el ulterior de tipo sustancial, al haberse calificado la materialidad endilgada como un delito continuado.

El planteo resulta a todas luces equivocado pues, desde el punto de vista de los alcances fácticos del reproche, este siempre incluyó la realización de varios abusos sexuales cometidos durante un buen lapso de tiempo y en diferentes lugares.

Por su parte, y en cuanto a la subsunción legal, aunque en el código de rito establecido en la Ley P 2107 el sentenciante no se encuentra sujeto a las calificaciones jurídicas propuestas por el Ministerio Público Fiscal (cf. principio iura novit curia), lo cierto es que ya en el requerimiento de elevación a juicio se sostenía la reiteración de los abusos sexuales, criterio que el señor Fiscal de Cámara mantuvo en su alegato (ver fs. 448).

También es sabido que, de acuerdo con los arts. 54 y 55 del Código Penal, la materialidad reprochada puede asumir la forma de un hecho o de varios y que, para este segundo caso, la reiteración tiene una doble posibilidad de calificación, según se los considere dependientes o independientes entre sí. La última de las alternativas conduce directamente al concurso real previsto por el art. 55, lo que conllevaría la solución más grave para los intereses del imputado en atención a que permite la suma aritmética de los máximos de pena, mientras que la primera, al no reconocer independencia a las conductas, establece su continuidad en una interrelación con la normativa propia del concurso ideal pues, si bien no fija un único hecho, tampoco permite la suma de las sanciones mencionada.

En consecuencia, sin limitaciones en cuanto a la descripción fáctica y luego de tener por acreditada la reiteración que alegaba el Ministerio Público Fiscal, el juzgador adoptó la subsunción jurídica más favorable para el imputado, al no considerar el concurso material previsto en el art. 55 de la ley sustantiva, por lo que no verifico agravio alguno que habilite el planteo de la parte. **ASÍ VOTO.**

**A la misma cuestión los señores Jueces Sergio M. Barotto y Enrique J. Mansilla dijeron:**

Adherimos al criterio sustentado por la vocal preopinante y **VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.**

**A la misma cuestión el señor Juez Ricardo A. Aparian y la señora Jueza Liliana L. Piccinini dijeron:**

Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que nos preceden en orden de votación, **NOS ABSTENEMOS** de emitir opinión (art. 38 L.O.).

**A la segunda cuestión la señora Jueza Adriana C. Zaratiegui dijo:**

Por los motivos expuestos al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo declarar improcedente el recurso de casación en tratamiento y confirmar la Sentencia N° 30/19 de la Cámara Primera en lo Criminal de Cipolletti. **ASÍ VOTO.**

**A la misma cuestión los señores Jueces Sergio M. Barotto y Enrique J. Mansilla dijeron:**

Adherimos a la solución propuesta por la vocal preopinante y VOTAMOS EN IGUALSENTIDO.

**A la misma cuestión el señor Juez Ricardo A. Aparian y la señora Jueza Liliana L. Piccinini dijeron:**

Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que nos preceden en orden de votación, NOS ABSTENEMOS de emitir opinión (art. 38 L.O.).

Por ello,

**EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA  
RESUELVE:**

**Primero:** Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 615/624 de autos por el señor Defensor Penal Mario Sebastián Nolivo y confirmar la Sentencia N° 30/19 de la Cámara en lo Criminal de Cipolletti.

**Segundo:** Registrar, notificar y oportunamente devolver los autos.

**FIRMADO:**

**ZARATIEGUI - BAROTTO - MANSILLA - APCARIAN (en abstención) - PICCININI (en abstención)**

**ARIZCUREN – Secretario STJ**