

SENTENCIA N° ciento dos /2014.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **once días del mes de septiembre de dos mil catorce**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por los Sres. Jueces, **Dres. Héctor O. Dedominichi, Mabel Folone y Florencia Martini**, presididos por el primero de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial "**H., J. DE J. S/Abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez de la víctima doblemente agravado**", identificado como **Legajo OFINQ 918/2014** (Ex expediente N° 3697/12 del registro de la ex Cámara de Zapala, Sala Penal, seguido contra **J. de J. H.**, D.N.I. N°, hijo de J. E. H. y de D. T. A., Nacionalidad argentina, nacido en la localidad de La Salada, Provincia de Corrientes, el día 16 de marzo de mil novecientos sesenta y siete, soltero, de ocupación albañil, domiciliado en, (casa del Sr. A.).

Siendo originario el presente caso a resolver del antiguo sistema procesal penal, la Oficina Judicial imprimió el procedimiento correspondiente a la

impugnación ordinaria previsto en los artículos 243 y siguientes del nuevo ordenamiento adjetivo (Ley 2784), celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP, el día veintiocho de agosto de dos mil catorce, oportunidad en que el impugnante expuso los fundamentos del entonces recurso de casación.

En la audiencia mencionada intervino el Sr. Defensor oficial, Dr. Miguel Manso, la Dra. Sandra Taboada en representación del Ministerio Público Fiscal y la Dra. Paula Castro en carácter de Querellante del Niño.

ANTECEDENTES:

A) Por sentencia N° 13 del registro de la Cámara en lo Criminal N° 1, dictada el día diecinueve de septiembre del año dos mil trece, se resolvió condenar a J. de J. H., de demás circunstancias personales ya indicadas, como autor material penalmente responsable del delito de Abuso Sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima agravado por ser su ascendiente y por haber sido cometido contra un menor de 18 años, aprovechando la situación de convivencia preexistente (art. 120 en función del 119 tercer y cuarto párrafo inc. b y f), a

la pena de seis años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo con más accesorias legales y costas.

B) La Defensa oficial interviniente en representación de los intereses del encartado dedujo, el día 03/10/2013, recurso de casación contra el referido pronunciamiento.

Expresó el letrado impugnante que el agravio finca en la insuficiente motivación y la vulneración del principio de juez imparcial. En primer lugar reedita la defensa los planteos preliminares realizados en el juicio sobre los cuales al serle adversa la decisión hizo reserva de casación, esto es: **1)** la nulidad de la Cámara Gesell (por incumplimiento del protocolo del TSJ -ausencia de informe previo sobre la niña- y en su defecto la imposibilidad de valorarla como prueba de cargo por haber cumplido dieciséis años la víctima con anterioridad al debate no habiendo la Fiscalía ofrecido como testigo para el debate, vulnerando el derecho a interrogarla) y, por otra parte, **2)** la nulidad de la intervención de la Defensoría de los Derechos del Niño, en tanto mediante interlocutoria se declaró la inconstitucionalidad de la

intervención de la misma, siendo confirmada dicha resolución por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal con competencia provincial, adquiriendo autoridad de cosa juzgada; y posteriormente el mismo juez, por providencia simple, ante el fallo Riquelme del TSJ, dio nuevamente intervención a dicho órgano, quien requirió elevación a juicio y ofreció prueba. Que el Tribunal de Juicio -por mayoría- le rechazó dicha pretensión en virtud de considerar que había consentido la Defensa su intervención al momento de notificársele la designación de la audiencia del art. 324 del CPPyC. En este punto considera la Defensa que tratándose de una nulidad absoluta no resultaba convalidable, vulnerándose asimismo el derecho de defensa del imputado.

Por otra parte, plantea que **3)** se ha violado el principio de congruencia por cuanto en la condena se incluyeron hechos que nunca fueron intimados (1-ser su ascendiente, 2- aprovechar la convivencia preexistente y 3- haber sido cometido contra un menor de 18 años).

Por último, se agravia la Defensa **4)** por falta de autosuficiencia de la sentencia (por no surgir de la sentencia la argumentación y

fundamentación de las partes, remitiendo a las actas que no integran la sentencia, no contestando los argumentos dirimientes planteados por la defensa), **5)** valoración arbitraria de la prueba (por valorar la credibilidad de la joven y no contrastarla con los dichos del imputado en cuanto su hija le dijo que se había realizado un aborto, circunstancia coherente con la manifestación de la misma sobre las relaciones sexuales que mantenía con su novio en Rosario) y **6)** falta de motivación respecto de los elementos del tipo (por cuanto el Tribunal no expresa qué entiende por inmadurez sexual y de qué modo se encuentra acreditado en el debate dicha circunstancia típica).

Agrega que la declaración en Cámara Gesell no constituye un testimonio y que la ausencia de un eventual careo durante el debate impidió confrontar la voluntad de la joven de dormir con el padre, entiende en consecuencia que ello constituye una valoración arbitraria de la prueba de cargo. Asimismo agrega que no debiera ser el mismo perito el que recibe en Cámara Gesell la declaración de la joven respecto de quien realiza el informe de validación de dicha declaración (que en el caso los efectuó el Lic.

Colazo). Por su parte, los sentenciantes no tuvieron en consideración el resultado negativo del ADN de los hisopados (fs. 221/224) mientras que valoran la presencia de semen en la remera no reconocida por la víctima.

Por lo expuesto, solicita se anule la sentencia impugnada y se absuelva a su asistido.

C) Expresa el Ministerio Público Fiscal, en relación a la intervención de la Defensora de los Derechos del Niño, que si bien el decreto que la reincorpora al proceso resulta "desprolijo", lo cierto es que es válido y se ajusta al fallo "Abello" del Tribunal Superior de Justicia. Respecto del testimonio en Cámara Gesell, el mismo es válido, y se adecua al procedimiento establecido para recibir los testimonios de menores de 16 años evitando la revictimización, con intervención de la defensa. Con lo que no se observa cuál es la afectación a los derechos del imputado. En lo que hace al principio de congruencia, de la intimación emerge claramente que se trataba de una menor de 18 años (específicamente la imputación refiere los 13 años de edad de la niña), así como también refiere que se trataba de su "hija" -lo que implica el

agravante por el vínculo- y que compartían la vivienda en la que ocurrió el suceso -que se traduce en el aprovechamiento de la convivencia preexistente.

En lo atinente a la motivación, considera que se encuentra suficientemente motivado el resolutorio. Contesta los argumentos de la defensa, y valora armónica y razonablemente todos los elementos. Sobre el resultado negativo del ADN en la pericia practicada sobre los hisopados vaginales y anales de la niña, en nada conmueven el fallo, ya que el mismo valora que el Sr. H. no eyaculaba adentro de la víctima. Sobre la credibilidad del relato en Cámara Gesell de la joven, el Lic. Colazo se expidió afirmando que se cumplían diez de diecinueve criterios de validación. Por otra parte la sentencia valora los detalles aportados por la joven, por ejemplo que se limpiaban con una remera. Está clara la manipulación del padre, ¿qué opción tenía la niña, a dónde se iba a vivir? En Rosario pasó lo mismo con el concubino de la madre (se refiere a que fue abusada por su padrastro previo al suceso que se investiga). Empieza a develar lo que le sucedía con su vecina a la que le pide vivir con ella, quien le contesta que no podía recibirla,

intentan con otra vecina, nadie puede recibirla. Termina en el hospital. No tenía otra alternativa la niña. La situación de vulnerabilidad se encuentra corroborada con el informe del Lic. Colazo, quien afirma la necesidad afectiva no satisfecha. La niña reconoce haber tenido relaciones con su novio, no obstante la escasa experiencia y la situación de vulnerabilidad encuadran el hecho en la figura del art. 120 del CP. Por otra parte, no vivía con la esposa, con lo cual a pesar de que la defensa afirma que el acusado tenía relaciones con la aquella en horarios en que la niña estaba en la escuela, lo cierto es que no es posible que el resultado positivo de fosfatasa ácida prostática en la remera respondiera a semen de relaciones con su esposa. Respecto a la imposibilidad de un careo -aducido por la defensa en relación a la no comparencia como testigo en el debate de la joven - quien ya tenía dieciséis años-, el mismo constituye una mera expectativa no un derecho adquirido por el imputado.

D) La Querellante del Niño, a su turno defiende su propia intervención en virtud de la edad de la niña y la trascendencia para su vida.

Sostiene la autonomía del Querellante conforme al nuevo código de procedimiento y afirma que la defensa no ha especificado qué derecho se vulnera al imputado con su intervención. Respecto a la presencia de la víctima en el debate, considera que ello hubiese implicado una revictimización innecesaria, cuando la víctima ya había sido oída y ante la asimetría existente entre el acusado y la niña. Asevera que se trata de una sentencia ejemplificadora guiada por el principio de la tutela judicial efectiva. En relación a la credibilidad del relato, el mismo fue sostenido por el informe de Colazo del que se desprende que no existió fabulación ni inducción alguna. Sobre el principio de congruencia respecto a las tres circunstancias detalladas por la defensa, el testimonio de la niña fue concluyente. El examen médico comprueba desfloración de larga data consistente con la actividad sexual referida por la niña; el señor eyaculó afuera de ella, lo que explica el resultado negativo del ADN. En este tipo de delitos la principal prueba es el testimonio en Cámara Gesell.

E) A su turno la defensa replica que el debate se encuentra regido por el estándar probatorio de la duda razonable, que no ha podido

superarse en este caso. Además no hubo defensa material en la Cámara Gesell en tanto participó de la misma una defensora civil como subrogante legal. El careo hubiese permitido confrontar la voluntariedad de la joven de vivir con el padre; por otra parte debió valorarse el resultado negativo del ADN (respecto del hisopado); la remera no fue reconocida por la joven. La intimación no fue absolutamente explícita como debe serlo para garantizar el derecho de defensa en juicio y finalmente, los indicadores de validación de la credibilidad del testimonio en Cámara Gesell se manejan con porcentajes -no con certeza- y por tanto, existe un porcentaje de falibilidad en la validación. Toda la prueba surge de la víctima, lo que ella dijo en Cámara Gesell y a los demás testigos valorados en la sentencia. Cita la postura de Sancinetti respecto a la invalidez del testigo único en referencia explícita a los delitos contra la integridad sexual.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse la **Dra. Florencia Martini**, luego el **Dr. Héctor Dedominichi** y, finalmente, la **Dra. Mabel Folone**.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria- del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.

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

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

El **Dr. Héctor Dedominichi** expresó:

Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La **Dra. Mabel Folone** manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?

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

Respecto a la nulidad de la Cámara Gesell por incumplimiento del protocolo el TSJ, no

habré de hacer lugar, en tanto esta sanción no se encuentra expresamente prevista, y además su naturaleza lejos de entroncarse con garantías en favor del imputado (art. 95 del CPP contrario sensu), provee la protección integral de los derechos de niños y niñas que intervengan en el dispositivo de Cámara Gesell. Todo "protocolo" implica una serie de instrucciones que regulan acciones y técnicas que se consideran adecuadas a cierta situación. El acuerdo 4132 del 11/04/07 (TSJ) aprobó el protocolo en vistas a poner en funcionamiento el dispositivo de Cámara Gesell tal lo disponía el art. 225 bis del antiguo régimen procesal introducido por ley provincial 2523 (actualmente receptado en el art. 155 inc. 4to del CPP como anticipo de prueba). En este sentido el protocolo comparte el objetivo del propio dispositivo de Cámara Gesell que es proteger jurisdiccionalmente los derechos de los niños y niñas víctimas o testigos de delitos contra la integridad sexual en el proceso penal, evitando su revictimización, cumpliendo de este modo los estándares internacionales aplicables (Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Recurso de hecho deducido por B. N. (querellante) en la causa M., A. y otros s/abuso

deshonesto -causa N 42.394/96-" resuelta el 27/6/02 y publicada en Fallos 325:1549, y lo dispuesto por las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, E/2005/20). Por esta razón lejos de acarrear su nulidad, el incumplimiento de alguna de las pautas fijadas por el protocolo forzará a examinar con mayor rigor su valor convictivo en relación a los demás elementos de prueba (exámenes médicos, informe de conclusiones del profesional actuante, testimonios indirectos, indicios de oportunidad, etc.).

Este protocolo prevé dos fases o etapas de la recepción del testimonio, de los cuales la primera establece que *resulta aconsejable* el abordamiento interdisciplinario del menor con miras a recabar la mayor cantidad de datos posible, evitando que se efectúen reiteradas citaciones previas a la segunda etapa que consiste en la recepción propiamente dicha del testimonio.

La sola ausencia de uno de los exámenes aconsejados no tacha de nulo el testimonio, el que habrá de valorarse a partir de los demás exámenes

(entre ellos el médico y el informe psicológico que valida (o invalida) el testimonio receptado en Cámara Gesell).

En el caso, aún cuando no se practicó un examen psicológico *previo* a la recepción del testimonio, la sentencia valora el examen médico como así el informe elaborado por el Lic. Colazo que analiza los criterios de validación del testimonio de la niña.

Prima facie resulta inapropiado dar un valor taxativo a cada uno de los exámenes realizados en el abordamiento interdisciplinario preliminar, el que debe realizarse en el caso concreto, a partir del análisis integral y armónico de los mismos, contrastados con otros elementos de prueba. Así como los testimonios no se cuentan sino que se pesan, la misma regla resulta aplicable al caso del protocolo, desde que, aún cuando el abordamiento interdisciplinario preliminar fue pensado para proteger a los niños, niñas y adolescentes, serán examinados integralmente por los sentenciantes al momento de examinar su valor convictivo, y la certeza o no de la tesis acusatoria, de acuerdo a las pautas establecidas para los testimonios únicos (vid. Torres, Néstor/

Liendaf, Aníbal/ González, Fernando (...) del Tribunal Superior de Justicia). Lo que en un caso puede resultar irrelevante en otro puede ser determinante de acuerdo a las probanzas que integren el plexo concreto. No existe una tasación previa de cada uno de los elementos que integran el caso.

Respecto al segundo supuesto introducido en relación a la invalidez de la Cámara Gesell (el referido a la imposibilidad de valorar el testimonio en Cámara Gesell por haber cumplido la joven los trece años de edad (previo al juicio oral), adelanto que tampoco habrá de tener acogida.

Ello por cuanto la posibilidad de las partes de ofrecer el testimonio de la joven no invalida el testimonio recibido previamente mediante el dispositivo de la Cámara Gesell. No obstante lo cual su presencia en el debate como testigo hubiese ofrecido un elemento más para evaluar la fuerza convictiva del testimonio como es la *persistencia del relato*. Circunstancia que las partes desistieron (incluida la defensa) al no ofrecer su testimonio, lo que en definitiva se traduce en la estrategia para sostener las respectivas teorías del caso propiciadas. Ello de

ningún modo lesiona el derecho de la defensa de interrogar al testigo, en atención a que el Defensor tuvo la facultad concreta de ofrecer ese testimonio y no lo hizo, con lo que se entiende que desistió de interrogar personalmente a la joven, del mismo modo desistió de requerir un eventual careo o el reconocimiento de la remera secuestrada en la investigación (como instrucción suplementaria conforme al antiguo sistema procesal).

La defensa sostuvo también en este punto, que el imputado no había tenido una defensa material en la Cámara Gesell por cuanto intervino en la diligencia un defensor subrogante (civil). Vale aclarar que, en esta instancia no corresponde reeditar planteos ya introducidos en el debate que diera lugar a la sentencia que se impugna, sino realizar una crítica razonada de la sentencia, no obstante lo cual el defensor tuvo la posibilidad de entrevistarse previamente con su asistido y requerir información atinente para elaborar un pliego de interrogatorio para la actuación del subrogante legal en la Cámara Gesell, por lo que resulta absurdo pretender que la propia actividad defectuosa del Ministerio Público de la

Defensa se proyecte en la sentencia en favor de su pupilo.

Respecto del agravio referido a la nulidad de la intervención de la Defensoría de los Derechos del Niño, no se observa afectación concreta de los derechos del imputado, en tanto la teoría del caso del Querellante del Niño es idéntica a la sostenida por el Ministerio Fiscal, lo que se traduce en una única acusación de la que debió defenderse el imputado (tal como lo recepta actualmente el código ritual en su artículo 66 el que reza: "El imputado -siempre y en todos los casos- tendrá derecho a que se le enrostre una única acusación, debiéndose respetar estrictamente el principio de congruencia procesal, tanto en los aspectos fácticos, cuando normativos"). Por tanto no se observa que la intervención de la Querellante del Niño en el debate haya causado agravio (actual y concreto) en los términos detallados por el art. 227: "Las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen agravio".

En lo atinente al agravio consistente en la violación del principio de congruencia, asiste razón al Ministerio Público Fiscal cuando en la

audiencia del art. 245 del CPP, afirma que los tres agravantes que emergen en la calificación legal dada al hecho estaban presentes en las circunstancias fácticas contenidas en la imputación por lo que el imputado conocía con exactitud de qué debía defenderse, aún cuando no coincidan literalmente las palabras utilizadas en la imputación con las receptadas en la letra del código al describir los tipos penales agravados de la figura del art. 120 del CP. Sabía que se le imputaba haber abusado sexualmente de su *hija* (vínculo), de *trece años de edad* (menor de dieciocho años) *en el domicilio que ambos habitaban, la cual poseía una cama de dos plazas que compartían* (aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente). Por lo que no habré de hacer lugar a este agravio.

Respecto del agravio consistente en la falta de autosuficiencia de la sentencia (por no surgir de la sentencia la argumentación y fundamentación de las partes, remitiendo a las actas que no integran la sentencia, no contestando los argumentos dirimentes planteados por la defensa) no habré de receptar el mismo por entender que, en el

antiguo sistema procesal, las actas sí integraban la sentencia en lo atinente a la descripción acabada de los alegatos de las partes y de aquellas circunstancias relatadas por los testigos cuando la parte requería "se deje constancia en actas", por lo que la remisión a tales actas no vicia la sentencia, menos aún cuando el primer voto realiza una descripción (si bien más breve que la del acta) de los alegatos, fijando la controversia a resolver. No surge tampoco la omisión de tratamiento de argumentos dirimentes introducidos por la defensa.

Al agravio consistente en la *valoración arbitraria de la prueba* (por valorar la credibilidad de la joven y no contrastarla con los dichos del imputado en cuanto su hija le dijo que se había realizado un aborto, circunstancia coherente con la manifestación de la misma sobre las relaciones sexuales que mantenía con su novio en Rosario), lo habré de analizar conjuntamente con el último agravio consistente en la *falta de motivación respecto de elementos del tipo*. Ello en tanto la aducida valoración arbitraria de la prueba sería la que se conecta con la acreditación de la tipicidad de la conducta por

relacionarse con el concepto de *inmadurez sexual* del que se habría aprovechado el acusado para acceder carnalmente a su hija.

Estos agravios habrán de tener acogida, por advertirse en el razonamiento de los sentenciantes la absoluta orfandad probatoria sobre los extremos fácticos y normativos esenciales de la figura penal detallada en el art. 120 del CP, desplegando un cúmulo de definiciones respecto a "inmadurez sexual" a la que parecen asimilar al concepto de "inexperiencia sexual", pero sin lograr conectar las circunstancias probadas en el debate con tal encuadre típico, derivando a la situación de vulnerabilidad y dependencia emocional que excede el núcleo típico prescripto por el art. 120 del CP.

Del aborto que se habría practicado la joven a los doce años, según las manifestaciones del acusado, se omite razonamiento alguno, en cambio sí se reconoce que la joven tuvo experiencia sexual previa con su novio en Rosario, información que conectan con los informes médicos de los que emerge "desfloración de larga data". Nada se dice respecto al acabado

conocimiento práctico del acto sexual que emerge del testimonio de la joven en Cámara Gesell.

Lo cierto es que los sentenciantes parecen anclar la tipicidad más a la situación de *vulnerabilidad* de la joven -producto de una situación anterior al encuentro con su padre- (que surge de la pericia practicada por el Lic. Colazo, agregado a fs. 200/203) que al "aprovechamiento de la inmadurez sexual" de la misma, tal lo requerido por la figura en examen.

Llama la atención la ausencia de un análisis acabado de la pericia encomendada al Lic. Colazo, a fin de determinar la madurez sexual de la joven, dado que define el núcleo típico del hecho conforme a la teoría del caso de la fiscalía, circunscribiendo la sentencia a esta teoría en virtud del principio de congruencia.

En el mismo se afirma: "la madurez sexual actual de una adolescente no permite inferir su madurez pasada en forma objetiva, ya que la madurez sexual es un concepto teórico que implica factores personales y factores sociales. No se define por las experiencias sexuales que ha tenido, ni por la

evolución fisiológica del cuerpo, no es un desarrollo psíquico extrapolable en el tiempo ni sigue una evolución fijada por la edad cronológica. Sólo es esperable que a menor edad haya menor madurez sexual, afirmación que también se debe evaluar en cada caso teniendo en cuenta que uno de los efectos psíquicos traumáticos causados por los abusos sexuales crónicos es la seudomadurez de las víctimas (...) el objetivo del presente, el objetivo psicológico se focalizó en determinar la existencia de factores psíquicos, al momento del examen, *que pudieren limitar la capacidad de brindar un consentimiento válido para mantener relaciones sexuales* y de buscar indicios que permitan inferir si existían los mismos factores al momento de los hechos investigados, *independientemente de la edad y la experiencia sexual previa*". En las conclusiones informa una situación de *vulnerabilidad psíquica y de dependencia emocional* causadas por necesidades afectivas no satisfechas por los adultos responsables "de larga data y tiene su origen en conflictos familiares previos al los hechos del autos" que limita su capacidad de brindar un consentimiento válido a un acto sexual.

Lo expuesto por el Lic. Colazo se adecua a las circunstancias típicas previstas por el art. 119 tercer párrafo cuya acreditación excluye la aplicación de la figura prevista por el art. 120 del CP. Es así porque el 119 tercer párrafo prevé el *abuso sexual con acceso carnal* mientras que en el antes denominado estupro, no existe "abuso sexual" (por ausencia de consentimiento) sino el acto sexual consentido por parte de una menor (entre 13 y 16 años) cuya inmadurez sexual es aprovechada por el autor en razón de su preeminencia.

Es así que la primera de las normas citadas (119 primer párrafo) reza: "Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o *aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción* (...)La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía (...)En los

supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;

f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

Mientras que la figura prevista por el art. 120 del mismo ordenamiento legal reza: "Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, *aprovechándose de su inmadurez sexual*, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, *siempre que no resultare un delito más severamente penado*. La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los

incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del artículo 119".

En consecuencia la diferencia sustancial entre el abuso sexual con acceso carnal y el denominado "estupro", radica en que el primero implica como su nombre lo indica un "abuso" (que excluye un consentimiento libre).

Mientras que en el segundo no hay abuso sino un acto sexual consentido en especiales circunstancias de realización que lo hacen reprochable (aprovechamiento de la inmadurez sexual por parte de un autor preeminente por diversas razones (sea la mayoría de edad o situación equivalente).

Sobre la calificación legal del hecho probado, el Dr. Cabral afirma, entre otras cosas que: "si bien T., *en cierta forma* presta su consentimiento, el mismo *es dado en función de la manipulación efectuada por el imputado* (...) y es en función de "esa inmadurez sexual propia de su edad, trece años recién cumplidos y de haber sólo tenido relaciones con su novio" que accede a lo petitionado, sabiendo a su vez que de denunciarlo no tenía un lugar adonde ir. Tan es así, que luego de casi dos semanas de

sentir que no podía ser así porque era su padre, lo denuncia a una vecina (...) la menor *también había sido abusada* en la casa de su madre por su padrastro (...) y sin embargo a pesar de la carga que a ella le implicaba nuevamente tener que denunciar ahora a su propio padre, con el riesgo de no tener un lugar a donde ir, lo denuncia y le escribe una carta que obra a fs. 10, en la que le expresa "no hace ni un año que nos conocemos y *estás abusando de mi*" (...) Tampoco puedo soslayar el informe efectuado a casi un año de los hechos (fs. 200/203), cuando expresa que al momento de los hechos "es altamente probable que la niña T. C. H. se encontrara en una situación de vulnerabilidad y dependencia emocional, causadas por las necesidades afectivas no satisfechas por los adultos responsables. Esta situación limita la capacidad de brindar un consentimiento válido a un acto sexual, tanto al momento actual, como al momento de los hechos".

Del propio voto reseñado emerge la identificación de las situaciones vividas, en un primer momento por parte de su padrastro (en Rosario) y luego por su propio padre (en Zapala), lo que evidencia que

el juez asimila el hecho traído a juicio a un abuso, circunstancia que se confirma con la valoración que efectúa de la carta que T. le deja a su padre, en donde expresamente afirma que su padre estaba abusando de ella.

Por su parte, el segundo voto -luego de hacer un repaso a las posturas doctrinales sobre la figura (por cierto altamente confusas), afirma que "la circunstancia de haber mantenido alguna relación sexual con su novio, no implica como contrapartida experiencia sexual o madurez sexual que le hubiere permitido consentir válidamente el acto sexual" no obstante a reglón seguido pretende fortalecer esta postura aseverando que: "el imputado claramente aprovechó la situación de inferioridad de T....., que se ve *claramente reflejada en la vulnerabilidad en la que se encontraba*, ante la madre que no le creyó el abuso del que había sido víctima en Rosario, en manos de su padrastro y la "trajo como un paquete" entregándola a su progenitor -un virtual desconocido- como única alternativa, ante la posibilidad de que se diera intervención a un juez de menores (...) *es esa situación*

de vulnerabilidad y clara dependencia emocional, la que aprovecha el imputado(...)".

Este voto pretende asimilar la situación de vulnerabilidad y dependencia emocional a la inmadurez sexual, cuando se trata de supuestos independientes, al punto que el primero configura -a mi entender- el supuesto de un abuso sexual con acceso carnal *realizado* por causas que no le permitieron a la víctima consentir la acción (art. 119 primer y tercer párrafo). Hipótesis que se consolida con ciertas referencias de la joven al Lic. Colazo, que emergen de la pericia (Síntesis de la entrevista, fs. 201): "Refiere uso de golpes y amenazas". No obstante ello, el Tribunal se encontraba limitado por la tesis fáctica y el encuadre jurídico dado por las partes acusadoras.

En síntesis, la pericia psicológica no logró establecer la inmadurez sexual de T. (y el aprovechamiento del padre de esa inmadurez sexual). La inmadurez sexual no resulta asimilable a circunstancias de vulnerabilidad, debiendo acreditarse acabadamente dicha inmadurez sexual y no presumirse en virtud de la edad, siendo que la única presunción de inmadurez sexual es la que establece el primer párrafo del art.

119 que prevé dentro de los supuestos de abuso sexual al sujeto pasivo menor de trece años.

"El estupro en la nueva redacción del tipo penal (ley 25.087) requiere que exista de parte del autor un aprovechamiento de una situación de hecho o circunstancia equivalente a través de las cuales se explote la inexperiencia o inmadurez sexual con el fin de lograr el consentimiento de la víctima" (CNCrim. y Correc., sala I, 4/12/03, Rodríguez, Rodrigo Sebastián).

"El art. 120 del Cód. Penal -según ley 25.087- exige como requisito típico que exista aprovechamiento de la inexperiencia de la víctima, **resultando en consecuencia impune el mero contacto sexual libremente consentido por quien cumplió los trece años de edad y posee conocimientos y madurez indispensables para comprender con plenitud las consecuencias de su acto...**El aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima que el art. 120 del Cód. Penal exige como requisito tipificante de la figura penal de la norma mencionada no puede ser fundado en una presunción, toda vez que debe constatar en primer lugar que se trata de una víctima sexualmente inmadura,

y ello constituye una cuestión de hecho que debe resolverse por el análisis racional de los elementos convictivos legalmente incorporados al proceso...corresponde disponer la absolución del acusado por el delito de abuso sexual con acceso carnal con aprovechamiento de la inmadurez sexual de una menor que, habiendo cumplido los trece años de edad, lo consintió, toda vez que **al momento del examen médico, la víctima presentaba desfloración de larga data** y los exámenes psiquiátricos y psicológicos determinaron su madurez psicosexual. (TCasación Penal Buenos Aires, sala I 28/08/03. O., C.A. s/rec. De Casación, LLBA 2004-181, LA LEY 2004 D, 130, laley online). En el mismo sentido, CNCrim y Correc., sala V, 26/09/2006, D.,A.M. LA LEY 2007-A. 568, La Ley Online).

"El bien jurídico protegido mediante la figura del estupro legislada en el art. 120 del Cód. Penal es la reserva sexual inexperiencia de la víctima, de la cual se aprovecha el agente mediante la utilización de alguna maniobra de seducción para lograr el acceso carnal. Por lo tanto **no existe conducta reprochable penalmente si la víctima ha mantenido contactos sexuales anteriores, circunstancias esta**

última que demuestra que no ha sido engañada" (Clra Crim y Correc, Formosa, 30/04/1997, R.M.,R., La Ley Online).-

"... los hechos comprobados no se adecuan a los requisitos exigidos por el tipo penal previsto en el artículo 120 del C. P. (...) **Para que se configure ese delito la víctima debe carecer de experiencia sexual.** La inmadurez o inexperiencia sobre la materia es lo que vicia el consentimiento otorgado por aquélla, **en el entendimiento de que no ha podido comprender la significación del acto.**" (Dr. Divito, según su voto). "... al momento del hecho, la niña no era inmadura sexualmente, pues **admitió un conocimiento adecuado en torno de la práctica sexual que realizó.**" (Dr. Divito, según su voto). "... en la actual redacción de la figura contemplada en el artículo 120 del código sustantivo se ha sustituido el concepto de seducción ficta por la real, debiendo entonces demostrarse el aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima como elemento objetivo del tipo el que "...no podrá ser presumido como antaño, sino que será necesario verificarlo como cualquier elemento integrante del tipo penal. Con esta solución, se recepta la validez del

consentimiento de quienes hayan superado dicho estado.”
(De Luca, Javier y López Casariego, Julio, “Delitos
contra la integridad sexual, Bs. As., Ed. Hammurabi,
2009, pág. 123).” (Dr.Pociello Argerich, según su
voto)“C., A.” - CNCRIM Y CORREC - 25/12/2011,
elDial.com - AA728D, publicado el 02/01/2012, Copyright
2012, elDial.com, Editorial Albrematica, Ciudad
Autónoma de Buenos Aires, Argentina.-

“La inmadurez sexual se refiere a la
inexperiencia sexual de la víctima, sin importar sus
conocimientos teóricos sobre el tema; es decir, que lo
fundamental es su carencia de experiencia práctica.
Esta circunstancia no se presume y debe ser probada en
cada caso, al igual que los requisitos típicos
restantes (...) hay que tener en cuenta que, si el autor
obtiene el consentimiento de la víctima para una
práctica sexual gravemente ultrajante o un acceso
carnal, venciendo su libre determinación mediante
alguna forma de coacción, en virtud de una situación de
poder en que ésta de mal grado se ve obligada a
soportar su acción, resulta aplicable el art. 119 CP,
que específicamente prevé dicha forma de comisión y al
que remite el mismo precepto al expresar “siempre que

no resultare un delito más severamente penado" (Villella, Federico "Estupro: ámbito de prohibición y su interpretación en la provincia de Tierra del Fuego", Abeledo Perrot n°AP/DOC/2370/2013).-

No habiendo la Fiscalía arribado a juicio con los elementos de prueba idóneos para probar su caso, no corresponde otorgar una nueva instancia para ello, por lo que resultando insuficientes los elementos presentados en juicio, se constata las circunstancias previstas por el último párrafo del CPP, esto es: "cuando (...) sea evidente que para dictar sentencia no es necesario la realización de un nuevo juicio, el tribunal resolverá directamente sin reenvío".-

Por las razones expuestas, considero corresponde revocar la sentencia impugnada por constatare los agravios expresados por el Sr. Defensor y absolver al Sr. J. de J. H.. Mi voto.-

El **Dr. Héctor Dedominichi** manifestó:

Sin perjuicio de compartir los muy bien fundados argumentos expuestos por la señora Jueza, Dra. Florencia Martini en su voto, me permito agregar algunas consideraciones que tienen que ver con la

inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in ídem*), la cual se habilitaría de disponer, por la anulación de la sentencia, el envío para un nuevo juicio.-

En tal sentido, ha dicho Julio B.J. Maier en su obra "Derecho Procesal Penal T.I Fundamentos - Editores del Puerto - Buenos Aires", al tratar puntualmente dicho tópico que: 1) "La importancia moderna del principio y toda su elaboración jurídica reside en su significado como garantía individual, propio de un derecho penal liberal, de un Estado de Derecho..." (pág.595/596).-

2) "Se ha concordado en que la fórmula correcta debe impedir la múltiple persecución penal, simultánea o sucesiva, por un mismo hecho" (pág.602).-

3) "A fin de responder analíticamente a los problemas que el principio plantea, han requerido la conjunción de tres identidades distintas para dar solución abstracta a la infinidad de casos posibles. Ellas son la identidad de la persona perseguida, del objeto de la persecución y de la causa de la persecución. Empero, conviene aclarar antes que, al

menos para el ámbito de la persecución penal, la tercera identidad es discutible como tal..." (pág. 603).-

3a. Respecto a la identidad personal:

"El principio representa una garantía de seguridad individual. Por lo tanto, sólo ampara a la persona que, perseguida, haya o no recaído sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, vuelve a ser perseguida en otro procedimiento penal, que tiene como objeto la imputación del mismo hecho" (pág.603).-

"La identidad de la persona perseguida penalmente en varios procesos es, pues, una condición esencial para el efecto negativo del principio, es decir, para evitar la persecución nueva, cuando la anterior ya ha terminado o se inicia otra a un mismo tiempo" (pág.604).-

3b. En cuanto a la identidad objetiva, se ha dicho: "Para que la regla funcione y produzca su efecto impidiendo característico la *imputación* tiene que ser *idéntica*, y la imputación es idéntica cuando tiene por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona (*identidad de objeto*)" (pág.606).-

"Se trata de impedir que la imputación concreta, como atribución de un comportamiento determinado históricamente, se repita, cualquiera que sea el significado jurídico que se le ha otorgado, en una y otra ocasión, el *nomen iuris* empleado para calificar la imputación o designar el hecho. Se mira al *hecho* como *acontecimiento real*, que sucede en un lugar y en un momento o período determinado, sin que la posibilidad de subsunción en distintos conceptos jurídicos afecte la regla, permitiendo una nueva persecución penal, bajo una valoración distinta de la anterior" (pág.606/607).-

Para finalizar han de señalarse dos conceptos más, uno que guarda relación con que "La identidad se refiere al comportamiento y, eventualmente, a su resultado, como acontecimiento histórico" (pág. 608) y el restante, que "Cuando hablamos de un acontecimiento real, por tanto, no nos referimos, necesariamente, a un hecho verificado, sino tan solo atribuido como existente, concreto e históricamente sucedido, esto es, *hipotéticamente* afirmado como real" (pág.cit.).-

Por todo lo señalado, entiendo que debe aplicarse sin más lo dispuesto en el último párrafo del art. 246 del C.P.P. y con ello la solución propiciada por la jueza de primer voto.-

La **Dra. Mabel Folone** expresó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.-

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

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

En atención a la resolución del recurso, considero no deben imponerse costas (art. 268, segundo párrafo del CPP).-

El **Dr. Héctor Dedominichi** manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.-

La **Dra. Mabel Folone** expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.-

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

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación deducida por el recurrente (arts. 233, 234 y 241 del CPP).-

II.- ANULAR la sentencia N° 13/13 datada el 19/09/13, dictada por la Sala Penal de la Cámara de Zapala, por la que se condenara a J. deJ. H., de demás circunstancias personales consignadas en el exordio y **ABSOLVER** de culpa y cargo al nombrado (Art. 246 último párrafo del CPP).-

III.- EXIMIR la imposición de **COSTAS** (art. 268, segundo párrafo *in fine* del CPP) por el trámite derivado de la impugnación de la sentencia.-

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

Dra. Mabel Folone
Juez

Dr. Héctor Dedominichi
Juez

Dra. Florencia Martini
Juez