

SENTENCIA N° treinta y siete /2015. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los ***veintiséis días del mes de junio de dos mil quince***, se constituye el Tribunal de Impugnación conformado por los Sres. Jueces, **Dra. Liliana Deiub**, quien presidió la audiencia, y los **Dres. Alejandro Cabral** y **Héctor Rimaro**, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el **legajo MPFZA 10.570/14 "G., P. A. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"**, seguido contra **P. A. G.**, D.N.I.-

.....

La audiencia prevista por el art. 245 del CPP se llevó a cabo en la ciudad de Zapala el día 12 de junio del presente año e intervinieron por la Fiscalía, el Dr. Marcelo Jofré, por la Defensoría del Niño y del Adolescente, la Dra. Paula Castro Liptak, y, por la Defensa técnica, los Dres. Miguel Manso y Javier Allende. No se hallaba presente el imputado, quien se encontraba debidamente notificado, manifestando el Dr. Manso que no podía concurrir y que se podía llevar a cabo la audiencia sin su presencia.

ANTECEDENTES:

A) Por sentencia PROGEN N° 14156/2015 de fecha 9/3/2015, del registro de la Oficina Judicial Penal de la III Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad

de Zapala, el Tribunal de Juicio integrado por los jueces, Dr. Raúl Aufranc, Dr. Gustavo Ravizzoli y Dra. Carolina González, resolvió: " I.- ABSOLVER a P. A. G., ... por el hecho por el que fuera oportunamente reprochado en perjuicio de J. A. G., ocurrido -sin poderse precisar fechas- pero entre los años 2010 y 2012, desde que el menor contaba con 9 o 10 años de edad (presunto abuso sexual reiterado), en la vivienda de la abuela del menor, M. F. M., sito en el B. Viviendas, Acceso, Planta Baja de la ciudad de Zapala; por invalidez insubsanable, esto es, nulidad de las acusaciones brindadas en juicio, ello en los términos de los arts. 15, 20, 96, 1º párrafo (a contrario sensu) y 2º párrafo y 98 del Código Procesal Penal".

B) Tanto la Fiscalía como la Defensoría del Niño y del Adolescente, dedujeron en tiempo recurso de impugnación ordinario contra la sentencia absolutoria.

1º) La Fiscalía centró su crítica a la sentencia en lo siguiente:

Que el Tribunal de juicio no trató el fondo del asunto y se limitó a valorar cuestiones formales, omitiendo "el pronunciamiento jurisdiccional vinculado a un hecho presentado y valoración de la prueba producida". Dice que la defensa no planteó la carencia de claridad por parte

de la fiscalía y que el hecho presentado en la audiencia fue el mismo que fue presentado en la audiencia de control. Que no se vio vulnerado el derecho de defensa. Dice que es deber del Tribunal "valorar la prueba producida durante el juicio más allá de la calificación jurídica que invoquen las partes. Dice que el tribunal nada dijo sobre la prueba producida durante el debate. Se pregunta el fiscal "cuánto peso puede tener la calificación jurídica que las partes acusadoras invoquen frente a todo un plexo de prueba que fue efectivamente producido, del que la defensa tuvo permanentemente el control y del que no se dijo una sola palabra?. Dice que no se valoró la prueba y sólo se justificaron expresando que "la nulidad de las acusaciones brindadas les imposibilita ingresar en la valoración de la prueba producida en juicio". Dice que la absolución del imputado por la nulidad de las acusaciones se realizó bajo una errónea interpretación de las normas procesales en las que fundaron la invalidez, basándose en una mera discrepancia con los fundamentos brindados por la fiscalía, sin hacer mención de otros vicios de las pruebas incorporadas. Dice que de no coincidir con la calificación efectuada tendrían que haber fundado su desacuerdo con la calificación y haber expresado cuál era la solución jurídica que se debería haber dado. Dice que la fiscalía en

observancia con lo establecido en el art. 69 CPP formuló motivadamente el pedido de condena, cumpliendo el pedido acusatorio con los requisitos de legalidad y de razonabilidad, derivado lógicamente y razonadamente del derecho vigente. Dice que el alegato fiscal no ha incurrido en un vicio estructural o sustancial. Menciona que la defensa nunca dijo que el alegato fiscal no fuera claro, preciso y circunstanciado de modo de posibilitar una adecuada defensa. Por todo ello, considera que la resolución recurrida es inmotivada, arbitraria y que su elaboración no se ajusta a la sana crítica racional, requisito que afecta la validez de la sentencia. Solicita se declare nulidad de la sentencia y el reenvío para nuevo juicio.

2º) Por su parte la Defensoría del Niño y del Adolescente centra su crítica a la sentencia en lo siguiente:

a) Omisión de considerar que durante todo el proceso el hecho se mantuvo invariable. Dice que el hecho imputado consistió siempre en que *"sin poder precisar fechas exactas, pero entre los años 2010 y 2012, P. A. G. abusó sexualmente y en forma reiterada de su sobrino J. G. (11 años), desde que el menor contaba con 9 o 10 años, accediéndolo carnalmente vía anal en más de una oportunidad y aprovechando su situación de conviviente. Los*

hechos sucedían en la vivienda de la abuela del menor, M. F. M., sito en el Barrio Viviendas, acceso ..., Planta Baja de la ciudad de Zapala, cuando ella misma salía, manifestando el menor que su tío le ponía el pito en la cola, que a él le dolía por lo que no quería y éste le decía "es un ratito nomás" y le hacía fuerza. Que nunca contó lo sucedido dado que su tío amenazaba con lastimar a sus hermanas. Asimismo el menor describe un último episodio ocurrido en fecha 5 de enero de 2012, en una habitación del domicilio de su abuela, en la que su tío le quiso bajar los pantalones y el menor hizo fuerza para que no se los bajara. Que como consecuencia del examen médico se constata esfínter anal algo dilatado, sin lesiones recientes y escurrimiento fecal".

Refiere que este hecho se calificó oportunamente como abuso sexual con una persona menor de 16 años gravemente ultrajante y con acceso carnal, agravado por situación de convivencia (art. 120, primer párrafo y segundo párrafo en función del inc. f) del cuarto párrafo del art. 119 CP). Menciona que el Tribunal nunca analizó que el hecho atribuido siempre fue el mismo.

b) Omisión de determinar garantía vulnerada al victimario: Dice que la Defensa nunca fue sorprendida y que si el hecho expuesto en la presentación

del caso no fue innovado en detrimento del victimario mal puede concluirse la afectación de alguna garantía constitucional o la violación del debido proceso. Agrega que la deficiencia señalada en el alegato final al Ministerio Público Fiscal, no invalida la acusación formulada y menos aún la de la Defensoría del Niño, pudiendo sólo afectar la calificación legal, pero no la acusación efectuada.

c) Bien Jurídico protegido. Calificación legal: Dice que tanto en las figuras previstas por los arts. 119 y 120 del CP, el bien jurídico protegido es la integridad sexual. Agrega que el victimario no respeta la voluntad del niño en su libre ejercicio de la sexualidad, "el violador abusa o aprovecha la circunstancia o calidad de la víctima que le impiden prestar válidamente su consentimiento". Dice que el Tribunal decidió prescindir de toda valoración probatoria para concluir la absolución por deficiencia del alegato en función de la confusa calificación legal sin desentrañar que en el caso el núcleo del injusto típico reside en un comportamiento que no consultó la voluntad de la víctima en su libre ejercicio de su sexualidad. Expresa que el hecho calificó en el art. 120 del CP, el que remite al que "realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o tercer párrafo del art.

119 del CP. Que a su vez, el art. 119 inc. f) señala que "el hecho fuere cometido contra un menor de 18 años aprovechando su situación de convivencia preexistente con el mismo". Entiende que conforme ello el alegato de la Defensoría del Niño resulta a todas luces coherente y autosuficiente en cuanto *"que J. no pudo prestar consentimiento, que existió preeminencia entre víctima y victimario, que se corroboró un abuso sexual gravemente ultrajante con acceso carnal"*. Dice que así *"el error en la calificación legal en cuanto a la edad de la víctima, nacido el 22 de octubre de 2000, en ningún caso puede acarrear el vicio en el alegato y la consecuente absolución del imputado, pues existe una cuestión objetiva de comprobación, respecto de la cual la Defensa jamás pudo verse sorprendida, ello es la edad del niño, en función de la fecha de su nacimiento..."*.

Concluye que a la luz de la sana crítica, la sentencia absolutoria padece de absurdo y arbitrariedad manifiesta, por lo que solicita se declare su nulidad y se reenvíe para nuevo juicio.

d) Rechazo de producción de prueba testimonial. En este aspecto refiere que el Tribunal de Juicio impidió el testimonio de la hermana de la víctima en forma errónea, fundándose en el art. 190 del CPP. Expresa

que dicha testigo poseía un grado más próximo de parentesco respecto de su hermano víctima que respecto del imputado (tío), por lo que no se encontraba en condiciones de poderse abstener de declarar.

C) Por su parte, la Defensa del imputado expresa: Que tanto la fiscalía como la Defensoría del Niño y del Adolescente no efectuaron una crítica razonada del fallo en cuestión. Dice que el Tribunal pudo advertir la evidente contradicción entre el hecho y la calificación legal. Ello así ya que en el art. 120 del CP debe existir un consentimiento dado por una persona que tenga trece años o más, mientras que una persona menor de 13 años no puede prestar nunca su consentimiento de manera válida. Por tal razón, no correspondiéndose el hecho con la calificación legal, el Tribunal no pudo más que nulificar el alegato fiscal y de la Defensoría del Niño y Adolescente.

Dice que la Fiscalía nunca pudo traer a la madre del menor a juicio, quien por otra parte nunca instó la acción penal. Respecto de la prueba, dice que no se va a pronunciar porque el Tribunal no valoró la prueba, consideró que existía un vicio no subsanable entre el hecho y la calificación legal, ya que el hecho no se correspondía con la calificación legal atribuida.

Agrega que no corresponde el reenvío de la causa para un nuevo juicio porque se afectaría el "ne bis in idem", juzgando nuevamente al imputado, ante un error cometido por las partes acusadoras. Cita en apoyo a lo expresado los fallos de la CSJN "Sandoval" y "Mattei".

El Dr. Allende agrega a lo dicho por el Dr. Manso que la crítica efectuada a la sentencia es inexistente. Nunca atacaron el fallo en cuestión. No efectúan una crítica a lo dicho por el Tribunal. No hay un verdadero agravio, pues es evidente la incongruencia entre el hecho y la calificación legal dada. Menciona que el Tribunal no puede suplir un alegato absolutamente defectuoso y nulo. En este sentido dice que no hubo una correcta excitación de la jurisdicción para que los jueces se pudieran pronunciar. De esta manera los jueces obraron de conformidad con lo dispuesto por el art. 6 del CPP.

En función de lo expuesto, solicitan la confirmación de la sentencia y se rechacen los agravios tanto de la Fiscalía como de la Defensoría del Niño y Adolescente.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el **Dr. Alejandro Cabral**, luego el **Dr. Héctor Rimaro** y, finalmente, la **Dra. Liliana Deiub**.

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

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible la impugnación ordinaria deducida?.

El Dr. Alejandro Cabral, dijo:

Que corresponde examinar si se han cumplido las prescripciones legales para que el recurso sea admisible, conforme lo dispuesto por el artículo 242 del C.P.P.

En tal dirección cabe considerar que los escritos fueron presentados en término, por ante la Oficina Judicial respectiva por quienes se encuentran legitimados para ello; tratándose de una sentencia definitiva y por ende de una decisión impugnabile en los términos de los arts. 233, 236 y 241 del rito.

Sin perjuicio de ello, los escritos recursivos tanto de la fiscalía como de la Defensoría del Niño y del Adolescente y sus alocuciones en la audiencia, no efectúan una crítica concreta y razonada del fallo en cuestión.

Cabe destacar que en la parte sustancial del fallo, los jueces luego de mencionar el hecho, la prueba producida y los alegatos, como cuestión inicial

resuelven el planteo de la instancia de la acción, la que entienden por mayoría que se encuentra debidamente instada.

Seguidamente, tratan el tema de si las acusaciones efectuadas por el Ministerio Público Fiscal y la Defensoría del Niño y del Adolescente, reúnen los requisitos de admisión necesarios para dictar una sentencia válida. Citan doctrina relativa a la garantía del debido proceso legal y dicen que el juicio consta de cuatro partes: acusación, defensa, prueba y sentencia. Que si la acusación es inválida por incompleta, incoherente o insuficiente, se está frente a un proceso que vulnera el art. 18 de la Constitución Nacional.

Expresa el fallo que existe una sola hipótesis de imputación sometida al control jurisdiccional, la que no puede ser alterada, corregida o ampliada por los jueces. Dice que las imputaciones de las acusaciones han sido afectadas insalvablemente, tornando deficitaria la acusación brindada como presupuesto ineludible de la resolución jurisdiccional. Expresa el voto del Dr. Aufranc -al que adhieren el resto de los vocales- que *"La valoración jurídica-probatoria se encuentra también afectada, al hablarse de distintos tipos penales (contrapuestos notoriamente entre sí), vulnerándose la debida logicidad en las argumentaciones imputativas,*

tornándose intrínsecamente contradictorias. Reitero: una hipotética sentencia condenatoria no podría pronunciarse en razón que carecería del apoyo acusatorio necesario para su legal y razonable congruencia. Es facultad y también deber de la acusación, señalar la calificación (determinación de la teoría jurídica) que corresponde al caso, ello de manera legal y razonable, caso contrario nos encontramos con un acto procesal esencial afectado de nulidad que imposibilitaría ya iniciar un debate (que no puede en ningún caso salirse de ese marco protector de la imparcialidad del juzgador y de la defensa efectiva del encausado): Situación ésta que ya es dable observar en la audiencia central de la etapa intermedia: la defensa (que debe ser efectiva) no pudo entonces ya en ese momento saber con certeza de qué se tenía que defender de manera exclusiva".

Sigue diciendo que "no se trata de meros pruritos u opiniones jurídicas diversas en torno a una mejor o diferente interpretación de hecho, derecho o de la tarea de subsunción ..., sino de una falta de motivación suficiente, de una acusación que resulta contradictoria o absurda (error notorio e insalvable en la denominación jurídica -teoría jurídica aplicable- de la conducta que

fuera oportunamente objeto de la investigación, y consecuentemente también en la construcción argumentativa".

"Las acusaciones se apartan entonces drásticamente de las reglas de la lógica y comprensión jurídica que rigen el proceso de adecuación típica del comportamiento que fuera investigado, trascendiendo incluso de un mero o simple error o imprecisión".

Ante ello, dice el voto al que adhieren los restantes vocales, la nulidad de las acusaciones deviene como la sanción procesal adecuada del acto cumplido de manera irregular por sus deficiencias estructurales (art. 95, 96 a contrario sensu y 98 del CPP).

Por último, aclara el voto que tal sanción imposibilita ingresar a valorar la prueba producida en el juicio.

Ante lo dicho por el Tribunal de juicio, tanto el recurso de la Fiscalía como de la Defensoría del Niño y del Adolescente, no hacen una crítica concreta razonada a los argumentos expuestos por el fallo en cuestión.

No se observa el cumplimiento del requisito de suficiencia recursiva de ambos recursos, en tanto surge de la lectura de los mismos, que los impugnantes no logran enervar el fallo atacado y demostrar

la falta de fundamentación que critican, por la que pretenden que se lo tache de arbitrario.

Asimismo, en los fundamentos expuestos oralmente, no mencionan por qué el tribunal se equivoca al fallar de esta manera, ni cuál sería la solución que deberían dar al caso, ante una errónea interpretación del derecho aplicable, máxime si se tiene en cuenta lo dispuesto por el art. 196 del CPP en cuanto dispone que "*La sentencia tampoco podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación, salvo que sea en beneficio del imputado*".

En ese sentido la crítica de los recurrentes sólo expresa una mera discrepancia con la forma de resolver la cuestión. Mencionan en forma genérica la arbitrariedad sin explicar siquiera por qué el fallo es arbitrario, ante la tacha de nulidad de las alegaciones acusatorias.

Sendas impugnaciones no cumplen con una sustentación suficiente, y mucho menos logran desvirtuar el fallo recurrido. Los recursos así presentados, no cumplen con el requisito de autosuficiencia que se requiere como presupuesto insoslayable para atacar el fallo en cuestión. No se han concretado los agravios de manera concreta. Es más, han reconocido el vicio, no explicando por qué tal

vicio no afecta la acusación y mucho menos cómo el Tribunal lo podría haber subsanado.

El fallo atacado en definitiva expresa que el hecho traído a su conocimiento no se corresponde con la calificación jurídica dada y que dicho yerro es de tal magnitud, que no permite efectuar una sentencia válida.

Al respecto, tanto en las alegaciones del juicio como en la audiencia de control (art. 168 del CPP), se advierte en las acusaciones una gran confusión en cuanto a las figuras penales en cuestión.

El art. 119 del CP, regula en el primer párrafo el abuso sexual simple de una persona de uno u otro sexo cuando fuere menor de trece años de edad, o mayor de esa edad pero que no pudo consentir libremente dicho acto. La ley considera que el menor de 13 años de edad, directamente no puede prestar un consentimiento válido. Este abuso sexual simple consiste en actos impúdicos de tocamientos, de contactos corporales del autor con la víctima o, contactos de objetos con ciertas partes del cuerpo cuando tengan una connotación sexual.

El segundo párrafo regula una agravante del primer párrafo, el abuso sexual gravemente ultrajante. La acción típica no se diferencia de la del abuso sexual básico, son actos objetivamente impúdicos realizados bajo

alguna de las circunstancias previstas en aquél. Dos son las modalidades con las que puede configurarse este abuso sexual agravado: la duración del mismo o las circunstancias de su realización.

El tercer párrafo también agrava la conducta del abuso sexual del primer párrafo si existió acceso carnal por cualquier vía. El abuso sexual con acceso carnal contiene un "plus" de vejamen con respecto al abuso sexual gravemente ultrajante. Así lo ha considerado el legislador cuando fijó escalas penales distintas a ambos supuestos por entenderlos obviamente diferentes, ya que la situación planteada en el tercer párrafo representa una mayor ofensa y menoscabo a la persona. Por ello, esta agravante desplaza a la agravante del segundo párrafo, es decir a la gravemente ultrajante.

El cuarto párrafo del art. 119 del CP, agrava los supuestos del abuso sexual gravemente ultrajante o del abuso sexual con acceso carnal, regulados en el segundo y tercer párrafo de dicho artículo.

Por último, el quinto párrafo agrava las conductas del primer párrafo del art. 119 del CP.

Por su parte, el art. 120 del CP sanciona los actos previstos por el segundo y tercer párrafo del art. 119 del CP (abuso sexual gravemente ultrajante o abuso

sexual con acceso carnal), cuando el autor se aprovecha de la inmadurez sexual de una persona menor de 16 años. La edad cronológica de la víctima debe ser de 13 años cumplidos y menor de 16 años. El autor a su vez, debe ser mayor de edad. El autor debe aprovecharse de la "inexperiencia", es decir del desconocimiento o falta de hábito, en las relaciones sexuales". La fórmula empleada por la ley presupone un menor no iniciado en la sexualidad, esto es, una persona sexualmente inexperta, de cuya condición debe aprovecharse el autor. Es un menor de 16 años pero que tiene ya cumplidos los trece años de edad, **debe haber prestado el consentimiento para la realización del acto sexual**, de modo que su disenso o negativa desplaza el hecho a algunos de los tipos previstos en el art. 119, por la falta de consentimiento.

En definitiva, es claro que siendo que el hecho investigado era un abuso sexual con acceso carnal de un menor de 13 años de edad con el que el autor convivía, el hecho encuadraba en la figura prevista por el art. 119, párrafo tercero, agravado por el párrafo cuarto inc. f), cuya pena oscilaba entre los 8 a 20 años de prisión. Cabe señalar que la calificación dada por los acusadores amén de sumar agravantes que no se suman, tales como la gravemente ultrajante con el acceso carnal, equivoca la figura porque

un menor de trece años no puede nunca prestar un consentimiento válido, y la pena que prevé es de 6 a 10 años de prisión.

Cabe destacar que el art. 196 del CPP impide a los jueces dar una calificación más gravosa que la solicitada, pero además de ello los requisitos de una y otra figura son absolutamente distintos.

El art. 120 sanciona el accionar de aquel que siendo mayor de edad se aprovecha de la inmadurez sexual de un menor de entre 13 a 16 años, que prestó su consentimiento, para abusarlo sexualmente de manera gravemente ultrajante o con acceso carnal. Esta figura tiene requisitos absolutamente distintos que los que requiere el art. 119 del CP.

Los impugnantes calificaron el hecho en los alegatos como constitutivo de abuso sexual gravemente ultrajante con acceso carnal con un menor de 16 años agravado por su condición de conviviente preexistente (art. 120, primero y segundo párrafo del CP).

Concretamente la fiscalía dijo, "*por haber tenido relaciones sexuales con un niño menor de 16 años de edad aprovechándose de su inmadurez sexual... un niño que no sabía lo que pasaba, solo sabía me duele, existiendo una relación de preeminencia respecto del niño*

por parte de G...era su tío, convivía con él... él aprovechó este grado de convivencia para llevar a cabo su lujuria sexual" (sic).

A su vez, la Defensoría del Niño y del Adolescente dijo lo siguiente: "*...J. no pudo prestar su consentimiento del trato sexual que le dio su tío... no pudo comprender ni asentir libremente lo que le pasó... que existió una preeminencia de P. A. G. sobre él, que abusó de manera ultrajante con acceso carnal en la circunstancias antes descriptas ante la situación de vulnerabilidad cuando el niño estaba al cuidado de su abuela... Adhiero a la calificación legal presentada por la Fiscalía".*

Así, los requisitos de este delito, no tienen nada que ver con los requisitos mucho más simples que prevé el art. 119 CP, que basta el acceso carnal de un menor de 13 años para que se configure el tercer párrafo de dicho artículo que a su vez puede ser agravado por el cuarto párrafo inc. f), es decir aprovechándose de la situación de convivencia con el menor de edad.

Tal yerro es de tal magnitud, que era de imposible reparación por parte del Tribunal, máxime en función de lo establecido por el art. 196 del CPP.

Por todo lo expuesto, no existiendo una crítica concreta y razonada del fallo recurrido, corresponde declarar formalmente improcedentes los recursos de impugnación deducidos tanto por la Fiscalía como por la Defensoría del Niño y del Adolescente.

El **Dr. Héctor Rimaro**, dijo: Por compartir los argumentos y conclusiones a las que arriba el primer voto, me pronuncio en idéntico sentido.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Por compartir los argumentos y conclusiones a las que arriba el Dr. Cabral voto de igual manera.

SEGUNDA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo:

Considero que debe eximirse a ambos organismos públicos del pago de las costas procesales correspondientes a esta etapa revisora (art. 268 segundo párrafo, a *contrario sensu* del CPP), en función del deber que les corresponde de impulsar la acción penal y lograr la sanción para el caso que exista la comisión de un ilícito penal, por lo que aún existiendo un yerro debían intentar que otro Tribunal pudiera tratar la cuestión de fondo.

El **Dr. Héctor Rimaro**, expresó: Que adhiere a lo resuelto sobre las costas.

La **Dra. Liliana Deiub**, manifestó: Que comparte los fundamentos expuestos en relación a la eximición de costas.

Por todo lo expuesto, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA INADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación deducida por el Ministerio Público Fiscal como por la Defensoría del Niño y del Adolescente, por falta de una crítica concreta y razonada del fallo impugnado (arts. 242 y 245 del CPP).

II.- Sin costas en esta instancia (art. 268 CPP).

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

Dr. Alejandro Cabral
Juez

Dr. Héctor Rimaro
Juez

Dra. Liliana Deiub
Juez