

SENTENCIA nro. cuarenta y nueve /2018.- En la ciudad de Neuquén, siendo el día primero de agosto de agosto de dos mil dieciocho, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por los Dres. **Alejandro Cabral, Florencia Martini y Daniel Varessio**, presidida por el primero de los nombrados, con el objeto de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial denominado **"H....., J..... G..... S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"**, identificado bajo **Legajo MPFZA 21.541 Año 2017**, de la Tercera Circunscripción Judicial, en el que se encuentra imputado **J.... G.... H.....**, DNI N°, domiciliado en Pje., localidad de, Prov. de Neuquén.

A) ANTECEDENTES: Por sentencia de responsabilidad recaída el 19 de abril de 2018 el Tribunal de Juicio resolvió: *"Declarar a J... G.... H....., autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en carácter de autor, previsto en los arts. 45, 119 primer y tercer párrafo del Código Penal, en fecha indeterminada pero entre el 30/10/2016 y el 18/11/2016, en perjuicio de la Joven L.... E....."*, imponiéndole con fecha 30 de mayo de 2018, la pena de SEIS AÑOS de prisión de cumplimiento efectivo, las accesorias

legales por el término de la condena y las costas del proceso.

La Defensa interpuso recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del CPP) contra la misma, celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP, el día 4 de julio de 2018, oportunidad en que el impugnante expuso los fundamentos del recurso.

En la audiencia mencionada intervino por la Defensa, los Defensores Oficiales, Dres. Miguel Manso y Pablo Méndez; por la Fiscalía, el Dr. Marcelo Jofré; no encontrándose presente el imputado a causa de las inclemencias del tiempo, habiendo manifestado su defensor que se podía realizar la presente audiencia sin su presencia.

B) El Señor Defensor, Dr. Pablo Méndez, dijo: que la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio que se impugna deviene arbitraria por no reunirse los requisitos del tipo penal imputado a su asistido y por no ajustarse a lo normado por el art. 21 del CPPN, en tanto no se ha dictado sentencia de conformidad a las reglas de la sana crítica, ni se ha valorado en forma conjunta y armónica la prueba, careciendo de desarrollo objetivo los fundamentos de la decisión.

Dijo que el hecho atribuido fue el siguiente: Que sin poder establecer fecha exacta, pero en el período comprendido entre el 30/10/16 y el 18/11/16, aproximadamente, J..... G.... H..... con ánimo de desahogar un apetito de lujuria sexual, abusó sexualmente mediante acceso carnal vía vaginal de la mujer hipoacúsica, L..... E..... G....., de 21 años de edad, en contra de su voluntad y libertad sexual. Así la llevo a una de las piezas de la casa donde reside H....., en el Paraje, le tocó su cuerpo, la entrepierna, le sacó el pantalón, él sacó su pantalón y pese a que la mujer no quería, la penetró vaginalmente. H..... se aprovechó de la situación de vulnerabilidad de la víctima, **quien no pudo y no puede consentir libremente la acción sexual** sufrida debido a sus deficitarias condiciones psicofísicas provocadas por la hipoacusia, relacionada con problemas madurativos y nivel intelectual con deficiencia cognitiva leve a moderada, de lo cual el imputado tenía pleno conocimiento por ser su cuñada, hermana de su pareja. Como consecuencia del abuso sexual sufrido L..... E..... G..... quedó embarazada de J.... G..... H....., naciendo su hijo, el día ... de de 2017.

El agravio consiste fundamentalmente en la falta de los elementos subjetivos del tipo penal: En relación

a ello se dijo que L..... tenía incapacidad para consentir, que el imputado tenía conocimiento de su imposibilidad de consentir y que se aprovechó de esta situación.

En primer lugar la defensa dijo, que no toda relación sexual con una persona discapacitada es punible.

Que existió una errónea interpretación de la discapacidad de L....., basada en el informe psicológico efectuado por el Lic. Colazzo, quien refirió que la nombrada tenía un déficit madurativo leve.

La sentencia refiere que H..... tenía conocimiento del déficit madurativo de la víctima y que hubo un aprovechamiento de esta circunstancia. Aclara que la única discapacidad que posee L..... es la hipoacúsica, tan es así que puede leer los labios, se hace entender y comprende perfectamente. Todos los testigos y familiares dijeron que ella entiende y se hace entender. La hipoacusia hace que ella no pueda escuchar. Es más, declaró en el debate. En primer lugar, entonces, cuestiona que no tenga capacidad para comprender.

En segundo lugar, dice que existe una contradicción en los acusadores porque supuestamente ella es la que insta la acción penal por el abuso sexual, pero no puede comprender, según los acusadores. Explica que ello implica una contradicción en sí misma, pues o no entiende y

por tanto, no puede instar la acción penal y tampoco puede consentir libremente una relación sexual; o, por contrario, entiende y puede consentir libremente una relación sexual y puede instar la acción penal, pero es contradictorio decir que no comprende, pero sí puede instar dicha acción por un abuso sexual.

Dice el defensor, que el Lic. Colazzo solo mantuvo una sola entrevista con L....., para luego concluir que tenía un retraso madurativo leve. Esto supuestamente era desconocido por todo el entorno familiar, quienes dijeron que comprendía perfectamente todo. Por otra parte, expresa que para que una persona pueda ser declarada incapacitada o discapacitada, es necesario que intervenga un gabinete interdisciplinario, ley 26.677, cuestión esta que nunca sucedió.

Otra cuestión que aborda la sentencia es que el imputado conocía esta discapacidad por ser su cuñada. Al respecto dice que H..... no tiene instrucción y L..... no tiene rasgo alguno en su físico que advierta de alguna discapacidad mental. Por lo que difícilmente, de haber existido una discapacidad cognitiva, este puede haberse dado cuenta de tal cuestión. Dice que esto no se funda en prueba alguna.

Agrega el Dr. Manso, que la forma de evaluar a un hipoacúsico es través del test de Raven, que mide el razonamiento lógico a través de figuras. Menciona que es lo recomendado en lo hipoacúsicos y esto no se hizo.

Refiere que la sentencia establece que el informe de Colazzo fue "claro, preciso y contundente", cuando de manera alguna se corresponde con lo que dijeron todos sus familiares sobre la capacidad de la nombrada L....., amén de haberla sólo entrevistado en una sola ocasión por una hora y no haber realizado los test recomendados para esta persona.

Por todo ello, solicita se revoque la sentencia y mediante competencia positiva, absuelva a su asistido.

C) Tomando la palabra el Fiscal, Dr. Marcelo Jofré, dijo: Que la sentencia se encuentra debidamente fundada.

Que la defensa tuvo cuatro meses para ofrecer prueba, hacer algún informe psicológico de L..... que avalara su posición y no lo hizo.

Destaca que la víctima es una persona muy aniñada, que el imputado la dejó embarazada. Que respecto del embarazo no hubo cuestionamiento alguno y se hizo una convención probatoria, que establece que es hijo del nombrado, en función de una prueba de ADN que así lo determinó.

Considera que los defensores debieron haber ofrecido alguna pericia psiquiátrica o psicológica que estableciera que ella entendía perfectamente y que podía consentir libremente la relación sexual.

En cuanto al test de Raven, mencionado por la defensa, el mismo Colazzo refirió que ya no se utilizaba más. Que conforme la aplicación de la ley de salud mental, se utiliza otro procedimiento.

Vuelve a reiterar que la defensa debió haber ofrecido prueba para su teoría del caso y no lo hizo y ahora no se puede beneficiar por su inacción.

En cuanto al imputado, dice que este hacía cuatro años que estaba en el lugar, lo que también fue valorado por el Tribunal de juicio.

Por todo ello, solicita se rechace la pretensión de la defensa y se confirme la sentencia.

Preguntadas las partes por el Dr. Cabral respecto de quién hizo la denuncia y cuándo fue realizada la misma, dijeron que la hizo la madre de L..... cuando advirtió el embarazo de su hija, porque no estaba usando las toallitas. Que eso fue cuando cursaba el quinto mes del embarazo. Que luego L.... instó la acción penal.

D) Practicado el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores

Jueces el orden siguiente: **Dr. Alejandro Cabral, Dra. Florencia Martini y Dr. Daniel Varessio.**

Cumplido el proceso deliberativo que emerge del art. 193 y 246 del Código de rito, se ponen a consideración las siguientes cuestiones:

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.

El **Dr. Alejandro Cabral**, 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.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Daniel Varessio**, dijo: Adhiero al voto del juez preopinante.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

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

La cuestión tal como ha sido planteada por la defensa, se limita establecer si la víctima podía consentir o no el acto sexual; y si el imputado tenía pleno

conocimiento de la supuesta incapacidad de la víctima que no le permitía consentir libremente la relación sexual y pese a ello, se aprovechó de esa situación.

El Juez del primer voto comienza citando algunos testigos que hablan de la relación entre el imputado y la víctima, testimonios a los que no les da trascendencia alguna, pero que según él, refirieron lo siguiente: F..... F..... C....., dice que la relación entre L..... y el imputado "...creo que era bastante buena, distanciada, ella iba el fin de semana nomás, la he visto 2 o 3 veces en la casa de él, una vuelta llegamos con él del campo y la chica llegó, se abrazaron, después la chica andaba encima de él, en los brazos de él, después nos fuimos a dormir". V..... R..... Ñ.....: "vi que ella le hacía mucho cariño, le agarraba el pelo, lo acariciaba, lo abrazaba, ese día estaba él y yo. ... ella iba a la casa de él". L..... B.... G.....: "en una ocasión lo vi que L..... lo acariciaba a él y le daba la mano, fue cuando el nenito cumplió un año, el nene de él, M....., hace más de 4 años ella terminó la escuela. La veía cuando iba cada dos semanas más o menos, era como un cariño porque eran cuñados porque ella se le acercaba a él, por ejemplo cuando él estaba haciendo el asado, que eran como cuñados nada más, nunca pensé que iba a pasar eso...".

L....., la víctima, dijo lo siguiente:
"me llevó para la pieza y tuve el bebé, tiene 22 meses, lo
tuve en el hospital, querías tener el bebe? Sí. Quien es el
papa? Él. (señala al imputado). Eras la novia? No. Te
pregunto si querías? No, me llevo a la pieza, en la casa de
mi hermana. Vos querías ir? El me llevo para allá. Le
dijiste algo?, no, agarró para allá nomas, ya termine la
escuela especial. Sí, lo conoce hace mucho..."

Por su parte, el Lic. Colazzo dijo: que
L....."tiene dificultades en la comprensión y la
expresión verbal, no se aplicó ningún test porque su nivel
no alcanzaba, tiene dificultades en la comprensión por la
escucha, por la hipoacusia y en la expresión verbal, deben
ser frases cortas, preguntas claras, directas, muy
cortitas, hay una combinación de un déficit a nivel
cognitivo, porque no escucha bien y para expresarse lo hace
con frases simples y cortas...Interrogado sobre si permitió
consentir libremente un acto sexual, dijo no, porque esto
requiere mucha atención y paciencia en la otra persona, sus
capacidades no eran suficientes para expresar una postura
clara y suficiente de que no quería lo que estaba
sucediendo, remarcando que no pudo consentir un acto
sexual, no tenía capacidades suficientes para expresar
negativa clara y coherente."

En cuanto a la valoración efectuada por el juez dice lo siguiente: *"El testimonio de Colazo es preciso, claro y contundente, no hubo fabulación por parte de L..... es decir no usó su imaginación, y por sobre todas las cosas no pudo consentir libremente la acción perpetradora por parte de H....., ya que tiene dificultades en la comprensión por la escucha, por la hipoacusia y en la expresión verbal, deben ser frases cortas, preguntas claras, directas, muy cortitas, hay una combinación de un déficit a nivel cognitivo, porque no escucha bien y para expresarse lo hace con frases simples y cortas"*.

Para finalmente agregar lo siguiente: *"Ahora bien, con los testimonios de la madre y la cuñada de L..... tenemos por acreditado no solo el develamiento de la agresión sexual, sino también como ocurrieron los hechos, de la discapacidad de L....., que era una joven que no había tenido relaciones sexuales, que a su manera se resistió, pero que H..... aprovechándose que estaban solos en su casa, del estado de vulnerabilidad de L..... y su falta de comprensión a lo que se exponía, esto ser accedida carnalmente, todo ello emparejado con o analizado previamente el Testimonio de Pablo Colazo, de la Fonoaudióloga Sandra Elizabeth Vandalda. Del Profesor*

R..... y el propio testimonio de L....., me persuaden que H..... se aprovechó de la situación de vulnerabilidad de L....., para abusarla sexualmente con acceso carnal, sabiendo que la joven por su falta de comprensión de los hechos no podía comprender libremente la acción perpetrada en su contra. Estas circunstancias eran conocidas por el imputado al ser la pareja de la hermana de L..... desde hace más de cuatro años, eran vecinos en y tal como pudimos apreciar en la inmediación de la audiencia, la dificultades en la comprensión de L.....a son evidentes y palpables a cualquier receptor”.

En primer lugar, tal como lo dice la Defensa existe una contradicción intrínseca, pues si aceptamos que ella estaba en condiciones de instar la acción penal como lo hizo -por influencia familiar-, no podemos hablar que se encuentra incapacitada a nivel cognitivo para comprender y poder consentir una relación sexual. Es mucho más compleja la comprensión de lo que es instar una acción penal, que una relación sexual que está ínsita en la naturaleza humana.

En segundo lugar, amén que para establecer cuál es la capacidad cognitiva de L....., deberían haberse efectuado test que no se hicieron, lo cierto es que en una sola entrevista de unos pocos minutos,

no puede valorarse tal capacidad, máxime cuando estamos hablando de una persona hipoacúsica que tiene otro tipo de dificultades que se relacionan con la falta de comprensión por la escucha y por la expresión verbal, pero no en relación a sus capacidades intelectuales. Si bien el Lic. Colazzo se refiere a un déficit a nivel cognitivo, lo cierto es que lo funda en las dificultades relacionadas con la escucha y la expresión verbal.

En este contexto, afirma el Juez que no pudo consentir libremente la acción perturbadora de H..... porque tiene dificultades en la comprensión por la escucha y en la expresión verbal. Todo lo cual nada tiene que ver con la capacidad para decidir o consentir una relación sexual. De ninguna manera en este juicio se acreditó que la nombrada no estuviera en condiciones de consentir libremente una relación sexual. El hecho de que una persona sea sorda, no significa que tenga menos potencialidades cognitivas que otra persona. La regla establecida por el Código Civil es la capacidad de las personas y toda incapacidad debe ser debidamente demostrada en un juicio y declarada judicialmente, mediante un gabinete interdisciplinario.

En este juicio no se ha demostrado tal cosa, sólo se ha demostrado que tiene las dificultades

propias de un hipoacúsico, que nada tiene que ver con las potencialidades cognitivas.

La fiscalía insiste en que la Defensa no produjo prueba, que acredite que ella tiene la capacidad suficiente, pero a ella no le corresponde probar tal circunstancia. Podría haber ofrecido un perito psiquiatra?, Sí podría, pero lo cierto es que a la fiscalía le correspondía acreditar que tenía una incapacidad para tomar la decisión de tener una relación sexual, lo que de ninguna manera se probó en este juicio.

La escueta declaración de la menor no da cuenta de ello, es más todos los que declararon dieron cuenta de la relación afectiva entre L..... y el imputado y, como ella lo buscaba. No puedo dejar de valorar que el hecho tuvo su develamiento por la madre de la menor, que advirtió que no estaba usando las toallitas correspondientes a la menstruación y la llevó al hospital. Según ella, le preguntó -una vez que confirmó el embarazo-, con quién había estado y L..... no lo quería decir. Fue la madre de L..... quien realizó la denuncia y luego la llevaron a declarar a L..... y le dicen que inste la acción penal. L..... por su parte, terminó 7º grado y según la madre entiende perfectamente, pero no escucha

bien, tiene un audífono y a veces lee los labios. A preguntas realizadas, dijo que quería tener este bebé.

De todo ello, para nada se infiere que L..... no estuviera en condiciones de asentir una relación sexual, menos aún que esta hubiera sido la única vez que tuvo una relación sexual, tal como lo afirma la sentencia, citando a la madre.

La sentencia también dice que el imputado se aprovechó de su discapacidad y de su estado de vulnerabilidad -citando las reglas de Brasilia-, para intentar justificar que L..... no estaba en condiciones de consentir una relación sexual porque no comprendía los hechos. En ningún momento surge que ella no comprendiera los hechos, por el contrario, sabía perfectamente que estaba embarazada, que no le había venido la menstruación, que había tenido relaciones con su cuñado y que las había tenido cuando sus padres se habían ido a la clínica y volvieron tarde. Por eso se pone a llorar y por eso no quiere decir su nombre, es decir el de la persona con la que había mantenido la relación sexual.

En definitiva, toda la sentencia trasunta un prejuicio de que ella no puede tener relaciones sexuales y/o que eventualmente, no está en condiciones de consentirlas por su hipoacusia.

Por suerte, actualmente se ha ido cambiando la visión, pero aún hoy existen algunos prejuicios que limitan el desenvolvimiento de las personas discapacitadas y son solo producto de temores, desconocimiento, encubrimiento y rechazo, siempre en nombre de la protección. Además constituyen una violación flagrante a sus derechos sexuales, como son: a la propiedad de su cuerpo, tener privacidad, a recibir información acerca de este tema, explorar su cuerpo y descubrir sus fuentes de placer sexual.

Aún las personas con algún tipo de discapacidad mental -que no es el caso, pues L..... es hipoacúsica y por tanto, solo le cuesta más el lenguaje-, tienen la necesidad de conocimientos sexuales y ello es natural y saludable. Cuando hablamos de abuso sexual estamos diciendo que una persona se ve envuelta en actividades o relaciones sexuales que no quiere o no ha consentido o no entiende, cuestión esta que para nada se encuentra acreditada en el presente.

Es necesario tener en cuenta que aún las personas con algún tipo de discapacidad cognitiva, tienen las mismas necesidades interpersonales que el resto de la población y, por ello, deberían tener las mismas oportunidades para poderlas resolver. En consecuencia,

tienen necesidades relativas a la sexualidad, las que deben enseñarse igual que al resto de la población. Tanto su familia como el mismo discapacitado, deben aceptar esta necesidad y su derecho a poder satisfacerla, teniendo en cuenta las normas sociales y el respeto a los demás.

En definitiva, considero que la sentencia, no funda la razón por la que establece que L..... no está en condiciones de prestar el consentimiento, ni tampoco por qué considera que H..... aprovechó de su estado de vulnerabilidad para abusar de ella. Todo hace suponer que el hecho de ser hipoacúsica le impide prestar un consentimiento válido, lo que de ninguna manera se pudo probar en la presente causa.

El caso pone en evidencia una cuestión moral, en primer lugar el tener relaciones sexuales con un miembro de la familia (el cuñado) y, por otra, la relativa a negarle a un hipoacúsico la posibilidad de prestar un consentimiento válido para una relación sexual, como así también a una posible relación sexual con otra persona, ya sea de distinto o el mismo sexo. Todo lo cual violaría el derecho de ellos, a tener una vida sexual plena.

En función de todo lo expuesto, considero que debe revocarse la sentencia impugnada y disponer la absolución del imputado por no encontrarse acreditado un

elemento subjetivo del tipo penal, como lo es la incapacidad para prestar el consentimiento.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Daniel Varessio**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

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

Atento el resultado de la impugnación, sin costas. (art. 268 del CPP).

La **Dra. Florencia Martini**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Daniel Varessio**, dijo: Adhiero al voto del juez preopinante.

De lo que surge del presente acuerdo, por unanimidad se:

RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano formal el recurso interpuesto por los Sres. Defensores,

Dres. Miguel Manso y Pablo Méndez, en representación del imputado (arts. 233, 236 y 239 del CPP).

II.- HACER LUGAR a la impugnación deducida por la defensa, y en consecuencia, **ABSOLVER a J.... G.... H....., DNI N°, por el hecho imputado.**

III.- SIN COSTAS en esta instancia (art. 268, párrafo segundo, segunda parte, del CPP).

IV.- DEJAR CONSTANCIA que el Dr. Daniel Varessio no refrenda la presente por encontrarse en uso de licencia, sin perjuicio de haber participado de la correspondiente deliberación y haber emitido su voto.-

V.- Regístrese. Notifíquese.

Reg. Sentencia N° 49 T° III Año 2018.-