

SENTENCIA N° sesenta y nueve_/2016.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, **a los dos días del mes de agosto del año 2016**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación integrada por los **Dres. Martín Matías Marcovesky, Mauricio Zabala y Héctor Guillermo Rimaro**, presidida por el nombrado en último término, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación en el caso judicial denominado "**L., J. C. s/Abuso sexual con acceso carnal**", identificado bajo el **Legajo MPFZA N° 10.316 Año 2014**, seguido contra **J. C. L.**, DNI N°, domiciliado en calle N° de la ciudad de, de ocupación transportista, de demás datos personales obrantes en el legajo.

Intervinieron en la audiencia de impugnación, realizada el día cuatro de julio del corriente año, la **Dra. Sandra González Taboada**, en representación del Ministerio Público Fiscal, y el **Dr. Miguel Manso**, en la asistencia técnica oficial del imputado, quien estuvo presente en el acto procesal referenciado celebrado a tenor del art. 245 del C.P.P.

ANTECEDENTES:

Por sentencia datada el once de abril del año 2016 el Tribunal de Juicio, integrado por los **Dres.**

Mirta Bibiana Ojeda, Alejandro Cabral y Federico Sommer, por unanimidad se resolvió, en lo que aquí interesa: "I.- **DECLARAR RESPONSABLE A J. C. L., RESPONSABLE PENALMENTE EN CALIDAD DE AUTOR POR EL DELITO DE ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POT APROVECHAMIENTO DE LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON UNA MENOR DE 18 AÑOS DE EDAD, BAJO LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO (arts. 119, 3º y 4º párrafo, inciso f y 45 del C.P.),** que fuera cometido en la ciudad de en perjuicio de B. N. B. desde el año 2007 hasta enero 2013 (arts. 21, 178, 194 y 196 del C.P.P.N.)".-

El día cuatro de mayo de 2016, como derivación de dicho pronunciamiento, el Tribunal de Juicio integrado por los mismos magistrados, dictó sentencia de individualización de pena, también por unanimidad, la cual en su parte resolutive expresó: "I.- **CONDENAR a J. C. L., ...como autor penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL agravado por aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad, bajo la modalidad de delito continuado en perjuicio de B. B. (arts. 119, 1º 3º y 4º párrafo, inciso f) y 45 del C.P.), imponiéndole la pena de OCHO AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR IGUAL**

TÉRMINO y demás accesorias del art. 12 del CP, con más las costas del proceso (art. 269, segundo párrafo del CP)".

La defensa impugnó la sentencia notificada el cinco de mayo de 2016, "juicio por el que se le impusiera a J. C. L. la pena de **ocho años y tres meses de prisión**", con invocación del art. 242 del C.P.P., conforme los argumentos que más adelante se detallarán.

Habiendo sido escuchados los letrados representantes de las partes, así como dado oportunidad al imputado de manifestarse, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia (cfr. art. 246 del C.P.P.). Cumplido el proceso deliberativo y efectuado sorteo para la determinación del orden de votación, resultó que en primer término debe expedirse el Dr. Héctor Guillermo Rimaro, luego el Dr. Martín Marcovesky y, finalmente, el Dr. Mauricio Zabala.

Cuestiones a resolver: I. ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por la defensa?; en su caso: II. ¿Qué solución corresponde adoptar?; III: ¿Corresponde la imposición de costas?, en caso afirmativo, a quién?.

Votación:

I. A la **PRIMERA CUESTIÓN** el **Dr. Héctor Guillermo Rimaro**, dijo:

En primer lugar menester es señalar que la defensa hizo expresa alusión, en la audiencia celebrada a tenor del art. 245 del C.P.P., a las razones jurídicas por las que la impugnación deducida correspondía fuera tratada en esta instancia; extremo sobre el cual también había hecho expresa mención en el punto II de su libelo impugnativo.

La Fiscalía, a su turno, no expresó oposición a la admisibilidad formal de la impugnación interpuesta.

Se verifica que el recurso fue presentado en término, por parte legitimada a tal fin, revistiendo los pronunciamientos impugnados carácter definitivo, pues se trata de sentencias que ponen fin al caso judicial. Aquí, cabe realizar algunas precisiones, en función de que la defensa en el escrito recursivo refirió impugnar la decisión que le fue notificada el cinco de mayo de 2016 y por la cual se impuso la pena de ocho años y tres meses de prisión de efectivo cumplimiento. Teniendo presente los agravios exteriorizados, claramente debe interpretarse que la impugnación no se dirigió solamente a la sentencia de cesura sino a la que dio sustento a su razón de ser. Por

ello, al comenzar este párrafo se habló de pluralidad de pronunciamientos, porque si bien el juicio es uno, el arribo a una sentencia declarativa de responsabilidad penal supone ser sucedida por otra.

A lo expuesto debe sumarse que en su libelo impugnativo el letrado defensor expresó los motivos del uso de la herramienta procesal escogida (englobados en diez ítems), resultando ser una presentación autosuficiente porque, además, se desprende de ella y de lo expuesto en audiencia cuál es la solución propuesta.

Por las consideraciones efectuadas, soy de opinión que debe declararse la admisibilidad formal del recurso de impugnación deducido (cfr. arts. 227, 233 y 236 del C.P.P.).

El **Dr. Martín Matías Marcovesky**, expresó: Compartir las razones y definición dadas por el Sr. vocal preopinante a la primera cuestión.

El **Dr. Mauricio Zabala**, manifestó: Adherir plenamente a los argumentos dados por el Dr. Rimaro, razón por la cual comparto la conclusión a la que arribara.

II. A la SEGUNDA CUESTIÓN el Dr. Héctor Guillermo Rimaro, dijo:

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

A.- En el escrito de impugnación habilitante del contralor pretendido la defensa solicitó, tras la exposición de los motivos de agravio, se declare la nulidad de la sentencia impugnada y la consecuente absolución del acusado (punto 3° del Petitorio).

Acerca de los diez motivos de agravio es de destacar que los mismos fueron individualizados con letras (desde la "a" hasta la "i", mencionándose dos bajo la letra "g"). En audiencia de impugnación fueron sostenidos todos, previa una introducción efectuada por el Dr. Manso. La misma versó en aclarar que, en realidad, todos los motivos de agravio son vicios de motivación, de "etiqueta" que cubre todo, como lo denominan muchos autores. Nosotros advertimos -prosiguió el letrado exponente- que la mayoría de las sentencias impugnadas y revocadas pertenecientes a esta tercera circunscripción judicial, en general, se sustentaron en errónea o equivocada aplicación de la ley de fondo; muy pocas veces en errores en el razonamiento de los jueces. El art. 58 de la Constitución de la Provincia del Neuquén, como manifestación de la tutela judicial efectiva, exige la motivación, es decir que se justifique por qué se condena. Siempre hay una motivación, pero la misma debe ser suficiente. Una verdadera motivación debe reunir

características objetivas, que el juez diga algo que sea controlable. Por ejemplo, si el testigo fue creíble que se diga por qué, porque estuvo en el lugar, porque su relato ha sido coherente, porque ha encontrado corroboración. Hace tiempo venimos viendo -continuó a modo de guisa la defensa- que el personal forense exponente de una ciencia blanda, que antes decía que para validar un testimonio se necesitaban 18/19 puntos para precisar la veracidad de los dichos de la víctima, ahora cambiaron la metodología. Salvo casos de pericias de ADN, son todas subjetividades y los jueces delegan en los peritos sus responsabilidades; primero deben analizar la credibilidad del perito y, luego, corroborar si lo que dijo se corrobora con el resto de la prueba. No se valoran los testimonios por cierto desconocimiento de cuestiones objetivas. El Dr. Manso acudió para abonar sus dichos a una cita jurisprudencial de la Sala II de la Cámara de Casación de la Provincia de Buenos Aires, confirmatoria de una condena, que expresa que es atribución de los magistrados determinar el grado de convencimiento de los testigos y que ello configura una cuestión subjetiva; los jueces son los encargados de establecer el mayor o menor valor de las declaraciones testificales.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Tras esa introducción, se mantuvieron todos los motivos de agravio, los cuales se exponen sucintamente a continuación (a mayor abundamiento obra el registro audiovisual) en el orden dado por la defensa.

a) Violación de la garantía del plazo razonable: Ilustró el impugnante, en prieta síntesis, que el día 28 de marzo de 2014 se formularon cargos a su pupilo, que el día 28 de julio de 2014 vencieron los cuatro meses de investigación penal preparatoria, que una jueza de garantías decretó el sobreseimiento del encartado, decisión ésta que fue impugnada por la fiscalía; que el tribunal de impugnación confirmó ese pronunciamiento y que el Tribunal Superior de Justicia, a instancia de las partes acusadoras que acudieron a él por impugnación extraordinaria, revocó el sobreseimiento por falta de notificación a la víctima. Realizada una nueva audiencia a tenor del art. 158 del C.P.P.N. el juez de control no hizo lugar al sobreseimiento impetrado en ella por la defensa y dijo que el derecho de acceso a la justicia de la víctima se garantizaba con la realización del juicio. Entonces, ante un caso en que a la fiscalía se le vencieron los plazos, el juez modificó la ley procesal y decidió que se hiciera el juicio. Hicimos reserva de impugnación y ahora desarrollamos los fundamentos en esta audiencia, en virtud de los cuales se

pretende que se haga lugar a la petición extintiva de la acción penal.

b) Omisión de requisito esencial de la sentencia: Sostuvo la asistencia letrada de J. C. L. que la sentencia impugnada (se interpreta la declarativa de responsabilidad penal) adolece de falta de descripción de los hechos acreditados, con lo cual se incumple con un requisito esencial de la misma (cfr. art. 194, inc. 2º del C.P.P.N.). Es necesario que el tribunal fije los hechos que tuvo por acreditados para verificar la adecuación típica y la congruencia entre lo que se acusó y por lo que se condenó. Si se omitió esa fijación fáctica se está entonces ante un pronunciamiento arbitrario y, por ende, nulo. No alcanza con la descripción de los hechos contenidos en la alegación de apertura de la fiscalía (que consta en la sentencia), siquiera con el agregado que el justiciable es responsable penalmente de los hechos imputados, porque el legislador impone al tribunal que señale cuáles son los hechos que consideró probados y que valore la prueba para sustentar tal afirmación. Caso contrario, el control se dificulta, deviene azaroso. En este caso, la situación se agrava porque hubo contradicciones entre los hechos descriptos en la

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

formulación de cargos, al audiencia de control de la investigación y el alegato de clausura fiscal.

c) Falta de motivación suficiente: En el acápite II de la sentencia de responsabilidad, bajo el rótulo "Producción de la Prueba", el tribunal enunció la prueba, pero no explicó por qué se llega a través de ella a determinadas conclusiones. No se expidió respecto a la veracidad de la prueba testimonial, no se hizo una valoración de la credibilidad de cada testigo. Incluso hubo contradicciones entre los testigos y no se dijo nada. Por ejemplo, una contradicción objetiva ocurrió con la médica forense, quien atestiguó acerca de la indemnidad del ano de la víctima, situación que pudo obedecer a la vuelta a la normalidad después de pasado cierto segmento temporal o porque nunca hubo penetración. Sin embargo, ante esa situación, el tribunal abrazó la primera opción sin dar cuenta de la razón por la que descartaba la otra, se inclinó por la más perjudicial al imputado sin más. El tribunal tiene discrecionalidad en la elección de la prueba que considere de cargo, pero si no explica el por qué de su postura la discrecionalidad se transforma en arbitrariedad.

Se quejó también la defensa por la recurrencia a prueba indirecta, esto es a los dichos de personas que tuvieron noticias del hecho pero que no

estuvieron presentes. Ejemplo de esta situación es la madre de la menor supuestamente abusada (Sra. M... B...), quien, por otra parte, reconoció que su hija fue víctima de abuso por otra persona (su ex pareja de apellido C...). La nombrada atestiguó que L. le comentó "haberse mandado una macana", previo a reconocerle haber abusado de B., pero para que estas manifestaciones puedan servir de base a una sentencia de condena debe ser posible que sean susceptibles de confirmación por aquel que se sindicaba habría hecho el comentario, situación que se dificulta porque, en este caso, el supuesto emisor sería el acusado y éste no declaró. Ergo, esta circunstancia enunciada por la testigo es de imposible verificación y carece de valor como prueba.

También se valoró en forma cargosa el testimonio de L.... P...., vecina del domicilio, quien mencionó haber escuchado a B. B. manifestar "dejame J., dejame J.", preguntándose la defensa cuál es realmente la relevancia de esta prueba. Además - prosiguió la asistencia letrada de L.-, a la víctima no se le preguntó sobre esto, con lo cual vuelve a interrogar ¿cuál es la relevancia de esta prueba?.

Se añade a este punto de censura que la víctima tuvo varias contradicciones, relacionadas en que en

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

juicio expresó no haber tenido relaciones sexuales con su novio antes de la revisión por la médica forense, pero con anterioridad había admitido que sucedió en enero del año 2013; que aludió también a amenazas relacionadas con que su hermano se quedaría sin padre si ella lo denunciaba, pero que en otro tramo de su testimonio dijo que accedía a tener relaciones sexuales porque L. era quien intercedía ante su madre para que la dejara ir al campo a la casa de su abuela. Estas contradicciones no fueron abordadas en la sentencia, como tampoco quedó aclarada aquella atribuible a M... B... cuando en la denuncia refirió a la cama de B. como lugar de registro de los hechos de carácter sexual y, en juicio, a la cama matrimonial.

d) Violación del principio de congruencia entre los hechos intimados entre sí y con la sentencia: "En la formulación de cargos hubo una calificación legal, en la audiencia de control de la investigación hubo una calificación legal, en el alegato final una propuesta y en la sentencia otra conclusión". Nosotros lo que queremos señalar -continuó el Sr. defensor- es que el Sr. L., concretamente, fue llevado a juicio porque en la vivienda realizó diversos actos de tocamiento desde los diez años de la víctima y, cumplidos los trece años, en

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

tiempo incierto, después del mes de marzo del año 2011, hubo accesos carnales. Tenemos que L. resultó condenado como autor de delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente de una menor de dieciocho años, bajo la modalidad de delito continuado, que fuera cometido desde el año 2007, cuando la niña tenía diez años, hasta enero del año 2013, cuando ya tenía quince años. Por qué decimos esto?, porque desde el año 2007 hasta el año 2013 sólo hubo tocamientos. Sin embargo, el tribunal condenó por abuso sexual con acceso carnal desde el año 2007 hasta el año 2013, cuestión que la fiscalía nunca manifestó. No hizo una separación clara entre abuso sexual simple en concurso real con abuso sexual agravado. Y esto tiene relevancia por las edades en que ocurrió; en una cuando tenía diez años y, en otra, cuando tenía mas de trece años. No obstante, la condena es por delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente. Como vemos, tampoco acá se habla de una situación de dependencia.

Este tema de la modalidad de delito continuado nosotros la criticamos -dijo la defensa- porque decimos que la congruencia se viola porque la fiscalía nunca habló de delito continuado. La fiscalía sólo imputó

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

acceso carnal cuando la niña contaba con trece años de edad, sea en 2011 y primavera/verano de 2013. Antes de los trece años hay una figura diferente; del año 2007 al 2011 la niña tenía una edad inferior a la que podía consentir el acto sexual. En punto a la calificación legal, dice el tribunal, evidentemente existió una confusión de la fiscalía en cuanto a cómo juega el delito continuado con el concurso real, pero es insuficiente para hacer lugar al planteo de nulidad. Es decir, que el fiscal utilizó la calificación dada en ocasión de la audiencia del art. 133 donde señalaba varios hechos en concurso real, lo que no calificó en el 168 y, finalmente, alegó orientándose al concurso real, cerrando con un pedido de condena por delito continuado. Nunca se intimó delito continuado -reiteró la defensa-. No hay error de fechas, no hay error de nombre, hay un error de teoría del delito.

e) Falta de acreditación del medio comisivo y violación del principio de no contradicción: Aquí cabe destacar que el tribunal de juicio descartó la amenaza como medio comisivo, dijo "compartimos que no se acreditó", pero se agregó en la sentencia que la fiscalía también imputó como medio comisivo la relación de poder entre el imputado y la víctima que anuló el libre consentimiento de ésta.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Esa postura del tribunal se hace merecedora de crítica porque se resuelve más allá de lo alegado por la parte acusadora, toda vez que en todos los actos de imputación registrados nunca el Ministerio fiscal señaló cuáles eran las circunstancias configurativas de la relación de poder de las que se valió L.. El tribunal expresó que la encuentra acreditada y fundada en que el imputado era el jefe del hogar, concubino de la madre, padre del hermanito menor de la víctima y conviviente con ella, todo lo cual hacía que la menor se encontrara en una situación de inferioridad en la que debía obedecer al conviviente de su madre, jefe de hogar y padre de su hermano. Pero la fiscalía nunca dijo, nunca desarrolló este tema de la relación de poder, nunca expresó en qué consistía. Además, hay una argumentación circular cuando la conclusión está en la premisa.

Por otro lado, si los accesos carnales ocurrieron cuando la víctima tenía trece años debió considerarse la aplicación del art. 120 del C.P., el cual habla de relación de preeminencia que no es una relación de poder. Pero nunca se intimó en tal sentido. Hay una arbitrariedad total. Por lo tanto, también hay una nulidad de la sentencia por falta de fundamentación en derecho (art. 194, inc. 4º del C.P.P.N.). Esto no ha sido cumplido

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

por el tribunal de juicio porque no ha mencionado el modo comisivo básico del delito de abuso sexual y sólo se ha limitado a condenar por acceso carnal y dos agravantes. En el fallo se dijo condenar por abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente.

f) Errónea aplicación de la ley en la determinación de la pena. Violación del principio de "ne bis in idem": El tribunal condenó por un período en el cual estaba incluido la edad de la niña como elemento del tipo penal. En el año 2007 la niña contaba con diez años de edad, por lo tanto si se impone la agravante de contar con menos de dieciocho años de edad, un mismo elemento del tipo es valorado dos veces por el mismo hecho, lo que implica violación al referido principio. Este agravante sólo sería aplicable en los supuestos en que el elemento edad no esté contemplado en el tipo penal, así sería por ejemplo cuando la víctima tuviera entre dieciséis y dieciocho años, pues sobre esa franja etaria no rige ninguna protección con tal basamento. Del mismo modo que no se podría considerar para la mensuración punitiva en el caso de un robo con arma que se utilizó tal elemento en el hecho, simplemente porque tal circunstancia ya obra contenida en el tipo penal. Hay indudablemente una mala técnica legislativa que, en lugar

de analizar, de juzgar por qué no corresponde, se la aplica y nadie dice nada.

g) Violación del principio de proporcionalidad: Planteamos la inconstitucionalidad de la pena para este hecho porque, justamente, que el mínimo sea ochos años es el mismo del homicidio. La vida y la libertad sexual no son comparables y hay uno que tiene preeminencia sobre el otro.

i) Omisión de indicar en la parte resolutive la figura básica por la que se condena: En esa parte sólo se hizo mención a una forma agravada de abuso sexual con acceso carnal, esto es el aprovechamiento de una situación de convivencia preexistente, sin aludirse a la figura básica. Además, se reitera, lo que se interpreta una argumentación circular en la cual la conclusión no es otra cosa que la premisa.

B.- A su turno, la representante del Ministerio Público Fiscal comenzó por referir la plataforma fáctica por la que L. fue llevado a juicio. Cabe destacar que deslindó, básicamente, tres segmentos: 1) tocamientos en zonas íntimas de la menor, en tiempo incierto y fechas indeterminados, pero en el año 2007 cuando la niña cuando contaba diez años de edad, en oportunidad que el encartado compartía la vivienda familiar

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

(toda vez que era el concubino de la madre de B. B.); hechos que ocurrieron cuando la mamá se encontraba trabajando fuera del hogar; 2) cumplidos los trece años, también en tiempo incierto, pero después de marzo del año 2011, mediante actos propios de la relación de poder que L. tenía y ejercía, como también por amenazas que le profería respecto de que si contaba algo el medio hermano se quedaría sin padre, efectuó el encartado tocamientos en zonas íntimas, introdujo dedos en el ano de la menor B. y la accedió con su pene sin preservativo por esa vía y, 3) tiempo incierto, pero en el lapso comprendido entre la primavera del año 2012 y verano del año 2013, siempre con los actos de intimidación respecto de la relación de poder de L. y B. y las amenazas de que el medio hermano se iba a quedar sin padre, el acusado la accedió en dos o tres ocasiones vía vaginal. Todos los hechos ocurrieron en la vivienda familiar de calle N° ... de, excepto el último que aconteció en calle N°, también de esta ciudad, donde se había mudado la familia.

Efectuado ese introito, la Dra. González Taboada abordó el tratamiento de los motivos de agravio expuestos por la defensa.

a) Respecto al planteo sobre plazo razonable dijo la funcionaria que compartía todas las fechas mencionadas por el Dr. Manso. Agregó que el día 04 de diciembre de 2015 se hizo la nueva audiencia de control de acusación, ocasión en la que el Dr. Manso reeditó el planteo de extinción de la acción penal relacionado con el plazo, no se hizo lugar y se abrió el juicio. Al inicio de la audiencia de debate la defensa volvió a insistir con que se declare la extinción de la acción por interpretar que se violó el art. 158 del C.P.P.N. Se puede apreciar en la sentencia que lo que se resolvió sobre el particular fue ajustada a derecho. Se destacó que este caso proviene de una causa de transición y, por ende, no se aplican los plazos parciales. Con cita del precedente "Fiscalía Once de Senillosa s/Investigación" (conocida como Fuentealba II) del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, se expresó que al tratarse la causa de aquellas que, al tiempo de entrada en vigencia del nuevo ordenamiento procesal, no se encontraba con requerimiento de elevación a juicio ni radicadas en la ex Cámara de Todos los Fueros de Zapala, se contaba con tres años para la readecuación (cfr. art. 56 de la L.O.J.P.). Por eso interpretó la fiscalía que no se registró el agravio invocado.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

b) Acerca de la aludida falta de acreditación de los hechos, la defensa exige un formalismo que choca con el espíritu del sistema adversarial. Sabido es que en este nuevo proceso se presentan dos hipótesis o teorías del caso a los jueces. La de la defensa fue que el hecho no existió y que su pupilo no fue el autor. Los jueces, luego de percibir la prueba ofrecida y sustanciada, y valorarla, entendieron por unanimidad que L. es responsable por los hechos imputados por la fiscalía. Hechos que fueron transcriptos en los alegatos de apertura y de clausura. Por ende, se satisface plenamente, porque en la pieza sentencial indirectamente se encuentran los hechos acreditados y se satisface el art. 194, inc. 2º del C.P.P.N. No hay ninguna confusión. Luego de efectuar el análisis los jueces concluyen que está acreditada la teoría del caso de la fiscalía.

c) Sobre el tercer agravio referido a falta de motivación suficiente, cabe señalar que se desprende de la sentencia, luego de afirmarse tenerse por probada la teoría del caso de la fiscalía, que esa conclusión es derivación de la prueba que cita y valora. Como sucede habitualmente en estos hechos denominados de alcoba, se comenzó con el relato de la víctima B. B.. Se lo analizó, se dijo que guarda armonía y

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

correspondencia con el de la madre. ¿Por qué encuentra armonía y correspondencia?, porque en esta secuencia temporal B. tuvo sospecha de embarazo y ella expresó que quien fue a buscar los análisis clínicos fue L., no ella. Ese mismo aporte lo hizo la madre, lo confirma. Y ésta, agrega también que L. le confiesa "hice una macana", tuve relaciones, puede estar embarazada y, ese día, L. se fue de la casa. Y también se corresponde el relato de B. con el de la testigo, vecina, L... P..., que no dijo que una vez escuchó gritar a B. "J. dejame", sino varias veces, lo que fue ponderado en la sentencia. P... sabía que los mayores se retiraban a la mañana para trabajar, pero veía a L. volver. Como ella no tenía relación con la progenitora de la menor, pero sí con la tía M.... B....., le comentó a ésta lo que ocurría. M... B.... confirmó tal extremo en juicio. Se la interrogó entonces a B., pero se encontraron con una niña asustada, con vergüenza, inmersa en un profundo silencio, porque efectivamente B. B., luego de dos años de tratamiento, pudo declarar. Lo sabemos porque vino a declarar la profesional que la trató en ese período, que es la Lic. Nadia Arregui, que valora la sentencia. Esta profesional, quien dijo que no aborda la situación para evitar la revictimización de su paciente,

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

señaló concretos signos y síntomas de abuso sexual infantil, que los definió como trastornos en las relaciones interpersonales, miedo, imposibilidad de verse igual a los demás, asco, bronca. Este asco y bronca -aclaró la exponente- son las mismas manifestaciones de B..

La sentencia habla de la credibilidad del relato, contesta claramente las oposiciones de la defensa y lo hace fruto de la inmediación de quienes juzgan con el órgano de prueba. También responden sobre la Dra. Trifilio y, respecto de las testigos de oídas que serían la tía, la madre -dijo la fiscalía que cree que ésta se trata de una testigo calificada-, se trajo a colación lo resuelto por el Tribunal de Impugnación en legajo N° 10.008 de la OFIJU/Nqn, donde se dijo que tiene valor probatorio lo expresado por los testigos de oídas, o indirectos, o de segundo grado, o de referencia, que no estuvieron en el lugar pero que supieron ver por el concurso de otras personas que sí lo presenciaron, aunque en soledad, perfectamente pueden sustentar una sentencia de reproche.

La estructura de la pieza sentencial se ajusta a la norma ya que se observa que responde a los presupuestos de apoyatura legal, con señalamiento de prueba en que se asienta, ponderación lógica de la misma y, por lo tanto, tiene motivación suficiente.

d) En orden a la violación al principio de congruencia entre los hechos intimados y la sentencia, interpreta que lo que corresponde a la formulación de cargos y a la acusación debió ser planteado en la audiencia de control de acusación. Sabido es que esta audiencia es el momento procesal en la que los actores discuten, ante un juez de control, la viabilidad de la acusación en términos jurídicos, fácticos y probatorios. Es el último filtro en el que se pueden discutir esos extremos. En la referida audiencia la defensa nada objetó sobre el hecho imputado a L., tampoco objetó ninguno de los eventos de la teoría probatoria, por ende, respecto del hecho no hizo reserva de impugnación alguna.

Asimismo, hay plena correspondencia entre ese hecho fijado y la alegación inicial en el juicio. Respecto de la final se expresó en el libelo recursivo, lo que supone debe ser un error de la defensa, que se calificó como gravemente ultrajante en concurso ideal con abuso sexual simple agravado por haberse cometido contra un menor de dieciocho años, todo en modalidad continuado y reiterado. En realidad, el Ministerio Público acusó cuando terminaba el juicio por abuso sexual gravemente ultrajante, en concurso real con acceso carnal todo en concurso ideal con abuso sexual simple agravado por haberse cometido

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

contra un menor de dieciocho años. Finalmente la condena es por abuso sexual simple con acceso carnal aprovechándose la convivencia preexistente con un menor de dieciocho años, bajo la modalidad de delito continuado (art. 119, párrafos 3° y 4° inc. f del C.P.). Los jueces apoyaron su decisión en el Acuerdo N° 01/14 del Tribunal Superior de Justicia y doctrina (Baigún-Zaffaroni) para fundamentar la aplicación del delito continuado. La génesis de los comportamientos reprochados a L. tuvieron génesis por el año 2007 cuando se sucedieron tocamientos inadecuados en las regiones íntimas de la entonces niña de diez años de edad, para continuar su cometido sexual con la digitalización, es decir la introducción de dedos encremados, para culminar con los accesos carnales vía vaginal y anal. El tribunal de juicio dio razones suficientes de por qué llegó a la calificación y por qué ello no perjudica al imputado, sino al contrario lo beneficia. En tal sentido, el tribunal de impugnación (sent. N° 79 de la OFIJU C.Có) dijo que no se verifica afectación a la defensa en juicio si en la sentencia se otorga una calificación jurídica diferente, pero menos gravosa a la propuesta por la acusación fiscal. En otro pronunciamiento el tribunal de impugnación (sent. N° 92) sostuvo que la calificación legal podrá mutar sin afectar el principio de congruencia en la medida que el

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

sustrato fáctico sea el mismo que fue objeto de acusación y debate. Es lo que sucedió acá. El hilo vertebral del hecho es el mismo fijado en la audiencia de control, el mismo por el que se acusó y el mismo que el tribunal de juicio tuvo por acreditado. La diferencia en la subsunción legal pretendida sólo está en que la fiscalía habló de abuso sexual simple, gravemente ultrajante y con acceso carnal, en cambio el tribunal resumió todo, dando explicación, en abuso sexual con acceso carnal, continuado desde el año 2007 al año 2013. Esto no provocó ninguna sorpresa a la defensa que haya implicado, por ejemplo, falta de ofrecimiento de prueba.

Consecuentemente, al no verificarse, el agravio debe ser rechazado.

e) En lo que atañe a la falta de acreditación del medio comisivo, dijo el Sr. fiscal del caso que el trato sexual el Sr. L. lo obtuvo por amenazas y por la relación de poder que había logrado respecto de la víctima. Fundó tal afirmación en que era el sostén de familia, o sea que tenía un poderío económico; era el jefe de familia, "quien manejaba la casa" se dijo textual en audiencia de debate.

El tribunal de juicio descartó las amenazas. Comparto en esto los términos de la defensa.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Asimismo, el tribunal tuvo por acreditado el segundo medio comisivo a partir del lugar que tenía L. en el seno de la familia, de autoridad, de poder. Ese lugar es el que se usó para anular el libre consentimiento de la víctima que, por su edad, su vulnerabilidad, se encontraba en una situación de inferioridad respecto de L.. Este es el medio comisivo que la sentencia tuvo por acreditado como aquel por el cual el imputado logró el trato sexual con la menor.

No es un 120 (C.P.). Esta conducta está claramente prevista en el art. 119, 3° y 4° párrafo f) del C.P., toda vez que hay un acceso carnal logrado con la utilización de una relación de poder entre autor y víctima. Nunca se habló de aprovechamiento, ni de inmadurez, ni de ninguno de los elementos que conforman el viejo estupro o la infracción al art. 120.

f) En atención a la violación del principio del ne bis in idem, por haber sido condenado L. por el aprovechamiento de situación de convivencia preexistente con una menor de dieciocho años de edad, entiendo que el legislador nacional -manifestó la Sra. fiscal jefe- ha protegido en demasía, o superlativamente, o estableció un plus respecto de aquellos menores que comparten el ámbito con aquellas personas que

no ingresan por el vínculo (art. 119, 4º párrafo inc. b. del C.P.). El miembro informante de la comisión parlamentaria de la Cámara de Diputados, Dr. Cafferatta Nores expresó (cfr. consta en el libro "Delitos de Índole Sexual", Rubén Fígaro, pág. 233) que la agravante responde a que se ha querido proteger al menor del abuso de una situación de cercanía; con esta agravante quedarían incluidos casos en los que, por ejemplo, el conviviente de la madre viola a la hija de ésta menor de dieciocho años. Se tuvo en cuenta -agregó la Dra. González Taboada- la mayor facilidad que tiene el conviviente de la madre para obtener el trato sexual que la que posee cualquiera ajeno a la casa donde la víctima habita.

Por tal razón, este agravio tampoco debe tener receptación.

Finalmente -expresó la fiscalía- se afirma que la sentencia se ajusta a derecho y tiene un razonamiento que se corresponde con todos los elementos de juicio que fueron percibidos por los jueces de juicio. En consecuencia, solicitó la confirmación de la pieza procesal impugnada.

C.- Haciendo uso del derecho de expedirse en último término, la asistencia técnica de L. dijo que el tribunal de juicio es el que tiene en definitiva la

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

facultad de saber si algo es procedente o improcedente, por más que otro tribunal lo haya controlado. O porque, puede suceder, que no haya sido planteado porque el defensor ha sido incompetente, inepto, descuidado, pero eso no puede caer sobre las espaldas del imputado. Por ejemplo, si se tiene una causa prescripta y nadie se dio cuenta, el tribunal debe resolver igual.

Por otra parte, respecto al encuadramiento típico, el gravemente ultrajante no está calificado. Y, en lo atinente al abuso sexual simple, evidentemente son figuras diferentes y el tribunal no lo consideró. Dijo acceso carnal.

En último término, expresó el Sr. defensor que, según la fiscalía, vale la posibilidad que el tribunal elija el medio comisivo. Si la fiscalía no lo da como una hipótesis, estaría produciéndose una elección arbitraria de prueba que no ha sido siquiera mencionada por la fiscalía.

D.- Como respuestas a aclaraciones pedidas por el tribunal de impugnación, la fiscalía apuntó que este caso (causa) tiene data de inicio en el año 2013, razón por la cual resultaría de aplicación el art. 56 de la L.OJ.P. Por su parte, la defensa mencionó que es evidente que en este caso la formulación de cargos se hizo muy poco

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

tiempo después (28/3/14) de entrada en vigencia el actual régimen procesal penal; no tenemos por qué darle más plazo a una causa que después del 14/01/14 tuvo formulación de cargos, se avisó que había cuatro meses y, ahora, tenemos que eso no sirve. Me parece -prosiguió el Dr. Manso- que es una interpretación errónea, una argumentación arbitraria en la aplicación de la ley procesal. De hecho, dos tribunales dijeron que estaba bien y se pronunciaron por el sobreseimiento.

Asimismo, las partes coincidieron en que la nulidad de la primera audiencia realizada por aplicación del art. 168 del C.P.P.N. obedeció a que no había sido notificada la víctima.

Finalmente quedó claramente establecida la fecha de nacimiento de quien viene figurando como víctima: 27 de julio del año 1997.

E.- Previa información a las partes que la sentencia de impugnación sería notificada el primer día hábil de reanudada la actividad normal, tras la feria judicial de invierno, se dio por terminada la audiencia.

F.- Refrescadas las argumentaciones vertidas en el libelo impugnativo y en la audiencia del art. 245 del C.P.P., toca ahora brindar respuesta fundada a

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

cada uno de los agravios introducidos por la defensa. En tal sentido, siguiendo su orden expositivo, digo:

a) El primer agravio, esto es el conectado con la argüida violación a la garantía de plazo razonable, merece la siguiente respuesta: Serio planteo y comprensible insistencia, máxime cuando dos pronunciamientos jurisdiccionales de expidieron de consuno con la pretensión defensista declarando extinta la acción penal y condigno sobreseimiento. Sin embargo, más allá de las posturas personales que puedan abrigarse, cierto es que la cuestión ya fue abordada en este caso concreto por el Máximo Órgano de Justicia Provincial. En efecto, confirmado el decisorio desincriminante por el Tribunal de Impugnación las partes acusadoras ocurrieron ante aquel por remedio extraordinario. Esa actividad procesal culminó con el dictado del Acuerdo N° 04/2015 por el cual no sólo se nulificó la sentencia emitida por el Tribunal de Impugnación, confirmatoria de la resolución de la Sra. Jueza de Garantías que decretara el mentado sobreseimiento, sino que se expresó, con supina claridad, que lo actuado en este caso en relación a los plazos estaba dentro de cánones de legalidad.

Emerge diáfano del acto procesal citado del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén que en él se

puso particularmente el acento en la falta de debida intervención a la víctima, pero también el vocal preopinante trató lo atinente a la observación de plazos en este caso y marcó criterio, el cual contó con la adhesión plena de la Dra. Lelia Graciela Martínez. Dijo el Dr. Guillermo Labate, tras una breve alusión de orden genérico sobre la materia, con apoyatura en prestigiosa doctrina, que (text.) "...la duración del presente caso se ajusta a las previsiones legales mencionadas y a los estándares internacionales". Por si cupiera alguna duda, en párrafo siguiente se expresó que (text.) "...En consecuencia, desde la primer fecha mencionada al presente ha transcurrido poco más de diez (10) meses en que se encuentra imputado L. en estas actuaciones, tiempo considerado razonable conforme a los estándares internacionales". El subrayado consignado en la primera cita entrecomillada me pertenece y ha sido introducido al sólo efecto de destacar que el pronunciamiento del Cívero Tribunal de esta provincia aludió ya, expresamente, a la situación planteada en este caso particular. Dijo, en otros términos, no advertir ninguna vulneración a la garantía constitucional de juzgamiento en plazo razonable.

Pese a esa elocuente definición, el planteo se volvió a realizar en la audiencia que por

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

imperio del art. 168 del C.P.P.N. se materializó el 04 de diciembre del año 2015. El Juez de Garantías no hizo lugar al mismo expresando, en prieta síntesis, que el derecho de la víctima a ser oída encontraba materialización en el juicio propiamente dicho.

Y fue justamente en ocasión de darse intervención a la defensa técnica en función de lo prescripto por el art. 181, tercer párrafo del C.P.P.N., cuando además de anunciar que los hechos no existieron, que su pupilo no fue el autor y que se había violado el principio de congruencia, reeditó el planteo de vencimiento de plazos para formulación de la acusación fiscal, motivo por el cual reclamó su nulidad.

Pudo el tribunal de juicio acudir al argumento citado entregado, en este caso, por el Tribunal Superior de Justicia. Pero resolvió la cuestión adunando otro, en consideración a la fecha de inicio de la investigación y a su estado a la fecha de entrada en vigencia del ordenamiento procesal penal vigente. Concretamente, por tratarse de las llamadas "causas de transición", se encontraba regulada por el art. 56 de la L.O.J.P. y, por ende, no era susceptible de la aplicación del plazo parcial pretendido por la defensa. Cabe destacar que esta escueta y contundente respuesta se encontró

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

respaldada también con la cita de un precedente que reconoce fuente también en el Tribunal Superior de Justicia local ("Fiscalía de Cámara s/Investigación", caso denominado como "Fuentealba II").

Se queja la defensa porque interpreta que el legislador ha sido claro con la previsión contenida en el art. 158 del Digesto Adjetivo. No obstante, más allá de su razonable criterio, cierto es que la guía entregada por el Címero Tribunal a raíz de un sustrato temporal similar al aquí ventilado, es por demás contundente. Dijo al respecto que (text.) "...no tendría sentido proyectar un plazo de transición de dos años para reconducir y finalizar las causas del anterior sistema procesal al actual (art. 56 de la L.O.J.P.), si a partir de una aislada y forzada interpretación de normas procesales vigentes se reputen transcurridos todos los plazos para tal culminación". Y prosiguió: "Aquel razonamiento de la defensora, al amparo del cual llega a sostener la inaplicación el art. 56 de la L.O.J.P. y la consecuente extinción de la acción penal por el vencimiento del plazo fatal del artículo 158 del C.P.P.N., no resulta homologable en esta instancia, pues llevaría a una línea argumental que desnaturaliza de un modo manifiesto el espíritu que ha inspirado su sanción (C.S.J.N., Fallos 310:464, 500 y 937; 312:1484 y 318:879)".

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Semejante definición aconseja, aún para hipótesis en que no se comulgara con tal lineamiento, a resolver en consecuencia por razón de economía procesal, sin perjuicio de dejarse a salvo criterio contrario si así fuera el caso.

Resulta evidente el disconformismo que empuja al Sr. defensor a persistir con su pretensión, más comprensible cuando fruto de su batallar ha conseguido dos pronunciamientos jurisdiccionales que le otorgaron razón, pero no logra conmover con su queja el sólido argumento entregado por el tribunal a quo sobre el particular.

b) Acerca de la invocada violación de la ley procesal al no haber descripto el tribunal de juicio los hechos que tuvo por acreditados (cfr. art. 194 inc. 2 del C.P.P.), cabe principiar diciendo que la cuestión no es novedosa, toda vez que fue introducida por la defensa y resuelta en similares términos por el Tribunal de Impugnación (vbgr. in re "H., D. D. s/Abuso sexual", sentencia N° 45/16, Leg. MPFZA N° 13723/14; "M., M. A. s/Abuso sexual con acceso carnal", sent. del 25/7/16, Leg. MPFZA N° 12.432/14).

La prescripción de derecho adjetivo citada es clara en cuanto exige, como requisito esencial, que la obra intelectual (sentencia) que el juzgador emite

tras la sustanciación del juicio (declarativa de responsabilidad penal o absolutoria) debe contener no sólo la descripción de los hechos que han sido objeto del juicio sino aquellos hechos que el tribunal ha considerado probados. Comprensible recaudo porque un acto de tamaña envergadura debe exhibir, claramente, cómo estaba integrada la plataforma fáctica con que fue habilitada la instancia de juicio y qué de toda esa plataforma (todo, parte o nada) quedó acreditado al finalizar el mismo. Ahora bien, cabe elucidar qué sucede si el tribunal de juicio, en el caso que tras la labor axiológica pertinente concluyera que están probados todos y cada uno de los hechos contenidos en la acusación fiscal (y de la querrela, en caso de existir), en lugar de efectuar una descripción de los hechos acreditados efectuara una remisión in totum a los que fueron motivo de sostenimiento de la acusadora (o acusadoras, sin que hubiera discordancia entre las mismas). ¿Se trata de una nulidad por incumplimiento de un requisito esencial o no?.

La respuesta negativa se impone. Lo contrario sería adscribir a un criterio de excesivo rigor formal. Ello así porque si bien sería cierto que los sentenciantes no habrían procedido con plena sujeción a lo que expresa el art. 194 inc. 2º del ritual, no sería menos

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

veraz que una remisión como la referida deja en claro la afirmación que se tiene por probados todos y cada uno de los hechos contenidos en la acusación. Con lo cual, es perfectamente posible saber de cuáles se trata y, por consiguiente, al resultar factible el debido conocimiento y contralor el derecho a la defensa en juicio estaría absolutamente a resguardo.

Indudablemente no se trata de una situación deseable, la esperada y prescripta nada menos que por el creador de la ley, pero tolerable desde una perspectiva constitucional. Amén de lo expuesto, menester es recordar que la declaración de nulidad absoluta reconoce como presupuesto no sólo la transgresión a lo que manda o prohíbe una norma sino que a ello debe adunársele el perjuicio que esa situación provoca. Ante la ausencia de perjuicio la declaración de nulidad sólo obedecería a mero interés en el cumplimiento a rajatabla del derecho positivo.

En esa línea, como se señalara, en el precedente "H." se expresó (text.) que "Si bien esta enunciación de la sentencia pone de relevancia una deficiencia técnica en la redacción de dicha pieza, toda vez que sería conveniente que el Magistrado enuncie personalmente cuáles hechos considera acreditados y refiera

a los elementos probatorios que sostienen esa descripción fáctica, la situación en análisis no acarrea la nulidad invocada por la defensa, atendiendo a la remisión a la teoría del caso de la fiscalía que se dio por probada y a la mención sobre los testigos que la sostienen...".

Sin perjuicio de lo apuntado, que sustenta el criterio de no hacer lugar al agravio deducido al respecto, no puede soslayarse que la pieza sentencial contiene una contradicción, aunque ésta carece de entidad para fulminar al acto procesal atacado con la pérdida total de efectos jurídicos. Concretamente se pretende significar que esa mala técnica de remisión a los hechos objeto de imputación de las acusadoras (en la foja 22 de la sentencia se alude exclusivamente a la fiscalía), omitiendo los judicantes hacer su propia relación de los hechos tenidos por acreditados, puede traer como consecuencia alguna diferencia o desacople. Y, en el presente, es fácilmente perceptible. Ello así porque las atribuciones de comportamientos delictivos que el Ministerio Público Fiscal ubicó en segmentos que reconocen inicio después de marzo de 2011, uno, y entre los meses de primavera 2012 y verano del año 2013, otro, incluyeron el valimiento tanto de actos propios de la relación de poder de L. hacia la menor como de amenazas y, precisamente, el Tribunal de

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Juicio descartó por falta de acreditación este último medio comisivo (fs. 30 del decisorio impugnado). Incluso, en audiencia del art. 245 del C.P.P.N. la fiscalía asintió este extremo, manifestando anuencia con lo que la defensa argumentó en relación a la falta de prueba de las amenazas.

Lo dicho persigue el propósito de la toma de debida nota por los tribunales de juicio para la erradicación de esta práctica tan simplista como riesgosa. En el caso la contradicción no acarrea otra consecuencia porque, so riesgo de anticipación a la resolución de otras cuestiones, la acusación se sostiene por la alusión de otro medio comisivo (relación de poder), tal como se desprende de la sentencia declarativa de responsabilidad penal.

c) Es el turno de tratamiento del tercer motivo de agravio formulado por la asistencia técnica del Sr. L., embretado con la falta de motivación suficiente.

Sabido es que motivar supone la exteriorización de razones, la entrega de explicaciones, orientadas a hacer conocer por qué se resuelve de determinada manera o en una dirección o sentido. A estar a las enseñanzas de calificada doctrina, la motivación de las sentencias consiste en "...la exteriorización por parte del juez o tribunal de la justificación racional de determinada

conclusión jurídica. Se identifica, pues, con la exposición del razonamiento. No existiría motivación si no ha sido expresado en la sentencia el por qué de determinado temperamento judicial... En nuestro derecho positivo 'falta de motivación', se refiere tanto a la ausencia de expresión de motivación -aunque ésta hubiese realmente existido en la mente del juez- cuanto a la falta de justificación racional de la motivación que ha sido efectivamente explicitada..." (Díaz Cantón, Fernando; "La motivación de la sentencia penal y otros estudios", Ed. Del Puerto, 1º edic., Bs. As., 2005, pág. 99).

A fuer de ser sinceros, la defensa censura en este andarivel no la ausencia de motivación sino lo que interpreta como insuficiencia de la misma. Arriba a esa conclusión tras la ponderación de algunos extremos (ausencia de valoración de la credibilidad de cada testigo, contradicción en la atestiguación de la médica forense, adopción por el tribunal de juicio de una alternativa sin explicar el descarte de otra, recurrencia a prueba indirecta y no repararse en contradicciones en los testimonios de la víctima y de su madre).

No se comparte la esforzada crítica en función de las siguientes razones:

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

En primer lugar, no hacer alusión individual expresa a las razones por qué se le cree a cada testigo no socava en el caso la labor valorativa (aunque no sea lo ideal), menos descalificaría a la sentencia como tal. Por otro lado, se desprende el crédito o la fiabilidad de la información que todos los elementos de juicio merituados entregan cuando han sido integrados a un plexo sopesado de manera integral y armónica entre sí, que proyectó a la afirmación de la materialidad de los hechos objeto de acusación y de la autoría de L..

Como no puede ser de otro modo, en juzgamiento de hechos reputados lesivos del bien jurídico integridad sexual, el testimonio de quien figura como víctima constituye una prueba de singular trascendencia valorativa. Observada su intervención a través del sistema de videograbación dable es colegir que razonablemente el tribunal a quo tuvo principalmente en cuenta sus manifestaciones, las cuales no sólo asentó en lo que le resultó más significativo sino que las entrelazó con lo emergente de otros elementos de juicio. Así, en la sentencia se merituó que ese testimonio se corresponde con el testimonio de su madre y se explica el por qué (fue L. quien retiró los análisis de sangre. Además, en cuanto a que M... B... aseveró que el encartado le

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

confesó haber abusado de B. cuando la creyó embarazada, motivo por el cual abandonó el domicilio familiar).

Sumó a ello el tribunal de juicio lo atestiguado por la vecina L... P..... Ella -según reza la pieza sentencial- es quien "constata la versión de la víctima en cuanto a lugar y la hora en que acontecían los hechos, pues explicó que L. volvía a la casa durante la mañana, mientras la madre estaba trabajando". Además, valoraron los jueces que la vecina, en esos momentos, escuchaba a la niña gritar "J. dejame". También que P... confió esta experiencia a la tía de la niña.

Evidentemente la información mencionada, procedente de distintos canales, converge en robustecer las manifestaciones de la menor. No es lo único. Pero antes de proseguir corresponde otorgar responde a las críticas destinadas a la progenitora de B. y a la vecina. Respecto de la primera, el sólo vínculo maternal no enerva ni opaca la credibilidad del testimonio. Amén de una señalada divergencia sobre que habría dicho que los hechos acontecían en una cama individual o matrimonial, el principal embate se dirigió en su relación por tratarse, al igual que el resto, de persona que no ha presenciado el

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

hecho. Natural que así sea porque de otro modo, a no ser que se esté ante casos de complicidad o encubrimiento, estos hechos nunca se habrían materializado. Que los sentenciantes hayan valorado como prueba de cargo las declaraciones escuchadas en audiencia de familiares, allegados por razón de vecindad o a profesionales que atendieron a la menor, es correcto. La contribución de los testigos tildados "de oídas" pueden resultar de gran valor, cuando son contestes, máxime en la elucidación de hechos "de puertas adentro", consumados generalmente en un ámbito alejado de la mirada incómoda de terceros. Acerca de la vecina, a quien también alcanzan las apreciaciones que se acaban de verter, debe mencionarse que no se le otorga valor incriminante por considerar aisladamente sus dichos. La defensa argumenta que una expresión como "dejame J." carece de relevancia. Y, podría coincidirse con tal postura, si fuera una mención aislada, desprovista de su incardinación con el plexo probatorio conformado que, a riesgo de pecar por reiterativo, se integró con las expresiones de B., de su madre, más los aportes de la médica forense y de la Lic. Nadia Arregui. Así se desprende de la sentencia.

También la misma se encargó de hacer constar, al consignar en lo sustancial las expresiones de

la galeno forense, la doble posibilidad de que la normalidad del esfínter anal y la indemnidad observada de los pliegues que lo circundan podía obedecer a un proceso natural reconstructivo de los tejidos o, también, a que la menor no fue accedida por esa vía. Ciertamente es que en la parte valorativa de la sentencia (Punto IV intitulado "Solución del caso") no se deslizó una mínima mención de por qué la segunda posibilidad, la más conveniente a los intereses del encartado, correspondía descartársela, aunque no es menos veraz que se dio básicamente una razón que lo explica. Se dijo que "...En cuanto a si existió penetración anal, no hay elemento alguno que haga presuponer que la víctima mintió...", con lo cual una vez más cobra entidad la valoración de la prueba de manera conjunta. No cabe ninguna duda que una situación objetiva como la percibida visualmente por la Dra. Trifilio por sí sola resultaría palmariamente insuficiente para acreditar penetración, menos digitalización, en la región anal. Pero el tribunal de juicio, indudablemente, concatenó la primera posibilidad con un elemento de juicio de singular valor (dichos de la víctima, los cuales encuentran apuntalamiento en otros aludidos y en uno más, el testimonio de la Lic. Arregui).

Se ocupa de él la sentencia, en punto a que muchos de los síntomas que detectó en B. B.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

son indicativos de situaciones de abuso sexual (vbgr. trastornos en relaciones interpersonales, miedos, imposibilidad de verse igual a los demás, etc.).

Amén de lo expuesto, debe tenerse presente que B. B. presentó al examen genital desfloración de himen no reciente, quedando aclarado con su creíble testimonio en juicio que relaciones sexuales con un novio reconocen data posterior a los hechos atribuidos a L.. En efecto, ha surgido del debate que las relaciones consentidas con un novio tuvieron lugar cuando tenía quince años, data que es posterior a la de comienzo de los abusos sexuales con penetración descriptos en la acusación admitida y tenidos por probados.

La defensa también aludió a una contradicción en la víctima, en el sentido que expresó que accedía a las relaciones sexuales con el encartado producto de las amenazas referidas a que si develaba la situación su hermano se quedaría sin padre y, en otro momento, a que lo hacía porque L. podía interceder para ser autorizada a ir al campo de su abuela. En realidad, una manifestación no quita la otra, no lucen o resultan ser proposiciones antagónicas; una no anula o enerva a la otra, son expresiones que por poder coexistir no conducen a generar visos de mendacidad en su exponente.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

En definitiva, la información colectada de la prueba sustanciada en el juicio fue aceptablemente ponderada en la sentencia impugnada. Pudo ser más profundo el análisis, en particular al abordar el testimonio de la víctima (en orden a la persistencia y a la consistencia interna y externa, de todo lo cual existe sustrato, pero escapa a la labor de este tribunal de impugnación realizar). Sin perjuicio de esta última acotación, por las razones entregadas hasta aquí en este punto puede afirmarse que la sentencia no adolece de motivación insuficiente y, por lo tanto, este agravio tampoco merece ser receptado.

d) Violación del principio de congruencia entre los hechos intimados entre sí y con la sentencia. Bajo este título la defensa, en el libelo recursivo, efectuó una labor comparativa entre la formulación de cargos dirigida en ocasión de la audiencia prevista por el art. 133 del C.P.P.N. y la fijación de hecho y encuadre típico fruto de la audiencia de control prevista por el art. 168, ibidem. Asimismo, esa labor también la extendió a esa última manifestación jurisdiccional, el alegato fiscal de clausura y la sentencia, todo circunscripto a la calificación jurídica.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Se impone una breve introducción sobre la que se asentará el análisis y la definición de este tribunal de impugnación.

En ese derrotero, primero se ha de destacar que congruencia proyecta a la idea de correlación o simetría, cualidades que deben manifestarse entre los actos procesales citados por la parte impugnante en orden a presupuestos fácticos y jurídicos. Esta apretada noción sobre lo que es materia de expedición en este punto resulta merecedora de alguna salvedad. La misma atañe a que si bien este principio debe presidir la tarea de acusadores y ser celosamente observada por los jueces, la sujeción a la congruencia no reconoce la misma intensidad en los primeros momentos del proceso que en estadios más avanzados de éste. En última instancia, por una razón de sentido común, no puede ser de otra manera. Después de la formulación de cargos el progreso de la actividad investigativa puede arrojar variaciones en el hecho objeto de imputación e incluso mutar la subsunción típica inicial que, huelga decir, reviste el carácter de provisoriedad. Esto mismo es reconocido por la defensa cuando reclamó que si ello sucediera deberían haberse reformulado los cargos. Lleva razón en ello. Entonces, inmediatamente emerge un interrogante: ¿Qué consecuencia acarrea si la mutación

fáctica y/o jurídica recién opera en el acto acusatorio que debe ser controlado en la audiencia del art. 168 del C.P.P.N.?. La respuesta dependerá de la alteración provocada en alguno de los dos extremos, o en ambos. Existe un abanico de posibilidades que comprende entre otorgamiento de plazos con fines correctivos (en hipótesis de vicios formales), solicitudes de saneamiento, hasta declaraciones de invalidez o tener por no presentada la acusación. Ahora bien, sorteada esta instancia de contralor jurisdiccional de la acusación, con la imprescindible participación de la defensa, queda establecida una base fáctica y jurídica que debe permanecer inalterada en la acusación fiscal en juicio y en la sentencia que en consecuencia se dicte, obviamente salvo algunas excepciones que sólo serán admitidas si ello resulta favorable al interés del justiciable (vbgr. recorte de los hechos imputados tras la sustanciación de prueba en juicio o tenidos por acreditados por el tribunal, adecuación de la calificación jurídica).

En síntesis, es tolerable, aunque no lo ideal, que si existieron variaciones en los hechos o en la provisoria calificación jurídica tras el acto del art. 133 del C.P.P.N., esta situación sea transmitida a la defensa, en última instancia, en ocasión de notificarse de la

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

acusación que será materia de control en la audiencia del art. 168 del Digesto Adjetivo, la cual opera como una suerte de filtro en el que se depurarán todas las cuestiones a efectos de que pueda realizarse el juicio despojadas de ellas, sin perjuicio de las reservas que puedan haberse realizado en función de la previsión del art. 172, último párrafo del C.P.P.N.

Sentada esa idea básica en el funcionamiento del sistema procesal vigente, queda claro que no se atenderá a aquella comparación entre lo acontecido audiencias del art. 133 y 168 del C.P.P.N., toda vez que la actividad posterior de las partes deberá tener estricta sujeción a lo fijado en la última citada; de lo contrario se desnaturalizaría su razón de ser.

Como se apuntara, las divergencias que en el libelo recursivo se señalaron entre lo ocurrido en la audiencia de control, el alegato de clausura fiscal y la sentencia se asientan en derredor de la calificación jurídica. En la primera se calificó la conducta "prima facie" delictiva endilgada a L. como constitutiva de delito de Abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso real gravemente ultrajante reiterado, en carácter de autor (art. 119, 1º, 2º y 3º párrafo en función del 4º párrafo, inc. f y último párrafo, art. 45 y 55 del C.P.).

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Por el segundo se acusó al nombrado como autor de Abuso sexual gravemente ultrajante, en concurso real con acceso carnal, todo en concurso ideal con abuso sexual simple agravado por haberse cometido contra un menor de dieciocho años. Finalmente, se condenó a L. como autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual con acceso carnal agravado por aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad, bajo la modalidad de delito continuado (arts. 119, 3° y 4° párrafo, inc. f y 45 del C.P.), que fuera cometido en perjuicio de B. N. B. desde el año 2007 hasta enero del año 2013.

El detalle del párrafo precedente permite una primera aseveración: que efectivamente hubo una mutación del encuadre típico. Lo más significativo es que en los dos primeros actos citados se menciona la procedencia del concurso material de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante con abuso sexual con acceso carnal, ambos agravados, lo cual, por aplicación del art. 55 del C.P. supone una pena máxima compuesta por la suma aritmética de las sanciones mayores que cada delito prevé (20 años de prisión). Claramente, tal como con suficiente detalle se explicita en la sentencia impugnada, se optó, correctamente, por subsumir la relación de comportamientos

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

delictivos probados en el delito continuado (abarcando el mismo todas las conductas sexuales tenidas por probadas, esto es los abusos simples, los gravemente ultrajantes y los con acceso carnal). Esta situación, fruto de la facultad del tribunal de otorgar a los hechos una calificación más benigna (cfr. art. 196, primer párrafo del C.P.P.N.), cabe destacar, no sorprendió a la defensa y, por responder a tal cualidad, lejos de perjudicar benefició al justiciable.

Entre numerosos pronunciamientos sobre la correlación entre acusación y sentencia, menester es traer a colación uno en el que el Tribunal de Justicia de Neuquén, entre otros interesantes pasajes, expresó (text.): "...se torna (...) necesario aclarar que el tribunal puede, en la sentencia y de oficio, introducir circunstancias que eliminan o aminoran la imputación, esto es, que benefician al imputado...". Y más adelante, tras asentar que es posible que el tribunal de juicio contemple una circunstancia que aminore la reacción penal estatal, destacó que (text.): "...Al amparo de estos parámetros, se encuentra ausente una afectación concreta al derecho de defensa en juicio..." (in re "Sepúlveda Aedo", Ac. N° 07 del 27/3/12).

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Evidentemente, el ajuste o readecuación típica que realizó el tribunal a quo no alteró gravosamente en relación al imputado los límites fácticos impuestos en los actos que le precedieron y constituyeron la materia del juicio. Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que (text.): "...el cambio de calificación adoptado por el tribunal será conforme el artículo 18 de la Constitución Nacional, a condición que dicho cambio no haya desbaratado la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole formular sus descargos (Fallos 319:2959, votos de los jueces Petracchi y Bossert, con cita de Fallos 242:234; cfr. pto. 3 del dictamen del Sr. procurador general sustituto, al que remitió la mayoría de la Corte en Fallos 329:4634 in re "Sircovich, Jorge O. y otros). En el caso que nos ocupa, la parte impugnante no hizo saber qué descargo o defensa se vio privado de ejercer con la calificación jurídica más beneficiosa otorgada a los hechos delictivos probados.

Por las razones entregadas, se interpreta que tampoco se ha verificado el agravio tratado.

e) Falta de acreditación del medio comisivo y violación del principio de no contradicción:

El motivo alegado por la parte impugnante obedece a que, según su criterio, nunca se alegaron en los

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

actos de imputación las circunstancias configurativas de la "relación de poder" de la que se valió L. para anular el libre consentimiento de B. B.. Sobre este medio comisivo -prosiguió la defensa- la fiscalía no dijo nada, no señaló ninguna conducta que desde lo objetivo y subjetivo implicara ejercicio de ese poder. Es el propio tribunal el que, sin alegación, eligió determinados elementos, con lo cual se vio sorprendida y, por ello, no pudo ejercer el derecho de contradicción.

Repasada la plataforma fáctica fijada en ocasión de la audiencia de control, reiterada a modo de espejo (congruencia) en audiencia de debate, se advierte, en primer lugar, que obra en la acusación admitida la mención como medio comisivo la mención de que los accesos carnales se produjeron "mediante actos propios de la relación de poder que L. ejercía sobre la nombrada" (B.). Si bien la intimación se compone básicamente de tres párrafos, surge de la descripción del primero que se consignó que J. C. L. resultaba en el momento histórico en que comenzaron los abusos (cuando B. contaba con diez años de edad) ser concubino de la progenitora de B. y que el encartado regresa en horas de la mañana al domicilio para aprovecharse de la circunstancias de encontrarse esa niña sola para consumir

sus ataques. A su vez, la descripción fáctica contenida en el tercer párrafo de la acusación admitida refiere que la niña era sujeta firmemente por L. cuando probaba huir del lugar para evitar el abuso; muestra clara también de la relación de poder que ejercía el encartado mayor de edad sobre una mujer menor de edad. En orden a este medio comisivo, seguramente la fiscalía debió poner más ahínco en su alegación final, no obstante lo cual ha hecho manifestaciones que dieron contenido mínimo a la relación de poder inserta en las descripciones fácticas efectuadas desde el art. 168 del C.P.P.N.; tal como cuando mencionó que al resultar ser L. el jefe de familia (concubino de la madre de la niña) tenía una situación de poderío, era el que manejaba la casa, conforme rescató la Sra. fiscal jefe en audiencia de impugnación.

Y es en base a toda la información acopiada en las audiencias de debate que el tribunal de juicio se encontró en condiciones de afirmar en la sentencia impugnada el registro de la relación de poder como medio para anular el libre consentimiento de B.. Destacó la situación de inferioridad propia de la relación de poder, derivada de la condición de jefe de hogar que ostentaba L., ser concubino de la madre, padre del hermanito menor de la víctima y conviviente con ella. Sin

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

perjuicio de ello, que otorga soporte a la prueba del medio comisivo en trato, corresponde mencionar que en otros pasajes de la pieza procesal en crisis quedó claro la marcada diferencia etaria entre acusado y víctima, extremo que reviste particular significación cuando de relación de poder se habla.

Estos casos de abuso producto de una relación de poder, enseña calificada doctrina que la característica es la preeminencia que el sujeto activo posee sobre la víctima, con quien mantiene un vínculo jerárquico o de autoridad. Es decir, el sujeto pasivo tolera pero no consiente (cfr. "Código Penal y normas complementarias", David Baigún - Eugenio Zaffaroni, Parte especial, Tomo 4, edit. Hammurabi, edic. 2007, pág. 502). Y, no está demás aclarar, que según los lineamientos brindados en esa obra (misma página), ha sido atinada la elección del medio por la acusadora y confirmada por el a quo. Ello así, porque una relación de dependencia aludiría a una subordinación por vínculo laboral, educacional, etc., mientras que la relación de autoridad proyecta a la idea de registro en un ámbito jerárquico propio de instituciones de carácter público (vbgr. fuerzas armadas o de seguridad). En tanto la relación de poder, atraparía a aquellas personas

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

que, por efecto de una situación de hecho, detentan una posición de garante.

En consecuencia, no se compadece con la realidad que la fiscalía nada haya dicho sobre este medio "relación de poder", ni lo es que el tribunal no se haya apoyado en tales manifestaciones dando contenido propio a la mentada relación. Ergo, ni la defensa se vio privada de contradecir la acusación en lo que a este extremo atañe, ni los sentenciantes resolvieron ultra petita. Debe rechazarse el agravio.

f) Errónea aplicación de la ley en la determinación de la pena. Violación del principio de "ne bis in idem": El abordaje de este motivo de agravio comenzará por recordar que a J. C. L. se lo declaró autor material y penalmente responsable del delito de Abuso sexual con acceso carnal agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia persistente con una menor de 18 años de edad, bajo la modalidad de delito continuado (art. 119, 3° y 4° párrafo, inciso f del C.P.).

La recurrencia al delito continuado en este caso quiere significar que se han considerado probados hechos, todos lesivos de la integridad sexual hacia una misma persona, que comenzaron de la forma más simple

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

(tocamientos) y que, bajo una unidad de resolución, fueron in crescendo en su gravedad (abusos gravementes ultrajantes), culminando en la forma más gravosa considerada por el legislador nacional (abusos con acceso carnal). Muchos de esos hechos, conforme se desprende de la acusación (los más graves) se produjeron a partir de que B. contaba con trece años de edad y la razón de la anulación de su libre consentimiento no se consideró dada por una cuestión etaria sino, como queda dicho, con el aprovechamiento de una relación de poder. No escapa que el delito continuado comprende hechos abusivos (las formas más simples) en los que en la descripción fáctica de la acusación se destacó que poseía 10 años cuando comenzaron los ataques de tal tenor que se extendieron llegando a los trece años, dicho de otro modo, en un interregno en que B. era menor de trece años.

Se hace tal aclaración porque, sabido es que en la figura básica del art. 119 del C.P. se han contemplado una serie de conductas lesivas del bien jurídico integridad sexual (entre ellas el abuso realizado a una persona -cualquiera sea su sexo- menor de trece años de edad), caracterizadas todas por la ausencia de consentimiento jurídicamente válido. En el específico supuesto citado la ley presume, sin admitir prueba en

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

contrario (de modo juris et de iure), que un menor de trece años, por su inmadurez, no está en condiciones de comprender suficientemente el sentido del acto de connotación sexual; se trate éste de un mero tocamiento, de las modalidades del llamado abuso sexual gravemente ultrajante o cuando se haya registrado acceso carnal. En definitiva, la tipificación responde a la necesidad de otorgar tutela cuando el sujeto pasivo de los actos de naturaleza sexual no está en condiciones de asentir libremente, por su falta de capacidad de comprensión, el acto practicado en su cuerpo o en el del agresor (vbgr. casos de fellatio in ore). Obviamente que la sanción se incrementa cuando más intenso es el ataque sexual.

Ahora bien, tal como lo expresara recientemente en el citado precedente "M.." (sent. del 25/7/16, Leg. MPFZA N° 12.432/14), "...sabido es que cualquiera sea la ofensa al bien jurídico protegido (conductas atrapadas en el primero, segundo o tercer párrafo del art. 119 del C.P.), el creador de la ley sustantiva ha interpretado con buen tino que debe agravarse aún más la sanción cuando, en casos que las víctimas fueran menores de dieciocho años, hubiera habido de parte del autor aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente. Y digo con buen tino, porque no es igual o

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

asimilable una situación como esa que la concretada por un sujeto activo que no viva con la víctima. En el primer supuesto, se ha considerado mayor grado de injusto -que debe traducirse al tiempo de ejercerse dosimetría penal- el valerse o aprovecharse de esa situación de hecho que permite el acercamiento entre victimario y víctima en un espacio físico. Espacio o lugar propicio para la consumación de la agresión porque las miradas de terceros ajenos al ámbito familiar no pueden llegar...".

"Son fundamentos punitivos -continué expresando en el referido precedente- que obedecen a distintos presupuestos y que, indudablemente, pueden concurrir o conjugarse en un mismo caso sin que se afecte el principio de prohibición de doble imposición por el mismo hecho. Justamente el hecho o razón de ser de la previsión legal del art. 119, primer párrafo, no se superpone, sino que haya complemento, se refuerza, con la hipótesis contemplada en el cuarto párrafo de ese artículo, la cual por una circunstancia especial atendible intensifica la reacción estatal mínima prevista en la figura básica.

Esta misma causal agravatoria se encuentra presente en el art. 120 del C.P., norma que prevé

conductas lesivas a la integridad sexual de persona menor de dieciséis años.

Como queda dicho, la ratio de la agravante por aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente luce independiente de aquella que ha llevado a sancionar conductas llevadas a cabo con personas incapaces de prestar un consentimiento válido o que lo hayan dado ante un mayor de edad que se aprovechó de su inmadurez o inexperiencia, como en el caso del art. 120 del C.P. Por lo tanto, no lleva razón el impugnante en que sólo encontraría campo de aplicación la agravante en trato en la franja etaria comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años de la víctima porque -según su criterio- lo que hace a la franja de cero a trece y de trece a dieciséis ya estarían alcanzadas por las prescripciones de los arts. 119 y 120 del C.P...."

La cita efectuada por la Sra. fiscal jefe acerca de lo expresado por el Dr. Cafferatta Nores sobre el particular es por demás esclarecedora sobre el particular y, por ende, compartida plenamente.

Las consideraciones vertidas hasta aquí también llevan a concluir que no debe hacerse lugar a estos dos motivos de agravio que fueron tratados conjuntamente.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

g) Violación del principio de proporcionalidad: En este ítem de su impugnación la defensa tacha de inconstitucional el art. 119, cuarto párrafo del C.P., en cuanto establece como mínimo legal una sanción de ocho años de prisión, lo cual no guarda proporción en relación a la punición establecida para el homicidio simple. Ello así, porque interpreta que el legislador ha equiparado indebidamente el bien jurídico integridad sexual con el bien jurídico vida. La víctima en este caso - prosiguió la defensa- puede decirse que ha superado la experiencia -que dijo- haber vivido, en cambio la pérdida de la vida no permite superar el daño producido. Por ello, la pena de ocho años y tres meses impuesta a L. resulta absolutamente irrazonable.

Anticipo que las razones esgrimidas no alcanzan a persuadir, con los presupuestos dados, que este órgano, en este caso concreto, deba proceder a una declaración de la envergadura de la reclamada.

Por la claridad de sus términos, que modestamente hago míos, me permito transcribir en lo pertinente lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén una pretensión similar, aunque relacionada con otra norma de derecho sustantivo. Así, se expresó (text.): "...Los principios de legalidad y razonabilidad sustentan

la presunción de constitucionalidad de las diferentes normas que integran el ordenamiento jurídico, con el objeto de afianzar la justicia, y resguardar la seguridad jurídica, necesaria para el debido funcionamiento de un estado de derecho. Resulta indudable entonces que para arribar a la descalificación de la norma cuestionada, se deberá destruir dicha presunción, demostrando en consecuencia, acabadamente, la violación de los principios detallados ut supra. Al analizar la norma jurídica cuestionada, desde la óptica del control de legalidad, referida a la competencia, forma y método aplicado en la génesis de la ley, se desprende que la misma forma parte del Código Penal habiendo sido realizada mediante una ley sancionada, publicada, promulgada, a través de los procedimientos establecidos por la Constitución Nacional, en virtud de lo cual, puede aseverarse que dicho principio no se encuentra vulnerado".

Surge palmario, que la pretensión en este caso concreto no está abonada en razones idóneas para destruir la aludida presunción.

Hecha esa aclaración, se integra este responde con otras ilustrativas menciones del Cívero Tribunal Provincial cuando sostuvo (text.) "...El criterio sentado por la C.S.J.N. con respecto a la declaración de

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

inconstitucionalidad de una disposición legal, que considera a la misma como un acto de suma gravedad y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y, por ello, debe ser considerada como última ratio del orden jurídico ("Monges Analía M. C/U.B.A. resol 2314/1995", 1996-12-26, Fallos 319-0, ED17-07-1997, N°48038, LL14-05-1997, N°95362), y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos 311:394; 312:122; 322:842) o bien cuando se trate de una objeción constitucional palmaria (Fallos 14:425; 105:22; 112:63; 182:317; 200:180, entre otros), de tal manera que no debe recurrirse a ello sino cuando una estricta necesidad lo requiera (Fall 260:153).... 'Ello así, en la medida que es deber de esta Corte agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad. Sabido es que la misma es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley, con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya canalización no puede ser republicanamente saludable' (C.S.J.N. L.486 XXXVI

"Llerena, Horacio Luis..., Rta. el 17/5/2005).. Estos párrafos, de aplicación al subjúdice, fueron consignados por el TSJNqn en Res. Int. N° 170 del 12/11/2009, registro de la Sría. penal.

Por otra parte, no consta en el agravio - y no corresponde deducirla- la mención concreta de la o las normas de rango constitucional con las que el art. 119, cuarto párrafo f entraría en intolerable contradicción.

Mantenida entonces la plena vigencia de esa prescripción legal la decisión del a quo de imponer ocho años y tres meses de prisión luce absolutamente atinada, respondiendo a cánones de proporcionalidad. Basta con reparar que el delito continuado se integra con una multiplicidad de hechos de abuso sexual con acceso carnal que se prolongaron por un lapso por demás prolongado.

El agravio debe ser rechazado.

h) Omisión de indicar en la parte resolutive la figura básica por la que se condena: Específicamente este motivo de agravio estriba en la invocada omisión de mencionarse en la parte resolutive de la sentencia la figura básica de abuso sexual, refiriéndose la modalidad del acceso carnal, a la vez que no se indicó el medio comisivo.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

La respuesta será escueta, aunque entendemos no por ello contundente. No resulta necesario que se consigne en la parte resolutive de la sentencia los extremos aludidos por el Sr. defensor. Tampoco provoca agravio. Los considerandos de la pieza sentencial dieron suficiente fundamento para conocer cuál fue el medio comisivo que se tuvo por acreditado y qué hechos y su tenor comprende la mención de delito continuado. Se consigna la calificación más gravosa porque ella es la más significativa al tiempo de llevarse a cabo la labor de dosimetría penal. Pudo mencionarse también el abuso sexual simple y hasta el gravemente ultrajante, más ello no implica yerro, menos perjuicio.

La redacción obedece a una práctica tribunalicia. Del mismo modo, por ejemplo, cuando se condena por el delito de robo simple no se consigna en la parte resolutive si fue por ejercicio de fuerza o de violencia, o cuando se condena por el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego no se suele mencionar más que el art. 166, inc. 2º, párrafo 2º del C.P., evitándose la alusión del artículo que refiere a la figura básica.

G.- Teniendo presente todas las definiciones que merecieron los planteamientos vertidos en

la impugnación, la solución que en consecuencia corresponde adoptar es la confirmación en todos sus términos de la sentencia declarativa de responsabilidad penal de J. C. L. y la de individualización de la pena que se le impusiera.

El **Dr. Martín Matías Marcovesky**, manifestó: Por compartir los fundamentos entregados en el voto precedente, me expido en el mismo sentido.

El **Dr. Mauricio Zabala**, expresó: Coincidir con las razones vertidas en el tratamiento de los agravios introducidos por la defensa impugnante, motivo por el cual adhiero a la resolución propuesta.

III. Resta por definir la **TERCERA CUESTIÓN** planteada.

El **Dr. Héctor Guillermo Rimaro**, dijo:

En este sentido gobierna el principio general que las costas deben ser impuestas a la parte vencida. Sin embargo, soy de opinión que corresponde apartarse del mismo por encontrar razón suficiente para eximir a la defensa. Ello en función que lo contrario implicaría dificultar, incluso hasta impedir en muchos casos, el derecho del justiciable a que se controlen decisiones que le son evidentemente perjudiciales, siempre que haya efectuado planteos enmarcados en cánones de

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

razonabilidad; lo que se percibe en el presente (cfr. art. 268, segundo párrafo del C.P.P.).

El **Dr. Martín Matías Marcovesky**, expresó:
Adherir a las razones y solución propuesta en el voto precedente.

El **Dr. Mauricio Zabala**, manifestó:
Coincidir plenamente con la postura asumida en esta cuarta cuestión por el Dr. Rimaro.

Conteste con todas las razones entregadas en esta pieza procesal, el Tribunal de Impugnación por unanimidad,

RESUELVE:

I.- DECLARAR la **ADMISIBILIDAD FORMAL** de la impugnación deducida por la defensa de J. C. L. contra la sentencia declarativa de su responsabilidad penal y la de imposición punitiva (arts. 227, 233 y 236 del C.P.P.).-

II.- NO HACER LUGAR a la impugnación interpuesta por la defensa y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia que condena a **J. C. L.**, DNI N°, de demás circunstancias personales obrantes en el legajo, como autor material y penalmente responsable del delito de **Abuso sexual con acceso carnal agravado por aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente**

con una menor de 18 años de edad, bajo la modalidad de delito continuado (arts. 119, 3er. y 4to. párrafo inc. "f" y 45 del C.P.), acaecidos en perjuicio de B. N. B., y **CONFIRMAR** la sentencia de cesura que impuso a **J. C. L.**, por los hechos delictivos en que versó la declaración de responsabilidad penal, la **PENA** de **OCHO AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR IGUAL TÉRMINO y demás accesorias legales del art. 12 del C.P.**, con más las costas del proceso (art. 269, segundo párrafo del C.P.P.N.), y sin imposición de costas en esta instancia (art. 268, segundo párrafo del C.P.P.N.).

III.- Regístrese y notifíquese por medio de la Oficina Judicial. Firme que sea, líbrense las comunicaciones de rigor. Cumplido, archívese.

Dr. Héctor Rimaro
Juez

Dr. Martín Marcovesky
Juez

Dr. Mauricio Zabala
Juez

Reg. Sentencia N° 69 T° VI Fs. 1053/1086 Año 2016.-