



Poder Judicial del Neuquén

SENTENCIA NRO. 02/2022. En la ciudad de Neuquén, a los siete (7) días del mes de febrero de dos mil veintidós, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación Provincial** integrada por los Jueces **Federico Augusto Sommer, Andrés Repetto y Florencia Martini**, presidida por el segundo de los nombrados, con el objeto de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial denominado **"R....., J.... G..... S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"**, identificado bajo legajo 34084/2020, en el que se encuentra imputado J... G.... R....., DNI, nacido el .. de junio de, de 19 años de edad, de nacionalidad argentino, estado civil soltero, desocupado, con domicilio en paraje de la localidad de

hijo de y de
A) ANTECEDENTES: Por sentencia de responsabilidad de fecha 09/08/21 se declaró a J..... G..... R....., autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en carácter de autor (arts. 119 1er párrafo y 3 párrafo y 45 del Código Penal) por el hecho perpetrado el 5 de noviembre de 2020 en perjuicio de M.... Y.... R..... mientras que por sentencia de fecha 28/09/21 se le impuso la pena de seis años de prisión de cumplimiento efectivo.

La Defensa interpuso recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del CPP) contra las sentencias de responsabilidad y pena, celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP, el día 30 de diciembre de 2021, oportunidad en que el impugnante expuso los fundamentos del recurso.

En la audiencia mencionada intervino por la Defensa, el Dr. Pablo Fernando Tomasini, por la Querella

institucional la Dra. Natalia Díaz y por la fiscalía la Dra. Laura Pizzipaulo.

B) El Dr. Tomasini dijo: que se agravia por considerar que se trata de una sentencia arbitraria, con deficiente fundamentación y deficiente valoración de la prueba; falta de fundamentación de la autoría y culpabilidad, y falta de fundamentación de la pena impuesta. Concretamente, entiende que se le imputó como medio comisivo violencia y amenazas que en juicio no fueron acreditados, tomando la sentencia elementos no imputados como es el aprovechamiento de una situación de ebriedad que no le habría permitido consentir la acción, en los términos previstos al finalizar el primer párrafo del art. 119 del Código Penal. Considera que la expresión "por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción" se vincula en lo que al caso respecta, con una ebriedad completa que no se condice con el grado de alcohol constatado en M..... (y descripto en la imputación) de 1,33°. Manifiesta que la sentencia sorprende a la defensa puesto que se defendieron de la acusación de preordenación para cometer abuso sexual, de violencia procurando vencer materialmente su voluntad para acceder carnalmente y de amenazas para obtener impunidad y lograron demostrar que no existió planificación para cometer un delito, que no hubo violencia en el cuerpo como medio para el acceso carnal y que no hubo amenazas. La construcción fáctica de la acusación no incluía la imposibilidad de la menor de consentir libremente la acción, sino que esta fuera puesta en situación de vulnerabilidad pre ordenadamente a los fines sexuales, además de violentada físicamente para poder penetrarla y, amenazada para procurar impunidad.

Por otra parte, se agravia la defensa al sostener que la sentencia no logra acreditar el dolo de su asistido en tanto afirma que "no puede descartar que J.... tuviera un

estado de embriaguez semejante al de M.....", es decir que no prueba que J.... haya podido comprender que M..... no estaba en condiciones de consentir libremente la acción ni que haya aprovechado dicha situación para mantener relaciones sexuales, en virtud del alcohol consumido por ambos jóvenes y la contextura física de ellos (ella mide 1,64 y pesa 70 kg, mientras él mide 1,69 y pesa 55 kg). Entiende la defensa que J.... no necesitaba aprovechar la situación cuando ya había tenido relaciones con M..... J.... no podía comprender cabalmente lo que estaba haciendo, no estaba frío como para poder analizar la situación en la que se encontraba M....., y mucho menos tuvo la intención de aprovecharse. Agrega que la sentencia no pudo probar que J.... haya tenido la intención de cometer el delito. Respecto de la sentencia de pena, se agravia la defensa por entender que no se acreditó violencia de género/niñez, ya que no se acreditó una desigualdad estructural ni ventaja manifiesta que la justifique. Tampoco se valió J.... de la especial relación de confianza basada en el parentesco, ya que ambos eran amigos e ironizaban sobre la relación de tío/sobrino, tal como se desprende de los chats de WhatsApp; no hubo sorpresa ni ocultamiento de las ganas, no hay traición a la confianza y finalmente no se acreditó el daño causado por el desarraigo (mudanza a) ya que se produce como consecuencia del impacto social de la noticia en un pueblo pequeño, no imputable a su asistido.

Por lo expuesto solicita se absuelva a J... G..... R....., subsidiariamente se anule y reenvíe a nuevo juicio y de no tener acogida los agravios respecto la sentencia de responsabilidad, se fije la pena de tres años en suspenso.

C) A su turno la Sra. Fiscal dijo: que no existe incongruencia entre los hechos imputados y la sentencia ya

que en la reformulación del hecho de fecha 12/04/21 se incorporó el aprovechamiento de la situación de embriaguez además de la violencia que había sido imputada como medio comisivo el 7/12/20; no se sorprendió a la defensa. No existió un cambio brusco en la calificación legal. J.... R.... se aprovechó de la embriaguez de M..... para abusar sexualmente de la misma; la fiscalía siempre sostuvo la violencia pero también que se aprovechó de la embriaguez para consumar el hecho. Respecto a la comprensión del hecho por parte de R...., de la prueba producida se concluye que no hubo confusión en el imputado y la defensa no produjo prueba que controvierta la teoría de la fiscalía. En síntesis, no hay afectación del derecho de defensa ya que conocía los hechos imputados. Respecto de la pena, se aplicó el mínimo legal. El Tribunal sostiene que si quería fracturar el mínimo debía plantear la inconstitucionalidad del mínimo legal. No hay una crítica fundada. Por lo que solicita se confirme las sentencias de responsabilidad y de pena.

D) Por su parte, la querrela institucional, Dra. Natalia Diaz dijo: el estado de embriaguez de M...., que sostuvieron y acreditaron estaba contenido en la acusación. Hubo una modificación en la plataforma fáctica a raíz de la cual se amplió el plazo de investigación para producir prueba sobre la reformulación de los cargos, que no vieron plasmada en el juicio. La defensa no trae prueba sobre la alcoholización de R...., mientras que la prueba ofrecida por la acusación, el testimonio de la psiquiatra Damborsky establece que el imputado pudo comprender y dirigir sus acciones, lo que no fue controvertido por prueba de descargo alguna. Respecto de la pena, se impuso el mínimo legal; la pretensión de fijar una pena de tres años en suspenso no se ajusta a la normativa aplicable al caso y

debe ser desechada de plano. La sentencia se ajusta a derecho y debe ser confirmada en todas sus partes.

E) Otorgada la palabra a la Defensa dijo: Está suficientemente probado que había cierta embriaguez en ambas personas. La reformulación sobre 1,33 de alcohol en sangre estaba en la acusación no obstante la sentencia toma embriaguez completa. El informe de Dambroski fue realizado dieciocho días después del hecho y sostuvo que J... pudo en su momento, porque no estaba en una situación de embriaguez completa, realizar una acción sexual. No pudo probarse ni los elementos objetivos (embriaguez completa de M...) ni el elemento subjetivo (el aprovechamiento).

F) Dada la palabra al imputado dijo que no la obligó a nada. No sabe por qué lo fue a denunciar después, no entiende.

Preguntado por el Dr. Repetto sobre la imputación conforme la reformulación, la Dra. Pizzipaulo da lectura de la misma.

Practicado el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dra. Florencia Martini, Dr. Federico Augusto Sommer y Dr. Andrés Repetto.

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?

La **Dra. Florencia Martini** dijo: Considerando que la impugnación deducida contra la sentencia fue interpuesta en tiempo y forma, por la parte legitimada subjetivamente y contra una decisión que es impugnabile desde el plano objetivo, corresponde su tratamiento.

El **Juez Federico Augusto Sommer** dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Andrés Repetto** dijo: Adhiero al voto de la jueza preopinante.

SEGUNDA: ¿qué solución corresponde adoptar?

La **Dra. Florencia Martini** dijo: Se agravia la defensa por entender que la sentencia toma elementos no imputados como el aprovechamiento de la embriaguez que habría motivado la imposibilidad de consentir la acción en los términos del último supuesto del primer párrafo del art. 119 del Código Penal cuando se le imputó a su asistido los medios comisivos violencia y amenazas correspondientes a la situación intermedia del mismo párrafo (además de la preordenación al hecho que no pudo probarse). Que con los elementos de prueba producidos en juicio no logró acreditarse el dolo de su asistido ya que la sentencia afirma que "no se puede descartar que J.... tuviera un estado de embriaguez semejante al de M....." por lo cual no se probó que J.... haya comprendido la situación de embriaguez de M..... y se haya aprovechado de ella, máxime cuando eran amigos y habrían tenido relaciones sexuales con anterioridad, ambos habían consumido alcohol y poseían una contextura física similar. Respecto de la pena se agravia la defensa por considerar que no se probaron los agravantes de violencia de género, especial relación de confianza basada en el parentesco y la extensión del daño causado con motivo de la mudanza a la localidad de por lo que solicita se absuelva al imputado, subsidiariamente se reenvié a nuevo juicio y de no hacer lugar a los agravios contra la sentencia de responsabilidad, se fije la pena de tres años en suspenso.

Adelanto que los agravios sostenidos por la defensa no habrán de tener acogida por los motivos que expondré a continuación.

Se le atribuyó a J.... G..... R....., que el 05 de noviembre de 2020, a las 19 hs. aproximadamente, M..... Y..... R..... (la víctima, de 13 años de edad) se encontraba en su domicilio ubicado en sector de a ... metros de la ruta sobre margen del, junto a su amiga M..... R..... y su tío J... R....., quien llevó dos (2) cajas de vino y le dio de beber a las niñas. Luego los tres se dirigen hacia la casa de M....., ubicada a ... metros del domicilio de la víctima sobre margen del y sobre ruta provincial ... En ese trayecto R...., aprovechándose que la víctima estaba alcoholizada (1.31 g/l), agrede físicamente a M..... con golpes en todo su cuerpo, la tira al piso y violentamente la accede vía vaginal, atacando la integridad sexual de la niña. Posteriormente de ocurrido el hecho, le dice a la víctima que si decía algo de lo que había pasado la iba a matar, generando más temor aún en la niña. La conducta acusada fue calificada como abuso sexual con acceso carnal en carácter de autor (arts. 119 1er párrafo y 3 párrafo y 45 del Código Penal. Sentada la formulación de cargos definitiva, entiendo que yerra la defensa al suponer que la sentencia toma elementos no imputados (se refiere a la situación de embriaguez "completa") afectando el derecho de defensa. Ello así porque, en primer lugar, el primer párrafo del art. 119 del Código Penal, distingue entre la situación de sujetos menores de 13 años (en los que se presume legalmente la ausencia de consentimiento) y aquellos en los que el sujeto pasivo no pudo consentir el acto. La norma no es taxativa en este segundo supuesto, es decir, que enumera ciertos medios comisivos como violencia, intimidación,

amenazas, abuso coactivo, etc. pero deja abierta otras situaciones por las que el sujeto pasivo no haya podido consentir la acción que deben ser conocidas por el imputado para ejercer el derecho de defensa y probarse en el caso concreto.

El aprovechamiento del estado de ebriedad se encontraba presente en la formulación definitiva de los cargos, conjuntamente con la violencia y las amenazas. Que la sentencia descarte alguno de los medios comisivos endilgados por las acusadoras no obsta a que la acción típica subsista en estos términos siempre que se pruebe que tal estado le impidió consentir la acción.

La circunstancia que la sentencia, como resultado de la valoración conjunta e integral de la prueba producida en juicio llegue a la conclusión de que la ebriedad de M..... fue completa, no altera la plataforma fáctica; el Tribunal debía analizar si el estado de ebriedad de la víctima le impidió consentir la acción. Para ello evaluó los testimonios de personas no comprometidas por intereses que los lleven a una declaración mendaz: M..... R..... y su padre D... R....., sumados a los dichos de la propia víctima, sostenidos por las conclusiones del Dr. Jorge Alberto Masera:

“...importante compromiso psicomotriz que implica desde el punto de vista psicológico, crepuscular, somnolencia. En términos físico, incoordinación motriz, para mantenerse marcha erecta y caminar coordinado” (pág. 89).

En cuanto al segundo agravio, referido a la no acreditación de la intención de J... de cometer un abuso sexual, en función de no haberse probado que, con idéntica ingesta de alcohol que M..... y similar contextura física, el estado de ebriedad le impidiera comprender la acción, entiendo que se trata de una reedición de argumentos

oportunamente alegados en el debate y debidamente contestados por la sentencia, lo que evidencia la falta de una crítica razonada de la pieza impugnada.

La sentencia refuta lo alegado por la defensa en base a lo informado por la psiquiatra María Alejandra Damborsky respecto de las acciones posteriores al hecho que dan cuenta que pudo comprender y dirigir sus conductas:

“A diferencia de M.... Y..... R....., su estado de embriaguez no fue completo en tanto no le impidió comprender y dirigir sus acciones. De hecho, todo cuanto nos dijo la psiquiatra María Alejandra Damborsky fue que: I) El consumo de bebidas alcohólicas no lo afectó porque la conducta tenía un fin: No fue un hecho incoherente. No estaba confuso, tras el hecho pudo alcanzar su moto y llegar a su domicilio. Volvió a su domicilio, se puso a mirar tele. El acto que desplegó tenía una finalidad un sentido. II) No pudo determinarse que no estuviera consciente. Pudo comprender y dirigir sus conductas” (pág. 91).

En lo que respecta a la pena, observo que el impugnante realiza una crítica sesgada de los fundamentos dados en la sentencia. En el caso del agravante por la desigualdad estructural de género y niñez, se limita a negar en el caso concreto tal desigualdad en función de que, según los dichos de su asistido -no corroborados por M.....- mantenían relaciones sexuales consentidas con anterioridad al hecho, por lo que, en el caso, no habría existido sorpresa ni ocultamiento, agrega que de las conversaciones de WhatsApp surge que mantenían cierta complicidad. Lo cierto es que, en las condiciones en que fue fijado el hecho por el cual fuese declarado responsable, esto es, acceso carnal de una persona que, por su situación de embriaguez no pudo consentir el acto, los

argumentos de la defensa caen por su propio peso. La desigualdad estructural entre J.... y M....., en su doble condición de mujer y niña y la ventaja manifiesta de aquel en el contexto de la situación de embriaguez de M..... queda en evidencia. Respecto de agravante de "especial relación de confianza" la defensa insiste en que ambos ironizaban con la condición de parentesco, cuando en realidad, la sentencia no se acota al vínculo parental sino que tiene en consideración la crianza común y la amistad. Finalmente, en lo que respecta al daño causado por el desarraigo (mudanza a la localidad de), la defensa, reeditando argumentos dados en la audiencia de cesura, lo vincula estrictamente al impacto social de la noticia. Sin embargo, la sentencia contesta este argumento sin que el impugnante realice en esta instancia una crítica razonada de los fundamentos:

"Si bien la defensa adujo que el desarraigo lo provocó el hecho de quedar expuesta por la difusión de noticias periodísticas que circularon en la zona, surge claramente de las declaraciones de la Licenciada en Psicología Viviana Gisela Méndez y del Técnico en Familia y Niñez Rafael Roberto Ñanco que el sentimiento de vergüenza en M..... apareció inmediatamente después del abuso sexual y fue el que la llevo a un profundo aislamiento social" (pág. 18).

Ratificando entonces los agravantes sostenidos en la sentencia de pena, deviene abstracto el tratamiento de la fijación de una pena por debajo del mínimo legal de la escala penal del delito por el que fuese declarado responsable J... G... R...-

Por lo expuesto, corresponde confirmar las sentencias impugnadas, en tanto exhiben un razonamiento integrado, en el cual se conectan los hechos y las pruebas aportadas para llegar al derecho

aplicable. No se ha constatado una fractura en el razonamiento lógico derivando en conclusiones contradictorias o inconciliables con las circunstancias objetivas de la causa, sino que se ha realizado una valoración adecuada de todos los elementos aportados al proceso, tendientes a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión en la que se apoya. En este sentido, no alcanza la crítica ensayada por el impugnante en cuanto emisión de una opinión discrepante sobre el valor probatorio de las distintas evidencias que de ningún modo fulmina la coherencia de la motivación en la que se sostuvo el fallo. Mi voto.

El **Juez Federico Augusto Sommer** dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Andrés Repetto** dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto adhiero a sus conclusiones.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?

La **Dra. Florencia Martini**, dijo: A fin de no menoscabar el derecho al recurso del imputado, sin costas.

El **Juez Federico Augusto Sommer** dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Andrés Repetto** dijo: Adhiero al voto de la jueza preopinante.

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

RESUELVE: I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano formal la impugnación interpuesta por el Dr. Pablo Fernando Tomasini, en representación del imputado (arts. 233, 236 y 239 del CPPN).-

II.- NO HACER LUGAR a la impugnación deducida por la defensa por no constatarse los agravios esgrimidos, confirmando en consecuencia las sentencias por las que se lo declaró autor penalmente responsable del delito de **ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL** (arts. 119 1er párrafo y 3 párrafo y 45 del Código Penal) por el hecho perpetrado el 5 de noviembre de 2020 en perjuicio de M... Y.... R....., imponiéndosele **UNA PENA DE SEIS (6) AÑOS DE PRISIÓN** de cumplimiento efectivo.-

III.- SIN COSTAS en esta instancia.-

IV.- Se deja constancia que el Juez Andrés Repetto participó de la deliberación y redacción de la presente pero no la suscribe por estar en uso de licencia.-

V.- Notifíquese.-