

**SENTENCIA N° 14 /2022:** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los diecisiete días del mes de marzo del año dos mil veintidós, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por los Señores Magistrados **Dres. Richard Trincheri, Andrés Repetto y Dra. Liliana Deiub** presidida por el primero de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en el caso judicial "**L. D. s/ Abuso Sexual**", **Legajo Nro.18.948/2020** seguido contra **D. D. C. L.**, DNI nro. ..., con domicilio en ... ..., nacido el ... de ... de ... en ... ..., soltero, hijo de ... .. y de ... ..

Intervinieron en la instancia los Dres. Natalia Rivera y Maximiliano Breide Obeid (Ministerio Público Fiscal), Dr. Lautaro Arevalo (Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente) y el Dr. Diego Artigue defensor del imputado, presente en la audiencia llevada adelante ante esta Sala.

**ANTECEDENTES:**

**I.** Por sentencia del 1 de octubre de 2021, el Tribunal de juicio integrado por las juezas Laura Barbé, Bibiana Ojeda y el juez Mario Tommasi, por mayoría, resolvió declarar al nombrado autor penalmente responsable de la comisión del delito de Abuso Sexual Simple en concurso ideal con Lesiones Leves (art.119 primer párrafo, 89, 54 y 45 del Código Penal).

El mismo Tribunal el día 10 de diciembre de 2021 resolvió imponer al condenado la pena de tres (3) años de prisión de cumplimiento condicional.

El Dr. Fernando Fuentes, fiscal jefe de la V Circunscripción, presentó impugnación contra ambas sentencias. En relación al primer agravio refirió **"Fundamentación aparente. Aplicación errónea de las reglas de la sana crítica por cuanto no es el resultado de la aplicación razonada del derecho vigente con adecuada referencia a los hechos comprobados en el caso. Excesivo rigor formal"**. El funcionario abordó el tratamiento del voto de la mayoría (Ojeda y Tommasi) señalando que por la prueba producida en el debate se acreditó la materialidad objetiva, la autoría y también la convivencia entre el imputado y la víctima (p.4). Sin embargo, sobre la calificación legal, la sentencia impugnada afirmó que en "el hecho formulado en audiencia de cargo y control de acusación así como en el alegato de apertura no aparece referida ni la convivencia ni su aprovechamiento"(p.5 primer párrafo). Expresa que se contradice la decisión judicial porque acepta que existió convivencia pero menciona que el hecho ocurrió en un sendero no en la vivienda, por lo cual excluye la posibilidad del aprovechamiento, todo lo cual implica que hubo una errónea aplicación del derecho vigente (p.5, tercer párrafo). Cita doctrina el fiscal jefe que respalda su posición sobre que

la aplicación del agravante del inciso f del art.119 cuarto párrafo del Código Penal "...no alude exclusivamente al lugar de comisión del hecho"(p.6 primer párrafo). La jueza Ojeda solo señaló que el aprovechamiento no resultaba incorporado a la plataforma fáctica, no realizando de esa manera una valoración de la prueba rendida en el debate y evidenciando un excesivo rigor formal (p.7 segundo y cuarto párrafo). A continuación expresa el impugnante que el Dr. Tommasi tuvo por existida la convivencia-igual que la Dra. Barbé- pero que si se agregaba ello en la descripción del hecho se transgredía el Pacto de San José de Costa Rica (p.8, segundo párrafo). Agregó el Dr. Fuentes que no se registró violación al principio de congruencia, no hubo estado de indefensión, ni sorpresas para el imputado quien conoció el hecho y la calificación legal desde el primer momento en donde surgió que se trataba de un delito agravado (p.9 segundo párrafo).

Como segundo punto de agravio, el fiscal jefe solicita una **"nulidad de la sentencia por afectación al principio de imparcialidad-Errónea aplicación de la ley-Exceso en el pronunciamiento"** (p.12 último párrafo). Señala que en oportunidad de pronunciarse el veredicto de culpabilidad, el Dr. Tommasi expresó que había sido necesario observar la audiencia de control de acusación previo a resolver la cuestión planteada con la calificación legal, audiencia dirigida por el juez Nieves,

magistrado que a pedido de la defensa habría dado lectura al hecho que se debatiría en juicio no encontrándose incluida la convivencia. Este proceder del juez de juicio- según el impugnante- ocasiona la nulidad del decisorio por dos motivos: en primer lugar por afectación al principio de imparcialidad (art.5 CPP) y en segundo término porque el Tribunal de juicio se termina arrojando facultades del Tribunal de Impugnación. Esto último porque la defensa hizo oportuna reserva de recurrir la resolución de Nieves y, entonces, la contraparte -ante el eventual revés a sus pretensiones en el juicio- tendría derecho para impugnar. Sin embargo, fue el propio Tribunal de juicio (por mayoría) el que termina resolviendo sin facultades.

Pide que se declare la nulidad parcial de la sentencia de responsabilidad impugnada, que se modifique la calificación legal determinada en ese decisorio agregándose el agravante por el aprovechamiento de la convivencia preexistente con la víctima, debiéndose reenviar para un nuevo juicio a fin de determinar la pena. En subsidio solicita que se declare la nulidad absoluta de la sentencia impugnada y se disponga la realización de un nuevo juicio.

**II.** En función de lo dispuesto por el artículo 245 del CPP, las partes el día 3 de marzo de 2022 argumentaron a favor y en contra de los agravios sostenidos por la defensa en su impugnación.

Dio inicio la Dra. Rivera quien repitió lo obrante en el escrito que se describiera precedentemente. El Dr. Breide Obeid resaltó que no se lesionaría el principio de congruencia si la mayoría del Tribunal de juicio hubiera tomado la tipificación requerida por su parte. La sentencia impugnada muestra un exceso formal manifiesto. Se aparta de una resolución del Tribunal Superior de Justicia, en cuanto a víctima niña y mujer, con perspectiva de género, contenida en el caso "Rojas Silva", de donde surge una referencia a la debida diligencia reforzada con cita al caso "Campo Algodonero".

El querellante estatal adhirió a lo sostenido por la fiscalía. Puntualizó que los jueces de la mayoría dieron fundamento aparente en cuanto rechazaron aplicar la agravante por la convivencia. Toda la prueba producida respaldaba la existencia de tal convivencia pero los magistrados se apartaron arbitrariamente de la ley al interpretarla y calificar legalmente como abuso sexual simple.

Dada la palabra al defensor planteó objeciones a ambos acusadores respecto a la admisibilidad formal. Sostuvo que el plazo para impugnar vencía el día 28/12/2021, cumpliendo la fiscalía pero no el querellante estatal, cuya adhesión a la impugnación del fiscal jefe se registró recién el 6/1/2022 (este extremo fue reconocido en la audiencia por el Dr. Arévalo). En referencia a la

fiscalía, manifestó el defensor que si bien el recurso fue tempestivo no supera el límite establecido por el CPP en el art.241 inc.3, en virtud de lo cual debía declarárselo también inadmisibile.

En relación a los agravios planteados por la fiscalía, el Dr. Artigue defendió la calificación legal establecida en la sentencia impugnada. Afirmó que la fiscalía primero califica y luego "ve" como como lo prueba. La calificación legal es facultad jurisdiccional. Su parte desde la formulación de cargos viene solicitando información sobre el aprovechamiento de la convivencia. Tanto el Dr. Nieves como antes la Dra. Lorenzo han advertido que la calificación legal es provisoria y que se determinaría en el juicio. Su defendido L. reconoció el hecho pero no la convivencia. Esta última es dudosa, la niña en Cámara Gesell aclaró que no vivían juntos, ella vive en Chos Malal y L. en ... .. a ciento cincuenta kilómetros de distancia. Se refirió al voto de la jueza Ojeda que aclaró que no surgía el aprovechamiento por el lugar en que se cometió el hecho, no basta la convivencia sino la manera en que el autor se aprovechó de ella.

El Dr. Repetto pidió precisiones a las partes. La Dra. Rivera aclaró sobre el voto de la mayoría del Tribunal en relación a la convivencia y el principio de congruencia. El Dr. Artigue dijo que en el juicio se había

probado la convivencia, que el hecho se cometió en la vía pública según la acusación y que en el control de acusación el juez leyó el hecho y no surgía el aprovechamiento de la convivencia. El Dr. Nieves señaló que la calificación legal se definiría en el juicio. Ratificó su postura sobre la inadmisibilidad de la impugnación del fiscal jefe. El Dr. Breide Obeid estimó que su opinión sobre la petición a esta Sala es complementaria de la que surge del escrito de impugnación efectuada por el Dr. Fuentes.

Seguidamente el imputado manifestó que no tiene nada para agregar.

**III.** Habiendo sido escuchadas las partes, este tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia (art. 246 CPP), por lo que cumplido el proceso deliberativo y efectuado sorteo entre los magistrados resultó que los Sres. jueces debían observar el siguiente orden de votación: En primer término el **Dr. Richard Trincheri**, en segundo lugar el **Dr. Andrés Repetto** y finalmente la **Dra. Liliana Deiub**.

**CUESTIONES:** **I.** ¿Son formalmente admisibles los recursos interpuestos por la fiscalía y la querrela estatal?, **II.** Qué decisión corresponde adoptar? **III.** ¿Procede la imposición de las costas?.

**VOTACIÓN:**

**I.** A la **primera** cuestión el Dr. **Richard Trincheri** expresó: El defensor se opuso a la admisibilidad

formal de las impugnaciones de ambos acusadores, por distintas razones.

Según su criterio la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente adhirió al recurso del fiscal jefe pero tardíamente. La sentencia de cesura se dictó el día 10 de diciembre de 2021, en virtud de lo cual el plazo de diez días para interponer la impugnación (art.242 primer párrafo CPP) expiró el día 28 de diciembre de 2021 en las dos primeras horas de oficina, lo cual fue cumplido por fiscalía, conforme lo informado por la Oficina Judicial y aceptado por la misma defensa. Sin embargo, la querrela estatal adhirió a la impugnación del restante acusador recién el día 6 de enero de 2022. Esta circunstancia, no solamente surge de los dichos del defensor sino coincide con lo informado por la Oficina Judicial y con lo reconocido por el propio Dr. Arévalo en la audiencia. Visto lo anterior, no puede ser otra la solución que declarar la inadmisibilidad formal del recurso (adhesivo) interpuesto por la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente debido a que lo hizo fuera de término.

Distinto será el temperamento aplicable a la impugnación del otro acusador. En relación a ello la defensa aduce no respetado el art.241 inc.3 del CPP que autoriza a la fiscalía a impugnar la sentencia condenatoria "...si la pena aplicada fuere inferior a la mitad de la pena

pretendida". A partir de allí, el defensor argumenta que en la sentencia de cesura la escala penal a tener en cuenta para requerir era la del delito de Abuso Sexual Simple, subsunción jurídica determinada en la sentencia de responsabilidad que oscila entre seis(6) meses y cuatro(4) años de prisión (art.119 primer párrafo del Código Penal). Sin embargo-sostiene el Dr.Artigue- la fiscalía pidió seis (6) años y un (1) mes con lo cual se apartó de la norma precitada porque su pedido superó el máximo que el Código sustantivo prevé para reprimir tal delito.

No obstante la petición del defensor, la impugnación debe ser declarada admisible. Ello así porque -también aquí- debe tenerse en cuenta la unidad del juicio, instancia donde, debido a la importancia del monto punitivo a imponer, el legislador fijó una audiencia posterior donde exclusivamente se trate y litigue el punto. El juicio es uno, comienza con el inicio del debate sobre la responsabilidad penal del imputado y culmina cuando-eventualmente declarada la culpabilidad- el Tribunal impone la correspondiente pena, no obstante que la audiencia de cesura se realice en tiempo pretérito respecto a lo anterior.

En el contexto descripto, la fiscalía solicitó en el alegato final condena por el delito de Abuso Sexual Simple agravado por aprovechamiento de la convivencia preexistente con menor de 18 años en concurso

ideal con Lesiones Leves (art.119 primero y último párrafo, 89, 45 y 54 del Código Penal), que prevé pena de prisión entre tres(3) y diez(10)años. Disconforme con la tipificación determinada por el Tribunal de juicio, y debiendo aguardar para impugnar hasta dictada la sentencia de cesura (art.179 in fine CPP), coherente con sus pretensiones el acusador requirió el monto de pena precitado sin que tampoco ninguna norma prohíba tal petición. En virtud de lo expuesto debe declararse formalmente admisible la impugnación interpuesta por el fiscal jefe porque cumple con los recaudos de los art. 233 y 241 inc.3 del CPP.

Es mi voto.

El **Dr. Andrés Repetto** manifestó: Comparto lo manifestado en el voto del vocal preopinante por coincidir con los argumentos. Mi voto.

La **Dra. Liliana Deiub** dijo: Hago propio lo expuesto por el colega que liderara el sufragio. Así voto.

**II.** A la **segunda cuestión** el **Dr. Richard Trinchero**, expresó: el segundo de los motivos de agravio de la impugnación no tiene mucha entidad y en virtud de ello debe ser rápidamente rechazado. En efecto, en absoluto puede considerarse afectada la imparcialidad de los jueces porque observen lo decidido en una instancia anterior si hay algún punto controvertido y resulta

dirimente. Más aun, se convierte en única vía posible para desentrañar la verdad sobre algo que es definido por las partes con sentidos opuestos, cuando solamente uno es el posible. Aunque debería resultar tarea excepcional, situaciones de ese tipo se repiten en Impugnación (en este caso la Sala debió hacerlo) y -aunque con menos asiduidad- también en el transcurso de algunos juicios. En esta ocasión no era posible evitar el análisis de lo ocurrido en el control de acusación. De la lectura de la sentencia impugnada surge que al comienzo mismo del juicio el defensor planteó objeciones a la teoría del caso de los acusadores haciendo mención al principio de congruencia (p.1/2) con referencias a lo ocurrido en la instancia anterior del proceso.

Los magistrados del juicio están obligados a tomar como fin el establecimiento de la verdad de los enunciados de hecho efectuados por las partes y, esta tarea, la realizan con una metodología dialéctica, de refutación, de posible contradicción entre partes sobre tales enunciados fácticos. Sin embargo, cuanto aparecen en escena otros aspectos, que exceden a la producción de los elementos de prueba en el mismo debate, como sería la resolución del juez de garantías en el control de acusación, objeto mismo de la controversia planteada en el juicio, los jueces no cuentan con ninguna alternativa que les permita esquivar la observación de la audiencia del

control de acusación y por ello no existe reproche alguno para realizar a los magistrados en tal tarea observadora.

Tampoco es cierto que los magistrados del Tribunal de juicio hayan ejercido facultades que son propias de los jueces de Impugnación. El defensor - ante el juez del control de acusación- pidió que el caso llegue a juicio bajo una determinada calificación jurídica. Como el magistrado no hizo lugar la parte hizo reserva de impugnación. Concluido el juicio, y dictada la sentencia de responsabilidad, por mayoría el tribunal estableció como tipo legal aplicable el mismo que requirió el Dr. Artigue. Obviamente, el letrado solamente efectivizaría la reserva mencionada si el fallo le hubiera sido adverso, lo cual no ocurrió. Ahora bien, los derechos recursivos del defensor van por carriles diferentes a las obligaciones y facultades de los jueces al dictar la sentencia condenatoria, que necesariamente debe contener la tipificación. Puede esta última coincidir o no con lo pretendido por alguna de las partes pero no está unido a las reservas de impugnación que se hubieran realizado en el control de acusación. De ello se deduce que no es procedente ese motivo de agravio esgrimido por la fiscalía.

El primer motivo agravio del impugnante tiene, en cambio, efectiva relevancia. Ya fue descripto más arriba en qué consiste la queja respecto a lo que resolvió la mayoría del Tribunal de juicio y, entonces, corresponde

determinar si existió o no un excesivo rigor formal en la decisión judicial impugnada que, por un lado, consideró probado en el debate el aprovechamiento de la convivencia preexistente con la víctima de parte del imputado pero, de otro costado, resolvió que no resultaba posible subsumirlo jurídicamente en el tipo legal correspondiente porque -de proceder de ese modo- se conculcaría el principio de congruencia y por ende la defensa en juicio.

Para tratar el punto corresponde transcribir lo asentado por cada votante de la sentencia impugnada, en relación al referido motivo de agravio (será resaltado para evitar confusiones). Sostuvo la Dra. Ojeda: **"...Efectivamente la CONVIVENCIA entre L. y G. se encontró debidamente acreditada. Escuchamos esto en los dichos de la madre, Sra M., la hermana del imputado, Sra. L. y la asistente social del lugar que señaló -tal como lo hizo M.- que estaban allí desde el principio del año, que tenía niños pequeños, pero que la Sra. era muy aislada..."** (p.46 tercer párrafo). También **"...aun cuando pretendiera considerarse como incluida de algún modo en la descripción del hecho típico -cosa que no paso -tampoco podría utilizarse esta agravante debido a que el LUGAR DE COMISION del hecho resulto ser un camino o sendero por donde se conectan los sectores altos del paraje con el centro de ... ... Ninguno de los tres acusadores hizo al menos alguna referencia en cómo ese lugar, que se**

ubica a 250 metros de la vivienda, se vinculaba con la agravante de la convivencia preexistente y el aprovechamiento de L..."(p.48 segundo párrafo). Finalmente: "...el "aprovechamiento" es una acción requerida por la agravante y debió ser descripta. En igual sentido subjetivo de la "convivencia preexistente". A lo largo del proceso los tres acusadores en un pie de igualdad desde la Formulación de Cargos estaban en condiciones de incluirlos dentro de la descripción fáctica. No se hizo por parte de los acusadores y consecuentemente sellaron la surte adversa para que los jueces podamos ya en la instancia de juicio incluirla como constitutiva de un hecho. De otro modo estaríamos subsumiendo el hecho en una calificación incorrecta y de oficio modificaríamos la plataforma fáctica al incluir en la sentencia algo que los acusadores no hicieron..."(p.50 penúltimo párrafo).

Por su parte dijo la Dra. Barbé: "...entiendo que si la Defensa optó por no presentar prueba para desacreditar la agravante de la convivencia con la que viene discrepando, ello hace a su estrategia de defensa, mas no implica desconocimiento ni sorpresa, sino todo lo contrario, la acusación -aun con la falencia en la descripción del hecho- fue admitida en la audiencia del control de la acusación, y ya en el juicio se produce la prueba admitida, presentada por los acusadores en base a la calificación aceptada, que también conocía la defensa, que

incluye la agravante del abuso sexual por la situación de convivencia..."(p.54 último párrafo).

Finalmente el Dr. Tommasi: "...Comparto con la Dra. Barbé que ha sido probada la convivencia. Ahora, por más que esté probada, podemos decir que es correcto condenarlo por la agravante convivencia, cuando esta no le fue intimado?. Junto con la Dra. Ojeda, entendemos que no. Disintiendo respetuosamente con la Dra. Barbé..."(p.63 segundo párrafo). Asimismo: "...Debe respetarse también el derecho de defensa y de condenarlo por un hecho que no está intimado, más allá de que reitero, está probado, es un error formal que entiendo la Fiscalía ha cometido. Este error probablemente quedo plasmado en un primer momento porque la niña dijo que no convivían con su padrastro, y en época de pandemia, que se estaba instruyendo esta causa, se entorpeció absolutamente toda tarea normal, pudo ser la causa de que el hecho quedara intimado tal como se hizo. Pero los jueces, no podemos suplir el error cometido por los acusadores. De lo contrario tomamos partido. Estamos ante un hecho aberrante, hay una niña víctima, y no negamos la prueba de la convivencia, no la desoímos, afirmamos que esta probada, pero que si decimos que, sin que figure en el hecho imputado la convivencia, no se puede calificar el mismo..."(p.63 último párrafo).

Los tres jueces estimaron acreditada la convivencia aunque la Dra. Ojeda yerra al exigir identidad entre el lugar de comisión del abuso y el inmueble de convivencia. De ser así, y solo a título de ejemplo, aunque convivieran en algún domicilio durante veinte años víctima y victimario, no sería posible aplicar el agravante porque el día elegido por el autor para cometer el abuso se encontraban en un automóvil, en la calle o en cualquier lugar distinto al domicilio. Lo que hace el abusador es aprovecharse de la situación de convivencia preexistente con menor de dieciocho (18) años con independencia del lugar de comisión del abuso. No obstante esta aclaración, y aunque las partes se refirieron en la audiencia a este extremo del voto de la Dra. Ojeda, lo cierto es que no tiene incidencia sobre el fondo de lo resuelto. El desacuerdo estribó en que la Dra. Barbé entendió - al revés de sus dos colegas- que correspondía aplicar el tipo legal agravado porque no se afectaba el principio de congruencia.

El principio de congruencia es una derivación lógica del derecho de defensa en juicio, inviolable y protegido por el art.18 de la Constitución Nacional y Pactos Internacionales de DD.HH (CADH, art.8.2 b y PIDCyP, art.14.3 a). Dicen Abel Fléming y Pablo López Viñals: "...solo hay defensa posible frente a un ataque preciso que el acusado conoce y puede controvertir, y únicamente sobre ese ataque puede el juez pronunciarse

afectando los derechos del imputado..." ("Garantías del imputado", Rubinzal Culzoni, edición 2008, p.513). Trasladando estas enseñanzas al caso, se impone necesariamente revisar lo acontecido previo al juicio para resolver la cuestión, máxime cuando de la sentencia escrita no surgen fundamentos de lo decidido frente a lo pedido por el defensor al comienzo del juicio, más la referencia que hace el impugnante respecto a que en el veredicto hubo mención de uno de los jueces a la observación de la audiencia de control (p.13 primer párrafo).

De lo ocurrido en la audiencia de control de acusación del 19/4/2021, ante el Dr. Nieves, surge - sin ningún resquicio para la duda- que el imputado (y su defensor) conocieron con suficiencia en qué consistía la imputación. Si a ello se le suma lo ocurrido en el juicio, puede concluirse que lo resuelto por la mayoría en la sentencia impugnada adolece de un excesivo rigor formal, por cuanto L. siempre supo que los acusadores le atribuían el aprovechamiento de la convivencia con la víctima (además que se reflejaba en la teoría jurídica de los acusadores, admitida en el control de acusación)y, entonces, no tuvo mengua alguna en su inquebrantable derecho de defensa en juicio.

El defensor (06:02 a 7:02; 12:22 a 14:45; 21:48r; 21:58 y 22:25 a 23:50) siempre pivoteo en su argumentación entre negar que la convivencia(y por ende el

aprovechamiento) esté incluida o contenida en el hecho que se había investigado y afirmar que la tipificación debe ajustarse al hecho y no a la inversa; entonces, por esto último, solicitó al magistrado la aplicación del tipo legal del primer párrafo del art.119 CP (Abuso Sexual Simple). Al obtener respuesta negativa del juez hizo reserva de impugnación (21:44). Sin embargo el fiscal (con adhesión de las dos querellas) entregó(3:44 a 4:01, 8:05 a 10:00) los elementos fácticos por los cuales sostenía que el tipo legal correspondiente al caso era el agravado, extremo al que hizo lugar el juez; e incluso la situación puede remontarse a la instancia anterior-requerimiento de apertura- ante la jueza Lorenzo (30/9/2020) con alegaciones al respecto del acusador(5:22), ocasión en la que el Dr. Artigue, en relación a la calificación legal (la agravada, la que siempre se le atribuyó a su defendido), manifestó cierto desacuerdo pero que era "provisoria"(8:55).

El juez Nieves en su resolución( entre 15:45 y 21:00) no incluyó las circunstancias fácticas varias veces mencionadas fundando ello en que la convivencia y su aprovechamiento había que probarlo en el debate. Aclaró que si bien hubiera correspondido la inclusión de tales circunstancias en el requerimiento de apertura (18:13 y 19:41), lo cierto era que la defensa no podía verse sorprendida ni lo privaba de defenderse sobre el aspecto de la convivencia porque desde la instancia

anterior - refirió al punto IV- conocía tal extremo (19:50 y 20:19). Se puede cuestionar el criterio del magistrado de dar lectura(a pedido del mismo defensor una vez dictada la resolución) al hecho sin mencionar las circunstancias de la convivencia y su aprovechamiento porque la calificación legal también debía probarse en el juicio y sin embargo la incluyó. Hay incoherencia porque, se repite, el juez expresó que la convivencia y su aprovechamiento debían acreditarse en el juicio y por eso las excluía. Nada impedía que las incluyera porque-a todo evento- si no se probaban en el debate así lo declararían los magistrados del juicio, con efecto directo sobre el agravante que el Dr. Nieves sí incluyó.

Se recomienda que situaciones como estas no ocurran pero, al mismo tiempo, es exagerado el celo observado en la solución que por mayoría se adoptó frente al caso. Siempre conoció el imputado que se le reprochaba el aprovechamiento de la convivencia preexistente con la menor. Lo supo en el requerimiento de apertura, en la audiencia de control y también en el juicio. Justamente-observando la primera audiencia del juicio, el 22/9/2021- el Dr. Fuentes (y ambas querellas) hizo conocer otra vez a la contraparte que le imputaba a L. tales circunstancias, el defensor insistió con sus argumentos ya conocidos (6:24 y 7:58 a 9:35)y la presidenta del Tribunal(Dra. Barbé) comunicó la negativa del Tribunal

a su petición (26:43 a 28:40). Ya ante esta Sala, el Dr. Artigue reconoció que el Tribunal de juicio tuvo por acreditado la agravante pero que era correcta la calificación legal que dieron los magistrados por mayoría porque -la convivencia y su aprovechamiento- no figuraban insertos en la descripción del hecho llegado a juicio. Entonces siempre se vuelve al mismo punto: tales circunstancias formalmente no fueron incluidas en el relato del hecho pero -en la realidad- el imputado las conoció siempre y por ende pudo defenderse de ello. No existió ni sorpresa ni estado de indefensión. Acierta el acusador en su impugnación cuando resalta que el Dr. Artigue **"...en la formulación de cargos, en el control de acusación y en el juicio se mantuvo hecho y calificación legal pretendida y la defensa controvirtió la misma en todas estas etapas, por lo que mal puede argumentarse sorpresa o indefensión"** (p.10 segundo párrafo).

Incluso en su exposición ante esta Sala el defensor dijo que su asistido no había reconocido la convivencia, que la víctima en la Cámara Gesell la había negado, que la convivencia era "dudosa", que víctima y victimario vivían a más de cien kilómetros de distancia, etc. Es decir, por un lado se queja porque la convivencia (y su aprovechamiento) no se encontraba contenida formalmente en la imputación pero hace mención a elementos

probatorios producidos en el juicio que se refieren a tal extremo.

Por lo expuesto considero errónea la aplicación del derecho sustancial efectuada por el Dr. Tommasi y la Dra. Ojeda, correspondiendo revocar parcialmente la sentencia de responsabilidad y tipificar legalmente la conducta de D. d. C. L. como Abuso Sexual Simple agravado por el aprovechamiento de la convivencia preexistente con menor de dieciocho (18) años (art.119 primero y último párrafo del Código Penal). En igual dirección, el mismo Tribunal de juicio deberá dictar nueva pena previa realización de audiencia a esos fines.

Es mi voto.

El **Dr. Andrés Repetto** dijo: me pronuncio igual que el colega preopinante por coincidir con sus argumentos. Mi voto.

La **Dra. Liliana Deiub** dijo: adhiero a la solución propuesta por el vocal que principiara en la votación. Así voto.

**III.** A la **Tercera cuestión** el **Dr. Richard Trincheri**, dijo: Sin costas, en función del resultado de la impugnación (art. 268 CPP). Es mi voto.

El **Dr. Andrés Repetto**, manifestó: Adhiero a lo manifestado por mi colega precedentemente. Mi voto.

La **Dra. Liliana Deiub**, expresó:  
Comparto lo expuesto en el primer vocal opinante. Así voto.  
De lo que surge del Acuerdo, por **unanimidad** se

**RESUELVE:**

**I. DECLARAR INADMISIBLE** desde el plano formal la adhesión recursiva de la Defensoría del Niño y el Adolescente, a la impugnación ordinaria interpuesta por el Ministerio Público Fiscal por resultar extemporánea (art.242 CPP a "contrario sensu").

**II. DECLARAR ADMISIBLE** desde el plano formal la impugnación ordinaria deducida por el Ministerio Público Fiscal (arts. 233, 241 inc.3 y 242 del CPP).

**III. REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia dictada el 1 de octubre de 2021 contra D. d. C. L., calificándose legalmente su accionar culpable como ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR APROVECHARSE DE LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON MENOR DE 18 AÑOS (art.119 primer y último párrafo y 246 CPP).

**IV. ORDENAR EL REENVIO** a fin de determinar la pena conforme lo resuelto en el punto anterior, lo cual deberá ser realizado por el Tribunal de juicio con su misma integración.

**V. SIN COSTAS** en esta instancia (cfr. art. 268 del CPP).

**VI.** El **Dr. Richard Trincheri** no firma la presente por encontrarse de licencia pero participó de la deliberación y toma de decisión.

**VII.** Regístrese y notifíquese por medio de la oficina judicial.

Firmado digitalmente por:  
DEIUB Liliana Beatriz

Firmado digitalmente  
por: REPETTO Andres