

**RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA Nro. 15**

**NEUQUÉN, 08 de marzo de 2024.**

**VISTOS:**

Estos autos caratulados: "GOMEZ, MARIO CESAR S/ABUSO SEXUAL" (LEGAJO MPFCU Nro. 47349/2022), venidos a conocimiento de la respectiva Sala del Tribunal Superior de Justicia; y

**CONSIDERANDO:**

**I.-** El Tribunal de Juicio, conformado por los Dres. Diego Chavarría Ruiz y Maximiliano Bagnat, así como por la Dra. Patricia Lupica Cristo, declaró responsable a Mario César Gómez como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, en calidad de delito continuado, dos hechos, en concurso real (arts. 119 segundo párrafo, 55 y 45 del Código Penal).

Posteriormente, en ocasión de llevarse a cabo la audiencia de cesura, las partes acusadoras junto con el abogado defensor que asiste al prenombrado (el Defensor Público Dr. Diego Simonelli) presentaron un acuerdo sobre la pena, que también fue ratificado por el imputado, consistente en cuatro años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas.

Conforme se desprende de la sentencia agregada a fs. 28/30, dicho acuerdo fue homologado en su totalidad por los magistrados intervinientes, razón por lo cual lo condenaron a la pena mencionada en el párrafo anterior.

**II.-** Contra la sentencia de responsabilidad, la defensa interpuso impugnación ordinaria.

El Tribunal de Impugnación, integrado por los Dres. Nazareno Eulogio, Richard Trincheri y Federico Sommer, por Sentencia nro. 85/23 de fecha 26/12/2023, confirmó la sentencia de responsabilidad en todos sus términos.

En contra de esta última decisión, el Defensor Público dedujo impugnación extraordinaria al amparo de lo normado por el art. 248 inciso 2 del CPPN.

**III.-** En su presentación, que corre agregada a fs. 50/56, la defensa sostiene que la sentencia del órgano revisor, al confirmar la responsabilidad de Gómez, consagró la afectación de sus derechos constitucionales vinculados al principio de legalidad, debido proceso y defensa en juicio, al fijar una calificación jurídica a los hechos que no se adecúa con las exigencias legales del segundo párrafo del art. 119 del Código Penal.

Desde su óptica, la confirmación fue arbitraria en tanto se basó en una sentencia en la que no se plasmó de manera adecuada y fiel lo sucedido en relación a los requisitos típicos de la figura de abuso sexual gravemente ultrajante. En ese sentido, sostuvo que se ratificó la subsunción legal en base a consideraciones aparentes y que no encuentran sustento en la prueba producida para tener por acreditado el requisito típico de que las 'circunstancias de su realización' produjeron un 'sometimiento' 'gravemente ultrajante' que establece, de manera imprecisa, la norma jurídica.

En su visión, la decisión afectó el principio de legalidad, el debido proceso y el derecho de defensa en juicio al establecer una calificación jurídica más severa pese a que las circunstancias fácticas demostradas en juicio no permitieron acreditar, con certeza, todos los requisitos del tipo penal. No se demostró, de manera objetiva, que los actos de la plataforma fáctica hubiesen sido degradantes, es decir, humillantes, con alto contenido vejatorio y con desprecio a la dignidad personal de las víctimas. Afirmó que las maniobras descriptas en la acusación constituían un ultraje

sexual, pero de ello no se seguía que reuniesen las exigencias legales de las modalidades previstas para el abuso sexual gravemente ultrajante. Ni tampoco se dieron razones ni existe prueba para considerar acreditado el sometimiento que exige la figura.

Denunció que los jueces del Tribunal de Impugnación tampoco demostraron, con certeza, la existencia de esta situación de sometimiento en los términos requeridos por la ley, pues los testimonios de las víctimas, sus familiares, los psicólogos y psicólogas que asistieron a las adolescentes, no permitieron inferir la existencia y acreditación de los requisitos típicos.

En otro tramo de su recurso, la defensa afirmó que también fue incorrecta la decisión del órgano revisor porque valoró deficientemente la prueba de cargo en este punto, en base a una especulación, sin corroboración, respecto de la existencia de un sometimiento típico y de un ultraje sexual grave. Cita doctrina y jurisprudencia que estima de aplicación.

Peticionó se revoque la decisión impugnada, se califiquen los hechos como constitutivos de abuso sexual simple, en modalidad continuada, dos hechos en concurso real, y se reenvíe el caso para la celebración de una nueva audiencia de cesura.

Formuló reserva del caso federal.

**IV.-** Sentados así los motivos de la impugnación extraordinaria, se impone el estudio de los recaudos mínimos de procedencia, atento al principio general de las impugnaciones establecido en el artículo 227 del código de forma:

El escrito fue presentado en término, por parte legitimada para ello, ante la Oficina Judicial correspondiente, y se dirige en contra una sentencia definitiva.

Previo a ingresar a las críticas que propone la defensa, resulta necesario señalar una circunstancia que habrá de sellar la suerte del remedio intentado, y que torna abstracto su planteo.

La existencia de un gravamen actual y concreto constituye uno de los recaudos jurisdiccionales cuya previa comprobación condiciona la admisibilidad del recurso extraordinario federal al que alude la norma antes citada (cfr. Fallos: 256:327; 267:499; 303:1852, entre otros), pues aquél recurso no está destinado para discutir cuestiones abstractas "*...sino para impugnar decisiones que produzcan agravios atendibles [ya que] la inexistencia de agravios cancela la competencia de la Corte Suprema, a los fines del recurso extraordinario*" (cfr. Néstor Pedro Sagüés, Recurso Extraordinario, Tomo I, pág. 488).

En tal contexto, quedan fuera de su ámbito aquellos perjuicios ocasionados por el propio comportamiento del quejoso, pues "*...nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos...*" (Fallos: 307:1602).

Como se puntualizó al comienzo de la presente resolución, una vez finalizada la primera fase del juicio con una declaración de responsabilidad en contra de Mario César Gómez, en la posterior cesura tanto el Ministerio Público Fiscal y la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente como la defensa (el Dr. Simonelli) junto con el propio imputado, estuvieron de acuerdo en fijar el quantum de la pena a imponerse en cuatro años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo; lo que fue homologado por los sentenciantes.

A pesar de ese acuerdo expreso, la defensa dedujo impugnación ordinaria en contra de la sentencia de responsabilidad, y no obstante tal circunstancia, el a quo igualmente ingresó al tratamiento de sus agravios.

En este contexto, cobra relevancia pacífica doctrina de nuestro Máximo Tribunal Nacional en cuanto a que no resulta lícito hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe (Fallos: 321:2530 y 325:2935); sumado a que los planteos introducidos por vía de recurso no resultan susceptibles de ser tutelados por la vía del artículo 14 de la ley 48 pues han quedado afectados por las consecuencias de su anterior conducta discrecional (Fallos: 307:635 y sus citas; 308:1175; 310:884 y 2435, disidencia de los doctores Caballero y Belluscio y sus citas, entre otros).

Esta conclusión no se altera por el resultado adverso respecto de Gómez, ya que ello fue producto de una determinada actitud procesal válidamente adoptada en su oportunidad (cfr. Fallos: 324:3632, considerando 7° de la disidencia de los doctores Petracchi, Belluscio y Bossert, ya citado); decisión sobre la cual no se alegó una supuesta afectación a la voluntad del imputado, pues él mismo ratificó y prestó su consentimiento para el arribo del acuerdo sobre la pena. Por lo tanto, tal conducta trasluce un sometimiento libre y voluntario de su parte a las consecuencias que aquel acuerdo acarrearían.

Conforme se desprende del visado de la audiencia de determinación de pena celebrada el pasado 7 de noviembre de 2023, la Fiscalía anunció, del modo que se lo había anticipado a la Oficina Judicial -cfr. constancia de fs. 27- que las partes habían arribado a un acuerdo sobre la pena

(cfr. CICERO, aud. 7/11/2023), y tras exponer los términos del acuerdo, tanto el Ministerio Público de la Defensa (ídem, '8.37 en adelante) así como el propio imputado (ídem, '11.31), prestaron su consentimiento, ratificando el acuerdo. Y luego de un cuarto intermedio, el Tribunal de Juicio lo homologó, lo que luego quedó reflejado en la sentencia respectiva (agregada a fs. 28/30 de las presentes actuaciones).

**V.-** Establecido ello, bajo la doctrina de arbitrariedad de sentencia de la CSJN, la defensa atacó los fundamentos que el órgano revisor empleó para confirmar la sentencia de responsabilidad.

No obstante la conducta procesal asumida por Gómez y por su defensa, observamos que el Tribunal de Impugnación dio plena respuesta a los agravios que esa parte formuló en su impugnación ordinaria. Y si bien el recurrente aduce que las mismas son meramente formularias y encuadrables en la doctrina de la arbitrariedad, ello no se advierte de su lectura.

Cabe recordar que a partir de la reforma operada en 2014, lo impugnado bajo el Control Extraordinario que autoriza el artículo 248 del CPPN es la sentencia dictada en segunda instancia -dada por el Tribunal de Impugnación- siendo en dicha etapa donde se garantiza el derecho a la revisión plena de la sentencia en los términos del artículo 8.2.h. CADH, en función de los artículos 18 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Cuando el Tribunal de Impugnación, tras una fiscalización exhaustiva, se pronuncia desestimando los agravios formulados, el control extraordinario no puede convertirse en una apelación bis o una segunda vuelta al recurso ordinario,

como un nuevo intento en paralelo de la apelación ya desestimada.

Esta aclaración resulta necesaria, pues una lectura de los planteos permite advertir que, bajo el aparente argumento de un análisis irreflexivo o arbitrario por parte del órgano revisor, se repitieron censuras que ya fueron suficientemente tratadas y respondidas en todas las instancias; sin que se hayan efectuado cuestionamientos específicos a los mismos, sino que simplemente se vislumbra una disconformidad subjetiva con la solución adoptada.

Así, el a quo entendió que la prueba reunida resultó suficiente para acreditar que los hechos imputados habían sido adecuadamente encuadrados bajo un concurso real de dos hechos de abuso sexual gravemente ultrajante, bajo la modalidad de delito continuado, y que en la sentencia de grado se habían dado fundamentos de peso suficientes para resolver del modo en que se lo hizo, dándose respuesta a cada una de las alegaciones que la defensa efectuó.

Se destacó que el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, regulado en el segundo párrafo del art. 119 del Código Penal, requiere, para su consumación, que el ataque sexual, por su duración o circunstancias de realización, configuren un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima. Precisó que la sentencia de grado tuvo por probada la duración de los abusos y también las circunstancias de realización, además del 'sometimiento'; que la 'duración' estuvo vinculada con la caracterización del tipo penal como "continuado" porque se acreditaron, en relación a las agresiones sexuales de ambas víctimas, identidad de sujeto activo, de sujetos pasivos, del mismo tipo de actos abusivos influidos por una situación familiar que transformó tales actos sexuales en permanentes. La sentencia agregó que el

prolongado lapso temporal en que se cometieron los abusos (dos años en una damnificada y casi tres en la otra) relevaba de mayores comentarios respecto al cumplimiento de las exigencias del tipo objetivo para su configuración.

Estimaron que, teniendo en cuenta los hechos por los que se condenó a Gómez, las características de modo y lugar de comisión y, además, la edad de ambas damnificadas, el imputado tuvo la intención (y lo logró) de someterlas, o sea, de ponerlas bajo su entero control como meros objetos de placer; siendo esa dominación la que determina la diferencia con el tipo regulado en el primer párrafo del art. 119 del Código Penal cuya aplicación pretendía la defensa, puesto que el abuso sexual simple sólo requiere, para su consumación, un furtivo tocamiento, doloso, en alguna parte del cuerpo, con significado sexual, lo que difiere, sustancialmente, de la forma en que el imputado lograba sus propósitos: obligaba a sus víctimas a arrodillarse o apoyarse en la cama, les apoyaba su miembro sobre sus partes íntimas, las obligaba a tolerar que las desvistiera, etc., todo lo cual fue adecuadamente descripto en la sentencia de grado.

En este contexto, se concluye que la defensa sigue insistiendo con las mismas críticas que fueron respondidas en todas las instancias anteriores.

En vista de ello, corresponde declarar inadmisibile el recurso presentado.

**VI.-** Corresponde imponer el pago de las costas procesales devengadas en esta instancia a la parte perdidosa (artículo 268, segundo párrafo, del CPPN).

Por todo ello, esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia;

**RESUELVE:**

**I.- DECLARAR LA INADMISIBILIDAD** de la impugnación extraordinaria deducida por el Defensor Público Dr. Diego Simonelli, en representación del imputado Mario César Gómez (artículos 227, primer párrafo, y 248 inciso 2°, ambos a contrario sensu del CPPN).

**II.- IMPONER EL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES** a la parte perdidosa (artículo 268, segundo párrafo, del CPPN).

**III.- Notifíquese,** tómesese razón y devuélvase a la Dirección de Asistencia a Impugnación, a los fines pertinentes.