

Superior Tribunal de Justicia

Viedma

En la ciudad de Viedma, a los 11 días del mes de noviembre de 2021, finalizado el Acuerdo

celebrado entre los miembros del Superior Tribunal de Justicia señores Jueces Sergio M.

Barotto, Sergio G. Ceci y Ricardo A. Apcarian y señoras Juezas M^a Cecilia Criado y Liliana

L. Piccinini, para el tratamiento de los autos caratulados "UFT 1 (EN REPRESENTACIÓN

MENOR M.M.G.) C/L. N.G. Y OTROS S/ABUSO SEXUAL" – IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA

(Legajo MPF-VI-02200-2019), teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES

Mediante sentencia del 28 de diciembre de 2020, el Tribunal de Juicio de la I^a Circunscripción Judicial (en adelante el TJ) resolvió -en lo pertinente- condenar a G.N.L.

a la pena de siete (7) años de prisión, como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal en forma continuada -hecho uno- (arts. 45 y 119 tercer párrafo CP), y lo absolvió por el delito de promoción de la prostitución -hecho dos- (arts. 45 y 125 bis CP).

La defensa del señor L. se opuso a tal decisión mediante la interposición de una impugnación ordinaria, que fue desestimada por el Tribunal de Impugnación (TI en lo sucesivo), por lo que solicitó el control extraordinario de lo resuelto, cuya denegatoria motivó

una queja ante este Cuerpo, a la que se hizo lugar de modo parcial, respecto de los siguientes

asuntos: límites de la acusación, principio de congruencia, arts. 18 de la Constitución Nacional y 191 del Código Procesal Penal en cuanto a los hechos de sexo oral; requisitos

típicos de los arts. 119 y 120 del Código Penal, alegato, prueba y perjuicio.

Celebrada la audiencia prevista por el art. 245 del Código Procesal Penal con la presencia de las partes, quienes produjeron los alegatos respectivos, y realizada la

deliberación correspondiente, se ha decidido plantear las siguientes

CUESTIONES:

1ª) ¿Es procedente la impugnación extraordinaria en la porción admitida?

2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde?

CONSIDERACIONES

A la primera cuestión el señor Juez Sergio M. Barotto dijo:

1. Agravios admitidos de la impugnación extraordinaria

En la porción admitida el letrado defensor sostiene que su presentación se incardina en los dos supuestos contenidos en el inc. 2º del art. 242 del Código Procesal Penal, a partir de la

doctrina de arbitrariedad de sentencia y de la vulneración del doble conforme y el debido

proceso por aplicación desviada de la sana crítica racional.

En tal sentido, invoca un agravio constitucional por cuanto se convalidó sin razones suficientes la decisión del TJ que incurrió en violación del principio de congruencia fáctica, al

extralimitarse respecto de la pretensión acusatoria del Ministerio Público Fiscal, que había

aludido a episodios de sexo oral consentidos y a un solo episodio de sexo anal consumado

contra la voluntad de la víctima.

Aduce que el sentenciante culminó trocando "el factum de modo esencial", pues la teoría de la acusación contenía la descripción de acciones encuadrables en el art. 120 de la ley

sustantiva (aunque postulara la aplicación del art. 119 tercer párrafo CP por vía del delito

continuado), lo que terminó con una subsunción de "todo el fáctum, de inicio a fin", como una

violación propia del art. 119 de aquella norma, por entender que la víctima no pudo consentir

libremente ningún tramo de la secuencia de hechos descripta en la acusación.

Asimismo señala que, aun cuando a priori la teoría sustentada por la Acusación suele resultar beneficiosa para el imputado por englobar una reiteración de conductas delictivas en

un solo tipo penal, en el caso concreto recortó "las chances defensivas del acusado en función de la omisión de abordar una ponderación rigurosa y completa del cuadro indiciario". En el desarrollo de los agravios compara los hechos de la acusación -vinculados con las relaciones de sexo oral- con lo resuelto por el juzgador y afirma que la divergencia es evidente y que no puede racionalmente ser vista de otro modo: "o hay abuso sexual violento o forzado con la víctima impedida de consentir (supuestos del art. 119 CP) o hay sexo consentido por una adolescente de 14 años en las circunstancias típicas del art. 120 CP". Aunque le resulta del todo evidente, la defensa sostiene que ambos tipos penales aluden a supuestos de hecho bien diversos, pues de lo contrario no tendría razón de ser la diferencia típica, y reseña los fragmentos del voto donde se verifican las diferencias entre el sentenciante y el Ministerio Público Fiscal. Entiende que las proposiciones fácticas de la acusación aludían a la hipótesis del art. 120 del Código Penal, lo que siempre fue advertido por su parte y considerado por el Fiscal en el alegato de cierre, que expresó que los hechos de sexo oral podrían merecer la calificación de "estupro" pero, por determinadas razones jurídicas -delito continuado y progresividad hasta un hecho de sexo anal violento-, los remitía al art. 119 de la misma norma. No obstante, reitera, el TJ alteró sustancialmente el sustrato de la conducta reprochada para incluir la falta de consentimiento de la víctima en todo el tramo del "hecho complejo" imputado como "hecho 1", con lo que desbordó el contenido de la acusación. Subraya que no se trata solamente de diferentes calificaciones jurídicas, sino de la extensión de los hechos de la acusación puestos a consideración del juzgador imparcial. Alega asimismo que la respuesta del TI ante el agravio respectivo fue inadecuada, puesto que ratificó lo actuado por el TJ sin advertir "perjuicio para el imputado en función de que la calificación legal fue requerida por la acusación al momento de los alegatos de

cierre".

A su criterio, con esa afirmación el tribunal revisor eludió afrontar en sus justos términos el

agravio constitucional sometido a su análisis.

Sobre este punto, argumenta que "no es parigal desde el punto de vista de la tipicidad objetiva y subjetiva, acometer las acciones del art. 119 CP o la hipótesis fáctica contenida en

el art. 120 del catálogo sustantivo" y que su parte no desarrolló ninguna actividad valorativa

en relación con las posibilidades de la víctima de brindar "o no consentimiento válido".

Insiste en que el tratamiento que dio el TI a su planteo ha lesionado el derecho-garantía del doble conforme, con citas de jurisprudencia y de la normativa implicada, y a continuación formula críticas a la valoración probatoria y concluye que se ha violentado el

método de la sana crítica racional en la reconstrucción histórica de los hechos.

En cuanto a las garantías de legalidad y tipicidad (en lo que es vinculante para el agravio anterior y el desarrollo de este voto), aduce que no hay argumentos plausibles respecto de la voluntad de la víctima de 14 años en los delitos contra la integridad sexual.

Señala la prueba y los requisitos de tipicidad objetiva del art. 120 del Código Penal en lo

referido a que no se trata de un acto forzado, sino prestado con consentimiento por quienes no

tienen, por su edad, la experiencia o madurez sexual necesaria, y alude a la doctrina y la jurisprudencia que sustenta su postura. Luego cuestiona la respuesta del TI que convalidó la

actividad del TJ, incluyendo la ya referida afirmación sobre ausencia de gravamen, e invoca el

incumplimiento del principio de congruencia y la confusión entre un consentimiento viciado y

otro ausente o inválido, acordado por una víctima que no se encuentra en condiciones de consentir. De tal modo, continúa, se han mezclado de manera incorrecta los elementos típicos

de los arts. 119 y 120 del Código Penal en perjuicio de la situación del inculcado, al

ratificar

arbitrariamente su agravación punitiva.

2. Alegatos en la audiencia

2.1. Durante la audiencia realizada ante este Cuerpo, la parte formula una reserva de caso federal por la porción no admitida de su queja, tras lo cual alega sobre las diferencias

entre la acusación y la sentencia de condena en lo relativo al consentimiento en los episodios

de sexo oral, los verbos típicos utilizados y las acciones comisivas. Afirma que el pronunciamiento condenatorio debe acotarse a los hechos y que no puede convalidarse un

exceso de jurisdicción.

Asimismo, argumenta críticamente respecto de los episodios de sexo oral que debían ser subsumidos en el art. 120 del Código Penal pero fueron incluidos en el art. 119, al quedar

atrapados en el delito continuado. Explica que el sentenciante ha incurrido en un exceso fáctico sobre conductas concretas en tres episodios de sexo oral que habían sido acordados, al

sostener que no mediaba consentimiento sobre ningún hecho, y considera que también se ha

afectado la garantía de imparcialidad. Reitera que el TJ modificó el criterio de la acusación

por una valoración distinta, cuando no podía variar las circunstancias del caso concreto para

sostener la ausencia de consentimiento, y alega que ello implica un perjuicio para su parte en

tanto se subsumió toda la conducta en el art. 119 de la ley sustantiva cuando una porción

estaba encuadrada en el art. 120.

2.2. El señor Fiscal General contesta que, si bien el TJ adoptó una postura diversa de la del Fiscal, no advierte perjuicio para el imputado en ello dado que, en su comulación jurídica con fundamento en el delito continuado, la Acusación ya había propuesto que la totalidad de las conductas se subsumieran en el art. 119 del Código Penal, incluyendo las que

habían sido descriptas como el estupro del art. 120. Se pregunta de modo retórico si esto implica una violación del principio de congruencia o causó gravamen, lo que niega en razón

de que no observa situaciones nuevas, porque el núcleo fáctico ha sido siempre el mismo, y

entiende además que no se advierte cuál es el perjuicio concreto.

Añade que la calificación jurídica ha sido la misma e incluso ha sido benigna para el acusado. En este sentido, atendiendo a que la escala penal de aplicación va de seis a quince

años de prisión, afirma que del monto de siete años que se fijó en el caso no surge que se haya

tenido en cuenta la modificación de la calificación, por lo que no constata que se haya ocasionado ningún agravio, a lo que suma que no se alega al respecto.

2.3. La señora Defensora General subrogante, que interviene en representación de la víctima, manifiesta que el Estado es responsable de investigar los delitos sexuales cometidos

contra niños y niñas. Cita normativa y recomendaciones de organismos internacionales, que

dice cumplidas en la sentencia de condena y en su confirmación.

Finalmente, cierra su discurso con la mención de diversas circunstancias personales de la joven cuyos intereses representa.

2.4. El letrado defensor replica que no formula un mero planteo sobre calificaciones legales, sino que alude a modificaciones sobre los hechos; en lo atinente al perjuicio, agrega

que la pena en concreto es superior en un año al mínimo previsto en abstracto, y que si el

juzgador entendió que varios de los hechos fueron realizados sin consentimiento, esto necesariamente debió ser valorado para los fines de la condena a disponer. Refiere que esto es

de pura lógica y que impacta sobre su monto, lo que deriva en un claro menoscabo de los

intereses de su pupilo, pues sería distinta la situación de haber arribado al mínimo legal.

Finalmente, aduce, la determinación de la existencia o ausencia de consentimiento es una

cuestión fáctica.

2.5. Por último se le da la palabra al imputado, quien realiza consideraciones acerca de su situación personal, derivada del proceso penal al que ha sido sometido.

3. Solución del caso

Para resolver el presente deben analizarse las siguientes cuestiones principales, las que a su vez derivarán en otras subsidiarias, a saber: si se verifica una violación del principio de

congruencia, si esto pudo haber traído algún perjuicio para el imputado y si el TI analizó

integralmente los agravios deducidos.

3.1. En primer lugar, conviene desarrollar una precisión conceptual acerca del principio de congruencia y, por ende, de los límites de la jurisdicción.

Como se estableció al tratar la queja, la impugnación extraordinaria debía ser declarada admisible en la medida en que se hallaba en juego la aplicación del principio de

congruencia, como derivación del derecho de defensa en juicio (art. 18 C.Nac.), y la resolución había sido contraria al derecho que el apelante funda en esa regla (art. 14 Ley 48).

Asimismo, el agravio desarrollado sobre este tópico reunía la fundamentación adecuada en

orden a las exigencias del inc. 2° del art. 242 del Código Procesal Penal.

Se trata de una temática de profuso tratamiento, a cuyo respecto se ha sentado que cualquiera "sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se

juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su

necesaria actividad acusatoria o defensiva" (CSJN Fallos: 329:4634).

Tal concepto fundamental, derivado del art. 18 de la Constitución Nacional, ha sido seguido de modo reiterado por este Superior Tribunal, y oportunamente se ha complementado

"-en resguardo de la defensa en juicio- con una restricción a las atribuciones del juzgador en

cuanto a una brusca mutación del encuadre jurídico que pueda devenir en una sorpresa

para la
defensa (STJRNS2 Se. 159/14 'Etchegaray' y Se. 6/16 'Cifuentes Caro')" (STJRNS2 Se. 315/17).

Asimismo, la nueva reglamentación procesal de la garantía constitucional en tratamiento traída por el art. 191 del rito conforme Ley 5020 vino a restringir aun más las posibilidades del ejercicio del principio *iura novit curia*, en la medida en que la sentencia no podrá tener por acreditados hechos o circunstancias no descriptos en la acusación (principio de congruencia en sentido estricto), pero tampoco podrá darles una calificación jurídica distinta, salvo la excepción expresamente referida, esto es, siempre que sea más beneficiosa para el imputado y que la defensa haya tenido posibilidades de refutarla.

Señalado así el encuadramiento conceptual de la cuestión, cabe también sostener que la acusación que habilita el ejercicio de la jurisdicción es la que se formula en los alegatos finales, terminada la audiencia de debate.

Ocurre "que en materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:155 7, entre muchos otros) [... y que en el caso] no han sido respetadas esas formas, en la medida en que se ha dictado sentencia condenatoria sin que mediase acusación" (CSJN in re "Tarifeño", T. 209. XXII, del 28/12/1989, Fallos 325:2019).

3.2. En segundo lugar, se analizará lo ocurrido en el presente legajo, en sus sucesivas instancias:

a) Audiencia de control de acusación:

En lo relevante y tomando en cuenta las alternativas procesales posteriores, entre ellas los agravios de la defensa y la ausencia de impugnación extraordinaria del Ministerio Público Fiscal ante la porción absolutoria, cabe destacar que se le atribuyó a G.N.L. que en el Balneario El Cóndor, en reiteradas oportunidades, desde el mes de marzo de 2019

hasta
el 15 de junio de ese año, aprovechando su situación de preeminencia por sobre M.M.G.,
de catorce años, en razón de la amplia diferencia de edad y la amistad previa, así como por la inexperiencia de la joven para dicha clase de actos, hizo que esta le
practicara sexo oral a la vez que la tocó con sus manos en su vagina. En el reproche se individualizaron cuanto menos cuatro situaciones específicas en tal sentido. Asimismo, se lo
acusó de que en una oportunidad, en igual período temporal, un martes entre las 16:00 y las
17:00, en la cocina del domicilio de calle... del mismo balneario, mediante violencia física y valiéndose del uso de la fuerza, la penetró con su pene vía anal, aunque esta
se negaba al acto.

Tales conductas fueron calificadas jurídicamente como abuso sexual con acceso carnal (concurso de modo ideal con promoción de la corrupción sexual, subsunción que el TJ dejó
de lado y no fue motivo de impugnación), a título de autor.

b) Alegatos de la Fiscalía de apertura y clausura del juicio (conforme los datos que obran en la sentencia de condena):

El alegato de apertura se trata de una réplica de lo reseñado arriba; por su parte, la funcionaria que formuló el alegato de clausura, luego de realizar consideraciones sobre la
prueba producida en la audiencia, se preguntó sobre la calificación jurídica: "porque [sic] es
abuso y no estupro? Es cierto que respecto de M. podría haberse dado la calificación de estupro en concurso real con abuso sexual con acceso carnal, sin embargo, la posición planteada de éste MPF tiene su razón. El hecho del acceso anal, con claro y acreditado medio
comisivo de violencia en la fuerza aplicada y resistida, acaeció en el ínterin de los hechos que
podrían calificarse como de estupro; hechos que constituyen un delito continuado siendo

todos referentes al mismo bien jurídico. Por ello es posición de la acusación calificarlos con el

suceso de mayor transgresión penal; el más gravoso".

Aquí es necesario un análisis liminar:

En su alegato de clausura, el Ministerio Público Fiscal sostuvo que la reiteración de las acciones sexuales del reproche presenta la relación propia de un delito continuado; una vez

ubicado en esta modalidad de relación de figuras jurídicas, seleccionó la calificación jurídica

más gravosa para el imputado.

Brevemente, el delito continuado hace referencia a varios hechos diferentes (esto es, no se trata de uno único), pero que guardan cierta dependencia. La continuidad requiere así

hechos plurales, dependientes entre sí y unidad legal de imputación; por decisión de interpretación legislativa, remite al art. 54 del Código Penal, en un análisis en el que también

se incluye el art. 55. Entonces, no es un hecho, son varios, pero no son independientes.

De tal modo, según el razonamiento del alegato de la Acusación, algunas de las acciones sexuales reprochadas (las de sexo oral), al ser diferenciadas de la situación más grave de sexo anal logrado mediante violencia, podrían haber recibido la calificación jurídica

propia del estupro, en referencia al art. 120 del Código Penal; empero, la parte aclaró que no

la invocaría atento a la demostración del episodio de sexo anal, con directa referencia al art.

119 de la misma ley sustantiva y la teoría del delito continuado a la que remite.

Ahora bien, sin entrar a evaluar acabadamente la corrección de tal postura en lo que hace a la inexistencia de unidad legal de imputación o a la diversidad de las circunstancias de

tiempo, lugar y modo en que fueron cometidos los hechos, lo cierto es que, de acuerdo con los

límites que la propia Fiscal fija, es evidente que para ella los actos de sexo oral habrían sido

realizados con consentimiento de la víctima, no forzados, aunque mediante el

aprovechamiento de su inmadurez o inexperiencia sexual, por la mayoría de edad del imputado, su preeminencia u otro motivo.

De allí la referencia al art. 120 de la ley de fondo, pues de lo contrario no tendría razón de ser, pues ni siquiera había sido mencionado anteriormente, además de la obvia referencia

diferenciadora respecto del episodio cometido con violencia, a cuyo respecto directamente

mencionó el art. 119. Quiere decir que para la Acusación los hechos de sexo oral no cumplían

por sí mismos los requisitos típicos de esta última norma, sino solo en la medida en que se los

ubicara en una unidad de conducta con el hecho de sexo anal.

No se encuentra así otro sentido lógico-jurídico para esa expresa aclaración en el alegato.

c) Sentencia de condena:

Si bien habría otros señalamientos posibles, no sería útil abundar en ellos, por lo que solamente se destacarán algunas de las consideraciones del voto mayoritario, suficientes para

demostrar su diferenciación con el criterio expuesto por la Acusación en su alegato de clausura, aclarando que el sentenciante restringió la cantidad de acciones sexuales acreditadas

(algunas de sexo oral, una de sexo anal) y no tuvo por acreditada la segunda figura del concurso ideal -promoción de la corrupción-, punto sobre el que no se planteó agravio.

Para lo que aquí interesa, en oportunidad de abordar la segunda cuestión (subpunto "XVI. HECHO UNO: XVI a) CALIFICACIÓN LEGAL"), la mayoría precisó la temática del

denominado "hecho dos" y se centro en el "uno", para subsumirlo en el delito de abuso sexual

con acceso carnal en forma continuada (arts. 45 y 119 tercer párrafo CP).

Fundó su afirmación de que se trató de un delito continuado porque todos los episodios, hechos, eventos "infringen la misma norma jurídica (léase art. 119 3º párrafo del

CP.)... diferentes momentos... propósito único".

Luego argumentó sobre lo que consideró la subsunción adecuada (abuso sexual con

acceso carnal) en un subpunto que identificó como XVI b) pero que sería correctamente el d).

En lo pertinente, señaló que el art. 119 del Código Penal tiene varias modalidades comisivas y

presupone la ausencia de consentimiento de la víctima o su negativa. La temática del sexo

anal, con el uso de violencia física (o intimidación), se desarrolla en el párrafo que se inicia

con 1), y a su respecto no es necesario desarrollar ninguna consideración.

El análisis de todos los demás hechos (sexo oral) aparece en el ítem 2), donde se lee:

"Ambos supuestos conllevan en mi visión la ausencia total de consentimiento... Sobre el segundo supuesto..., a partir de la manipulación de la voluntad de la víctima...

Ampliando

sobre lo dicho entiendo que la diferencia sustancial entre el tipo penal establecido en el art.

119 parr 3º y el art. 120 (estupro) del Código Penal viene dada por el consentimiento... la

autodeterminación sexual de M. no existió, y por tanto no existió consentimiento; ello es

lo medular del encuadre jurídico propiciado".

El juzgador se exployó seguidamente en los fundamentos de esta conclusión y,

después de analizar los datos fácticos expresos de la acusación (vínculo/relación víctima-victimario,

superioridad o prevalimiento, manipulación, diferencia de edad, particularidades

de las acciones por modo/lugar, vulnerabilidad, falta de desarrollo de la personalidad

biopsíquica y sexual de la víctima, poder), entendió que ese cuadro de situación permitía

inferir razonadamente que la joven "se viera restringida fuertemente -y de un modo relevante-

en su capacidad de decidir libremente", con cita de un fallo del TI referido a la ausencia de

una verdadera libertad de decisión. Luego dio cuenta de las condiciones de un consentimiento

apropiado, lo que no advertía en el caso.

Concluyó el voto afirmando que "se privó a partir de los hechos descriptos de todo consentimiento de la víctima, configurando entonces la cuestión de abuso sexual con acceso carnal".

Del análisis de la diferenciación realizada por el TJ se desprende la violación del principio de congruencia alegada. Es que queda claro que para el Ministerio Público Fiscal las

relaciones de sexo oral fueron actos no forzados, aunque su consentimiento fue brindado por

el sujeto pasivo del art. 120 del código de fondo; por su parte, para la jurisdicción se trató de

relaciones forzadas, tomando en cuenta el contexto en que se dieron, por lo que los estimó

encuadrables en el art. 119.

No es necesario abundar en la radical importancia de tales datos para el caso (consentimiento, consentimiento prestado por alguien inmaduro sexualmente, ausencia de

consentimiento), porque de ellos dependen tanto la absolución del imputado como la modificación en las calificaciones jurídicas y del concreto contenido de la acusación.

Lo cierto es que, reitero, la expresa referencia de la Fiscal al art. 120 del Código Penal permite entender que en su concepción los encuentros de sexo oral no constituyeron actos

forzados, sino que fueron "llevados a cabo con consentimiento, aunque prestado(s) por determinadas personas que el legislador ha entendido no tienen, por su edad, la necesaria

experiencia o madurez sexual..." (D'Alessio, Código Penal Comentado y Anotado. Parte Especial, pág. 184). Esto se condice con la premisa que sigue en su razonamiento ya que, al

entender que de todos modos eran posibles de subsunción en el art. 119, marcó una distinción

con la conducta sexual expresamente incluida en esta norma, cometida mediante violencia y

venciendo la resistencia de la joven.

Un argumento más lleva a la misma conclusión, consistente en la estructura de la

acusación que, mientras para las situaciones de sexo oral recurrió a la perífrasis causativa

"hizo que...", para el hecho de sexo anal describió explícitamente la utilización de violencia física.

En dicho orden de ideas, el uso de esa construcción causativa permite especificar el contenido del verbo "hacer" con los diversos medios para lograr las relaciones de sexo oral,

de manera que "hacer" puede aludir al aprovechamiento de la situación de preeminencia, por

la amplia diferencia de edad y la amistad previa, o por la inexperiencia sexual de la joven,

todas acciones típicas del art. 120 de la ley sustantiva. Quiere decir que el Ministerio Público

estructuró su acusación teniendo en miras esta norma, a diferencia del hecho de sexo anal,

donde aludió expresamente a la utilización de violencia física (art. 119 CP).

Llegado este punto, es evidente que la jurisdicción reinterpretó la expresión "hizo que..." entendiéndolo que se verificaba un contexto de violencia en el que la joven no había

consentido las relaciones de sexo oral, pero ello implica desde el vamos una modificación de

los hechos del alegato de la Acusación, que estimó que sí se había verificado el consentimiento (por ello la mención del art. 120 CP), aunque prestado por un sujeto inmaduro.

En síntesis, la presencia o ausencia de consentimiento y el modo forzado o no de las relaciones es, para los fines del análisis, un hecho subjetivo interno, una proposición fáctica

sobre la cual la jurisdicción efectuó una modificación respecto de la hipótesis de la Acusación

y esta resultó más gravosa para el imputado. Se trata entonces de supuestos de hecho distintos

cuya diferenciación implica una violación al principio de congruencia, pues lo ocurrido no

puede limitarse a un mero cambio en la calificación jurídica.

Esto también se hace evidente a partir de la teoría de la subsunción jurídica de los hechos, que es la utilizada normalmente para abordar el ítem.

De acuerdo con esta teoría, la norma jurídica tiene determinada capacidad para abarcar los hechos que se tienen por demostrados, en la medida en que la norma puede tener una estructura más simple o más compleja según los requisitos típicos expresados por el legislador. Asimismo, las normas pueden guardar determinadas relaciones entre sí, pueden

presentar una apariencia de concurso, y este puede ser ideal o real, a la vez que el delito puede

ser continuo, continuado o permanente, etc.

Algunas normas pueden contener todos los elementos de otras más simples (abarcarlas), pero suman otros requisitos propios y por tanto las desplazan (v.gr., la relación

entre el hurto y el robo, donde ambas comparten el dato del apoderamiento de la cosa mueble

ajena, pero en la segunda se suman la fuerza o la violencia para obtenerlo).

Pues bien, entre las normas que estamos considerando no se da esta absorción plena de una norma sobre otra, porque el art. 120 del Código Penal no implica una figura jurídica con

elementos más simples que se encuentra plenamente contenida en otra más grave (la del art.

119), que la desplaza por tener una mayor cantidad de especificaciones que abarcan mejor la

totalidad de los hechos acreditados.

Ambos artículos tienen la posibilidad de subsumir supuestos de hechos distintos (insisto, actos forzados o no, ausencia de consentimiento o consentimiento prestado en determinadas condiciones), aunque comparten ciertos extremos. De ahí que la elección de uno

u otro conlleve una diferenciación conceptual previa sobre aspectos fácticos (subjetivos o

internos al sujeto pasivo), para luego asumir la tarea de la calificación jurídica.

En el caso, entonces, el Ministerio Público entendió que cada una de las relaciones de sexo oral, reiteradas, asumían en su carácter fáctico las condiciones propias del art. 120

del
Código Penal, pero las remitió al art. 119 del mismo cuerpo normativo por un particular criterio sobre el delito continuado, tomando como referencia un hecho con características

diferentes, subsumibles en este último; por su parte, el TJ modificó incorrectamente el reproche aplicando directamente a todas y cada una de las conductas el art. 119 para lo que

necesitó tener por demostrada una hipótesis fáctica diversa, lo que implica una violación del

principio de congruencia.

d) Rechazo de la impugnación por ausencia de perjuicio:

El TI trató el agravio como un cuestionamiento a la calificación legal de los hechos y consideró correcta la postura del TJ al encuadrarlos en el art. 119 inc. 3° del Código Penal,

desplazando toda la aplicación del art. 120. Ratificó la argumentación en ese sentido y señaló

que no advertía perjuicio para el imputado en función de la calificación propuesta por la Acusación en su alegato de clausura. Afirmó así que solamente advertía una disconformidad

pero no la demostración de un perjuicio, y añadió que lo que correspondía hacer era lo que

había hecho el TJ, esto es, "descartar cualquier tipo de consentimiento por parte de la víctima

a efectos de juzgar adecuadamente los hechos y evitar discriminación de la niña en razón de

su género y de su edad".

Ese análisis no constituye una consideración acabada de la totalidad de las posturas desplegadas por la defensa en su impugnación ordinaria, cuya dirección era fácilmente advertible a partir de la relación entre lo ocurrido en el trámite y la alegada violación del principio de congruencia. No hay ningún examen crítico o técnico para intentar diferenciar tal

supuesta afectación del principio señalado de lo que constituiría el ejercicio de la libertad del

juzgador para calificar jurídicamente los hechos.

Va de suyo que tampoco podría sostenerse que la congruencia quedaba resguardada por la sola comparación textual entre la acusación y los hechos establecidos en la sentencia,

pues de tal modo el acto procesal del Ministerio Público Fiscal en la clausura del debate sería

insuficiente, por no contener a priori, para resguardo de la comprensión de la defensa, la expresión correcta y completa de los hechos subjetivos reprochados. De seguirse ese razonamiento, lo cierto es que dicha pieza no contiene mención alguna a si los hechos fueron

cometidos con consentimiento viciado, o en ausencia de consentimiento, o si fueron forzados

o no.

Tampoco es válido sostener, sin más, que el único motivo por el cual el TJ concretó tal distinción, contraria a la postura de la parte acusadora, fue descartar cualquier tipo de consentimiento de la niña para juzgar adecuadamente los hechos y evitar que fuera discriminada, dado que el TI reconoció que aquel se había ocupado de negar un consentimiento para las relaciones de sexo oral, admitido en el alegato de clausura, pero no

advirtió las implicancias que esto tuvo en perjuicio del imputado.

En primer lugar, siguiendo el propio razonamiento del TI -que, como se adelantó, es errado-, aun si se considerara que es un problema de calificación jurídica -un criterio distinto-,

los hechos dependientes de sexo oral (propios del art. 120 CP), en tanto son completos típicamente en sí mismos, responden a determinada caracterización del injusto cometido, a su

magnitud y gravedad. Así, es relevante y lógicamente distinto meritar, para los fines de la

pena, hechos realizados sin forzamiento (con consentimiento viciado) o hechos cometidos sin

consentimiento, y así consta en el alegato prestado en la audiencia de cesura y también fue

tomado en cuenta por el juzgador. En ambos casos se computó la reiteración de hechos y el

modo en que fueron realizados; en consecuencia, aunque no haya una expresión

numérica

objetiva para contrastar, debe concluirse que la modificación implicó un agravamiento en

relación con lo que la Fiscal había tenido por demostrado.

En segundo lugar, demostrado que el TJ incurrió en un error de actividad por cuanto su sentencia implicó una modificación en los hechos y que el déficit no fue advertido por el

TJ, que convalidó la misma condena, ello acarreó la omisión de examinar varios agravios

desarrollados por la defensa tanto en la audiencia de juicio como en su impugnación ordinaria,

referidos a la ausencia de argumentación y prueba sobre algunos de los extremos fácticos

vinculados con los requisitos típicos del propio art. 120 del Código Penal mencionado en la

acusación, a saber: la fórmula relativa a la inmadurez sexual de la víctima, que no se presume

solamente a partir de su edad sino que debe ser indagada y acreditada, tomando en

consideración el bien jurídico tutelado por esta norma, ya que en esta no se pone en juego la

libertad sexual, sino la integridad sexual (D'Alessio, op.cit., pág. 184).

Al no ser posible el movimiento argumentativo ensayado por el TJ en orden a la

acusación respecto de los sucesos de sexo oral, y como consecuencia lógica de la subsunción

de todos los hechos dependientes en el art. 119 del código de fondo (aunque incorrecta por la

incongruencia), no han recibido tratamiento los agravios vinculados con la atipicidad de lo

ocurrido que, de prosperar, llevarían a eliminar de la calificación jurídica los hechos

dependientes así reprochados, con el evidente correlato favorable para el imputado respecto

de la pena.

Lo anterior pone en evidencia el segundo perjuicio derivado de lo ocurrido.

4. Conclusión

Dado que la actividad del TJ implicó una afectación del principio de congruencia en lo relativo a los hechos de sexo oral, la cual ocasionó gravamen al imputado, y que el TI no analizó en su integralidad argumentativa los agravios deducidos al respecto, "corresponde revocar la decisión recurrida para que se dicte una nueva con ajuste a los agravios expresados..., pues cualquier exceso de jurisdicción que evidencie un interés acusatorio resultará incompatible con el principio de imparcialidad" (CSJN in re "Antognazza", A. 1318.

XL, del 11/12/2007 -voto de la minoría-).

Se verifica entonces una violación del art. 18 de la Constitución Nacional, lo que está contemplado en el inc. 2° del art. 242 del Código Procesal Penal.

Asimismo, en virtud del reenvío que se propiciará y la confirmación parcial de la porción de la sentencia de condena (y del TI) relativa al hecho de sexo anal (STJRN Se. 125/21 Ley 5020), para la necesaria completitud de la decisión y en el caso de que se arribe a una resolución final más favorable al acusado, la instancia deberá asumir la temática de la pena, que será en definitiva la consecuencia de lo resuelto. MI VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez Sergio G. Ceci y la señora Jueza M^a Cecilia Criado dijeron:

Adherimos al criterio sustentado por el vocal preopinante, y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión la señora Jueza Liliana L. Piccinini dijo:

Discrepo con los argumentos y el temperamento que propone el primer voto y al cual han adherido los colegas que me preceden. Previo a dar mis razones, me encuentro en la necesidad de efectuar algunas aclaraciones preliminares.

1. En primer lugar, corresponde señalar que al momento de decidir respecto de la admisibilidad del recurso de hecho (arts. 249 segundo párrafo y 250 CPP), desarrollé un temperamento que finalmente resultó minoritario.

En esa oportunidad, sostuve que el recurso de hecho interpuesto por la defensa debía ser rechazado en su totalidad, explicando las razones, que más adelante serán reiteradas en lo

pertinente. En síntesis, en minoría afirmé que no se advertía ni se demostraba la

vulneración

del principio de congruencia procesal, como tampoco de los principios de legalidad y tipicidad; aledaño al de perjuicio para esa parte.

A propósito de ello, y en cuanto a lo que se debe considerar en esta instancia, he de ceñirme a lo expuesto por el recurrente en la audiencia llevada a cabo, como también al conteste del Ministerio Público Fiscal y la Defensoría de Menores. Ello es así, teniendo en

cuenta que los integrantes de este Cuerpo, al igual que los restantes Jueces y Juezas que intervienen en el proceso penal vigente en nuestra provincia (Ley 5020), tenemos vedado

evaluar y hacer mérito de las presentaciones dadas por escrito, pues el caso se resuelve -litigación mediante- por audiencia. De tal modo, en el apartado que sigue transcribiré los

alegatos de las partes en el justo marco de oralidad practicada.

En el mismo sentido, tengo en consideración que esta impugnación se dirige contra lo resuelto por el TI y solamente nos estará dado ingresar en audiencias y decisiones anteriores

cuando fuere necesario verificar algún aspecto referido por los litigantes (cf. arts.72, 187, 236,

239, 243, 244 y 245 CPP).

2. A continuación se plasman los alegatos recibidos en la audiencia ante este Cuerpo, al tratarse la impugnación extraordinaria, en la porción habilitada.

2.1. Defensor Juan Luis Vincenty: "Respecto de la vulneración del principio de congruencia, que es -como todos sabemos- es un planteo netamente formal, que surge de la

comparación del texto de la acusación (comunicada al acusado en el juicio oral, en el alegato

de apertura, en el control de acusación antes de ello y en el alegato final), con el tenor, digamos, de la argumentación sustancial de la sentencia de condena, lo que nosotros hemos

planteado al TI y traemos como agravio para la competencia extraordinaria del Superior Tribunal en este aspecto, tiene que ver con que, como lo dije en la intervención anterior, la

imputación formal que se le transmite a L. al abrirse el juicio oral en este caso aludió a

un
complejo de hechos que aparecen relatados formalmente diciendo que ocurrieron
presumiblemente entre el mes de marzo de 2010 hasta el 15 de junio de 2019, y en
cuanto a
los medios comisivos al contexto de los hechos dice la imputación: 'aprovechando su
situación de preeminencia sobre la niña MMG, de 14 años, en razón de la amplia
diferencia
de edad y la amistad previa entre ambas partes, como así también de la inexperiencia
sexual
para dicha clase de actos sexuales, hizo que M le practicara sexo oral a la vez que L. le
tocaba con sus manos la vagina'.
"Luego viene, digamos, una reseña de cuándo había ocurrido por primera vez este tipo
de conductas de sexo oral, dentro de ese marco comisivo; se habla de una primera vez,
de una
segunda vez, más o menos en ubicación de tiempo y lugar, y una última vez -dice-, una
tercera ocasión de sexo oral en esas condiciones, para luego hacer mención al episodio
aquel
de sexo anal forzado que aparece en una segunda cámara Gesell que hace la víctima,
luego de
haber este realizado la primera estando L. ya detenido y aludiendo en esa primera
cámara
Gesell a esos episodios de sexo oral consentidos.
"Lo que la defensa concretamente plantea como vulneración del principio de
congruencia, y consecuente afectación del derecho de defensa en juicio, del debido
proceso y
de la garantía también de imparcialidad del juzgador, tiene que ver con que, desde
nuestro
punto de vista, como lo ha dicho el Superior Tribunal reiteradamente, lo repito ahora, lo
que
define -digamos- la sustancia de la imputación apta para merecer una sentencia de
condena es el verbo típico, las acciones comisivas que, en vinculación con la
descripción que
hace el tipo en el Código Penal de la Nación, puede tener una razonable vinculación y
puede

entonces el imputado comprender de manera clara cuál es el sustrato de la imputación que se le está realizando.

"En este caso, lo que ocurrió concretamente y, digamos, previo a ir a puntualizar la cuestión, hay parámetros que ha fijado la Corte Suprema reiteradamente -aludo concretamente

al precedente de Fallos 336:714, carátula 'Delgado' de la Corte Suprema, que dice de manera

concreta la doctrina: el deber de calificar conforme a la ley encuentra su límite en el ajuste del

pronunciamiento a los hechos que constituyen materia de juicio. También en ese mismo sentido, en la disidencia de los doctores Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni en un precedente

'Antognazza', de Fallos 330:4945 la página, se dice, de manera, esto es, sintetizado al máximo

por razones de tiempo, el exceso de jurisdicción, que evidencia interés acusatorio, lesiona la garantía de imparcialidad.

"Y acá ha habido un exceso -digamos- del TJ, que ratificó luego el TI, en calificar la conducta en el marco del 119 párrafo tercero del Código Penal, es decir, aplicar el tipo penal

de violación, de acto sexual forzado o no consentido por la víctima, en la medida en que se

estimó acreditado, y que esta defensa ya ha hecho la reserva de impugnación extraordinaria

federal, se consideró acreditado un episodio de sexo anal forzado y se entendió que por el

principio de progresividad, así lo dijo la Fiscalía en su alegato de cierre y también lo había

dicho al principio, esos episodios de sexo oral consentidos quedaban atrapados, en función del

principio de progresividad, digamos, de la conducta que lesiona homogéneamente el bien

jurídico 'integridad sexual' en el caso concreto, y que entonces se entendió que aquel

episodio

de sexo anal forzado subsumía en la calificación legal -por vía de la teoría del delito continuado- a los episodios de sexo oral consentidos, digamos, que la propia fiscalía, en el

alegato de apertura y en el de cierre, entendió que aquella porción del factum de los episodios

de sexo oral podían merecer calificación legal del 120 del Código Penal, esto es, del viejo

estupro, pero por aplicación de la teoría del delito continuado lo subsumían todo, el complejo

fáctico, en el 119 tercero.

"Lo que ocurrió, este..., en la sentencia concretamente es que el juez del voto mayoritario, el doctor Gandolfi, que tuvo la adhesión del doctor Reussi, entendieron que en

realidad había una discrepancia desde el punto de vista valorativo con la Fiscalía, lo dice de

manera expresa el Juez Gandolfi, en el sentido de que desde el punto de vista del sentenciante

no podía entenderse que haya mediado consentimiento en ninguno de los episodios, ni de sexo

oral ni de sexo anal, en la medida que se argumentó, desde el punto de vista de la perspectiva

de género, que la víctima, por su condición de vulnerabilidad, no pudo haber brindado en

ningún tramo del episodio complejo de la imputación, un consentimiento válido.

"Entonces, por supuesto que desde el punto de vista de la defensa esa argumentación de la judicatura excede fácticamente -no ya una cuestión de calificaciones jurídicas, de estupro o violación-, excede las conductas concretas que le fueron reprochadas a L. y el modo en que le fueron transmitidas por el Ministerio Público Fiscal que aludió, insisto, a tres

episodios de sexo oral consentidos y sumó un episodio de sexo anal. Entonces la consideración de la Fiscalía (sic) se divorcia de la tesis del Ministerio Fiscal que, ya digo,

aludía al 119 por vía de la aplicación de la teoría de delito continuado; en cambio el

Tribunal

entiende que nunca la víctima pudo haber dado un consentimiento válido, por su condición de vulnerabilidad y por las cuestiones vinculadas a la ponderación en el marco de la perspectiva de género.

"Entonces, en definitiva, lo que ha quedado en entredicho, digamos, y donde la defensa ve el choque de la garantía de imparcialidad y del principio de congruencia de manera

concreta, es que la imputación alude a verbos típicos y acciones claramente vinculadas al 120

del Código Penal, en su mayor medida, salvo ese episodio en particular, porque claramente el

120 del Código Penal alude a víctimas de 13, 14, 15 años que, por supuesto, en determinadas

circunstancias el legislador ha entendido que pueden no dar un consentimiento plenamente

eficaz, pero tienen que comprobarse las circunstancias del 120, esto es, la inexperiencia sexual de la víctima y el aprovechamiento de esa inexperiencia por parte del adulto, del sujeto

activo, para consumir determinadas acciones sexuales. Ese era el enfoque de la acusación que

trastoca la sentencia, al entender, por sus razones, y desde la perspectiva de género que, insisto, la perspectiva de género es, digamos, la aplicación de máximas generales de la experiencia, inferencias generales -dice la doctrina-, para tratar los asuntos que vinculan a

mujeres o niñas en su vinculación en el marco de una sociedad patriarcal; entonces, es un

instrumento de valoración vinculado a esa experiencia de la sociedad, que claramente son

normas comunes y generales, pero que no pueden desplazar las circunstancias del caso concreto. Es decir, lo que la sentencia ha vulnerado en este caso, desde el punto de vista técnico, es las circunstancias del caso concreto y ha aplicado dogmáticamente aspectos de la

teoría de la perspectiva de género para entender desde ese punto de vista que la víctima no
consintió nunca válidamente ninguna de las conductas y que por lo tanto todo es un
complejo
de violación.

"Entonces, claramente desde el punto de vista de la defensa en juicio, de la posición
del imputado en el proceso, no es lo mismo una imputación que hable de actos
consentidos

por una víctima de 14 años, que no tiene problemas cognitivos ni volitivos y que no
tiene

ningún tipo de inmadurez o de circunstancia impediendo de su comprensión de la
cuestión de

la integridad sexual, y esto lo ha dicho largamente la información psicológica
incorporada en

el proceso, que es una víctima con características muy particulares, que tenía relaciones
sexuales desde tiempo antes a los hechos que menciona el proceso, y que eran
relaciones

sexuales -dichas por la víctima a la médica forense, a la psicóloga forense, a la
psicóloga de

parte-; ella aludió a que tenía relaciones sexuales de naturaleza oral, vaginal y anal. Esto
consta y lo dijeron en el proceso, en el juicio propiamente dicho, los psicólogos y la
médica

forense que la examinó.

"De manera que lo que concretamente la defensa entiende es que el tribunal, la
sentencia de condena por mayoría, termina tergiversando la esencia de la imputación y
agravando la situación del imputado, al entender que hubo una víctima que obró sin
consentimiento, que por supuesto remite al 119 del Código Penal, a la violación, a la
vieja

violación de nuestro sistema jurídico, cuando los hechos de la narración que ofrece la
acusación claramente dirigen esa imputación a acciones sexuales consentidas, en su casi
totalidad, salvo aquel episodio, tan extraño para la defensa, pero que es motivo de otro
agravio que el tribunal no ha aceptado en esta audiencia para abrir su competencia y que
la

defensa procurará, digamos, continuar con ese reclamo para que se revise la valoración

probatoria que ha hecho el TJ ratificada por Impugnación, que desde nuestro punto de vista es arbitraria, y contradice la sana crítica racional, y aplica de manera equivocada las reglas de la perspectiva de género, etc. No voy a seguir por eso porque me estaría metiendo en un aspecto

que el tribunal no ha permitido que se avance en esta audiencia al menos.

Así que ese es el planteo concreto respecto de esta cuestión formal, de la divergencia entre el tenor de la imputación y el tenor de la sentencia, desde un punto de vista sustancial,

de las conductas concretas, del significado en la vida real de lo que fue acusado L. y por lo

que fuera condenado luego L., según la argumentación del tribunal que, insisto, excedió con creces el planteo que había hecho el Ministerio Público Fiscal, entonces tergiversó el

factum concretamente, de modo que ese es el planteo señores Jueces. Gracias."

2.2. Fiscal General Fabricio Brogna: "La verdad que a la luz del fallo rector del TJ que ha citado el doctor Vincenty, en el cual se ha tomado una posición diversa a la que sostuvo el

Ministerio Público Fiscal, no voy a trocar hoy, lo que sigo pensando era la calificación legal

que debía atrapar el hecho que el propio Ministerio Público propuso y que terminó en definitiva siendo aceptado por los jueces del TJ.

"Voy a hacer hincapié en cuál sería la diferencia, o puesto de otra manera, cuál es -si es que lo hay- el verdadero perjuicio o agravio que tiene la defensa respecto de esta posición

del TJ, que es distinta que la que propuso el Ministerio Público Fiscal.

"El Ministerio Público Fiscal, ya ha sido dicho más de una vez, ha propuesto un delito continuado; aplican en él las reglas del concurso ideal, con lo cual había que tener en cuenta

el delito más grave a los fines de la pena. Desplazó entonces el delito más grave, el abuso

sexual con acceso carnal, los supuestos de estupro en cuanto a la calificación, lo dijo el representante del Ministerio Público, lo repito yo hoy, en todo momento, tal como dice

el doctor Vincenty, los distintos otros hechos que integraban este hecho complejo fueron propuestos como estupro, contenidos en el 120 del Código Penal; así fueron descriptos, así están descriptos, conforme los verbos típicos. Sería la verdad una absoluta deslealtad procesal decir ahora que, efectivamente, la calificación legal que propone el Tribunal es la acertada.

Ahora, esta distinta valoración que hacen los jueces, a) ¿implicó una verdadera violación al principio de congruencia?, y b) ¿redunda en un verdadero perjuicio a la defensa o al imputado? Creo que las dos respuestas son negativas.

"Primero, tal como lo analizó el TI, se advierte claramente que para llegar a esa conclusión de calificación diversa el TJ tuvo en cuenta y detalló en su sentencia el aprovechamiento... escasa edad... todo ello hace imposible... [lee, textual].

"Es decir, estas cuestiones que los jueces tuvieron en cuenta, primero, no son arbitrarias y, segundo, no exceden el marco fáctico propuesto por la Fiscalía, con lo cual no están afectando el principio de congruencia Vuelvo a repetir, más allá del acierto o error de la calificación.

"Y les voy a proponer, ahora sí, cinco puntos en concreto. El primero es básicamente esto que acabo de explicar: el Juez no agrega ninguna situación de hecho que implique la falta de consentimiento, sino que deduce la falta de consentimiento de los elementos que se encuentran en el propio hecho que se le enrostró desde el día uno..., por lo menos desde el control de acusación, con lo cual el núcleo fáctico enrostrado es siempre el mismo y congruente entre la acusación y la sentencia.

"Dos: Se alega esta lesión a la congruencia fáctica y al debido proceso consecuentemente, pero no se dice cuál es el concreto agravio que eso causó, más allá del propio teórico formal, ni qué defensas se vio privado de oponer en el caso. Recordemos que

esta porción no era no delictiva al principio y los Jueces la tornaron delictiva, siempre fue

acusada como delictiva por el Ministerio Público Fiscal. Con lo cual la defensa ya sabía que

integraba una acusación, que esa acusación estaba o tenía como bien jurídico tutelado la integridad sexual de esta víctima, con lo cual no hay de alegar sorpresa alguna.

"Tres: Tanto en el control de acusación como en los alegatos la cuestión de la calificación legal fue expuesta de modo tal que los hechos fueron subsumidos en la calificación legal de abuso sexual agravado por acceso carnal y así se sentenció. Es más, el

Ministerio Público acusó concursando esta figura con la de corrupción de menores, calificación que el Tribunal quitó.

"Cuatro: La calificación sentenciada por el TJ y criticada por la defensa, de abuso sexual con acceso carnal del art. 119 tercer párrafo del Código Penal, es más benigna que a) la

propuesta por la Fiscalía, vuelvo a repetir, que concursó idealmente este delito con el de promoción de la corrupción de menores, y mucho más benigna que el concurso real entre

estupro y abuso sexual agravado, que sería la calificación que atrapa las distintas transgresiones a la ley penal en las que se puede descomponer el hecho... Este sería un análisis hipotético de las distintas posibles calificaciones que el hecho podría tener. Pero hay

un análisis concreto que se puede hacer, y este es el quinto y último punto de este acápite, que

es el de la pena.

"Porque al fin y al cabo, dicho vulgarmente, la pena es el precio de la calificación.

Veamos qué pena se aplicó en este caso. El delito enrostrado va de los seis a los quince años

de prisión, el tribunal termina aplicando siete años de prisión. Toda esta cuestión no recurrida

por la defensa. Esto es porque ni en la valoración de los agravantes se tuvo en cuenta la cuestión materia del recurso, ni en el monto concreto aplicado se avala que se haya tenido en

cuenta esta modificación de la calificación en contra...

"Con lo cual la carencia de agravio resulta patente y empuja a rechazar esta porción del agravio de la defensa.

"No he escuchado de la exposición del doctor Vincenty otra argumentación, otro agravio por lo cual debería dar por finalizado mi alegato, esto en tanto que de alguna manera

esta cuestión contiene las discrepancias respecto de la calificación... Digo esto porque, o

entendí mal, o yo pensé que se había abierto por una porción mayor que la que alegó el doctor

Vincenty, pero esto responde a los argumentos que escuché."

2.3. Defensora de Menores Patricia Arias, en representación de la adolescente víctima:

"Solamente voy a agregar que, como es de conocimiento de los señores Jueces, constituye una

obligación de los funcionarios judiciales investigar y eventualmente sancionar aquellas conductas sobre delitos sexuales, de violencia en contra personas menores de edad. Que esto

deviene de numerosos instrumentos internacionales que los señores Jueces conocen ampliamente, desde la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención

Americana, las Directrices 2005 de Naciones Unidas, CEDAW, etc.

"En este sentido, el estudio del Secretariado General de Naciones Unidas ha recomendado a todos los países que tengan especialmente en cuenta la importancia de hacer

rendir cuentas a aquellas personas que cometen estos hechos, porque eso amplía la confianza

que la sociedad tiene en la Justicia, a los fines de que estos hechos contra niños y niñas no

queden impunes y que reciban las sanciones que les correspondan de acuerdo a la responsabilidad de sus actos.

"En este sentido creo entonces que la sentencia que está siendo cuestionada en estos aspectos ha cumplido acabadamente con este mandato convencional que tiene el Poder Judicial.

"Por su parte, solo voy a agregar que M. es una niña que tiene dieciséis años de edad, que asiste al secundario, a cuarto año, que ha hecho un trabajo terapéutico

importante, y
que hoy, después de haber tenido la terrible exposición que significa para un niño hacer este tipo de denuncias, asistir a una audiencia en la que terceros ajenos la escuchan, esta fuerte exposición que no ha sido para nada gratuita, hoy intenta recomponer su vida. Hay circunstancias, sin embargo, que la afectan, como conductas que, según me ha manifestado M., han tenido recientemente familiares cercanos al imputado, concretamente su esposa o pareja, desconozco, donde ha tenido actitudes como tirarle el auto encima cuando ella estaba cruzando con su hermanito menor. Esto me lo ha hecho saber especialmente, ella me ha pedido que lo haga saber, no ha querido denunciarlo porque no quiere tener más conflictos, pero esto también lo pongo en conocimiento, ya que se encuentra presente el imputado y además el defensor, a los fines de que arbitren los medios para evitar que esas conductas se repitan. Caso contrario veremos la forma de canalizar algo que ella en este momento quiere hacer saber. Eso es todo. Muchas gracias al Tribunal por escucharme. Gracias."

2.4. Defensor Juan Luis Vincenty: "Una brevísima acotación, señor Presidente, con respecto a la réplica del Fiscal General, lo que quiero yo reiterar de alguna manera es que no se trata del planteo de calificaciones legales, de meras calificaciones legales, sino del sustrato de la imputación. Las reglas del debido proceso legal exigen una imputación clara, concreta, vinculada a una conducta penalmente sancionada. Entonces, los verbos típicos, las modalidades comisivas, son muy relevantes porque en función de eso el imputado y su defensa trabajan en la dialéctica del proceso.

"Luego, con respecto nada más a la cuestión de que no hay perjuicio, esto ya lo había dicho el TI en su denegatoria; claramente hay un perjuicio no solo porque la Corte

Suprema

entiende que el Juez que va más allá de la acusación incumple, digamos, rompe la garantía de

imparcialidad, sino porque además, como bien dijo el Fiscal, se aplicó ciertamente una pena

que supera en un año el mínimo legal del 119, con lo cual no es un agravio tan importante,

pero es un agravio en la medida que, si el tribunal entiende que todo el complejo fáctico se

realizó sin el consentimiento de la víctima, obviamente esa es una conducta que a los fines de

la mensuración de la pena tiene que ser tenida en cuenta, por una cuestión elemental de razonabilidad. Una cosa es considerar que existe consentimiento, salvo en un episodio,

y que

se aplica una teoría de delito continuado que hemos criticado nosotros desde la defensa por

inaplicable al caso concreto, y que es un agravio que ha quedado todavía ahora en reserva,

digamos, pero hay claramente un impacto en la pena cuando un tribunal está diciendo

'nosotros consideramos que no hubo consentimiento válido de la víctima en ningún tramo del

complejo de la imputación'. De modo que claramente ahí hay un perjuicio. Distinto sería si

hubiesen impuesto el mínimo legal. Ya allí la cosa se complica, más allá de las cuestiones de

valoración probatoria y de aplicación del tipo penal en el concreto. Pero al aplicarse una pena

de siete años, claramente ahí está contenida la valoración que ha hecho el tribunal en exceso

de lo que le había propuesto el Ministerio Público Fiscal, y se trata de una cuestión ni más ni

menos que de consentimiento sí o consentimiento no, miren si no es fáctico esto. Se puede

desde la perspectiva de género discutir el tema del consentimiento, pero la perspectiva

de género, insisto, son máximas de la experiencia aplicadas a los temas de género, son principios generales, son reglas de interpretación de la realidad. Nosotros juzgamos delitos con el Código Penal en la mano y el Código Penal dice del consentimiento ausente porque hay forzamiento en todas las hipótesis del 119 o del consentimiento dado por el menor o la menor de trece, catorce, quince, en circunstancias que hacen que ese consentimiento no sea plenamente eficaz, y que el adulto que entra en relaciones sexuales en esas circunstancias, inexperiencia sexual de la víctima, aprovechamiento de esa situación para el acceso sexual, para el abuso, bueno, esas son las definiciones con las que trabajamos en derecho penal, con el Código Penal. La perspectiva de género, desde el punto de vista de este defensor, sirve para valorar pruebas, para ponderar pruebas desde la perspectiva de la víctima; ahora yo tengo muchas dudas de que sirva para calificar delitos y trocar con eso lo que dice el Código Penal, la letra y la doctrina del Código Penal, sobre el consentimiento en particular. "Otra cosa hubiese sido que el Ministerio Público Fiscal entienda desde el inicio que no podía haber consentimiento válido y se lo comunique de esa manera al imputado. Y entonces discutiríamos, en el juicio pleno, sobre esas circunstancias. La imputación no venía en ese sentido; por lo tanto, insisto en que hay un exceso de jurisdicción del Tribunal, agravando la situación del imputado, y que esto necesariamente debió haberse reflejado en la pena finalmente impuesta. Gracias, señor Presidente."

3. La habilitación de la instancia extraordinaria que ahora nos ocupa, en conformidad con el alcance que se le otorgó al hacer lugar al recurso de hecho, impone analizar: si se afectó el principio de congruencia, si existió violación de los principios de legalidad y tipicidad y si la subsunción realizada al momento de individualizar la pena ocasionó perjuicio

al condenado. Anoto que la impugnante no desarrolló planteo alguno dirigido a cuestionar al

TI por omisión de agravios.

4. En punto al principio de congruencia, teniendo en consideración los postulados constitucionales y convencionales que se han alegado y que recoge la mayoría, debo aclarar

liminarmente que se comparten en sus alcances dogmático-jurídicos. Ello así, en tanto sabido

es que la debida congruencia de la trilogía "hecho intimado, hecho sentenciado y defensa en

juicio" corresponde sea irrestrictamente respetada, pues solo así se da satisfacción al debido

proceso legal (acusación, defensa, prueba y sentencia), en los términos del art. 18 de la Constitución Nacional.

En un prolijo artículo de Notas de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, publicado en agosto 2021 y relativo al Principio de Congruencia se reseña:

"En

materia penal, la Corte ha sostenido que cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que

fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual

los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva. Si bien en

orden a la justicia represiva, el deber de los magistrados, cualesquiera que fueren las peticiones de la acusación y la defensa, o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado

con carácter provisional, consiste en precisar las figuras delictivas que jueguen con plena

libertad y exclusiva subordinación a la ley, ese deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen la materia del juicio" (Fallos 314:333;

315:2969; 319:2959). El cambio de calificación adoptado por el tribunal será conforme al art.

18 de la Constitución Nacional, a condición de que dicho cambio no haya desbaratado

la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole "formular sus descargos" ("Sircovich", Fallos: 329:4634).

Como bien se ha mencionado en el primer voto, a través de la cita de precedentes de este Cuerpo (STJRNS2 Se. 159/14 "Etchegaray" y Se. 6/16 "Cifuentes Caro", citados a su vez

en STJRNS2 Se. 315/17), para asumir que el principio ha sido preterido debe verificarse,

además de la falta de correlación entre acusación y sentencia respecto del hecho procesal, la

existencia de sorpresa. Esto es, la variación en la sentencia que provoque indefensión, ya que

nadie puede defenderse de aquello que desconoce, y en el sistema que nos rige la defensa

debe tener siempre la oportunidad de contrarrestar y contradecir todo cuanto le haya sido

reprochado fáctica y jurídicamente.

De tal modo, el empalme del art. 18 de la Constitución Nacional con el art. 191 del Código Procesal Penal, que establece la facultad jurisdiccional de otorgar al hecho una calificación jurídica distinta siempre que resulte más benigna para el acusado, contiene - como

norma reglamentaria de la manda constitucional- dos límites: que no sea sorpresiva y -además- que no perjudique la situación del acusado.

En sentido coincidente se ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fermín Ramírez vs. Guatemala", del 20 de junio de 2005, al establecer

que el principio de coherencia o correlación impone que la sentencia solamente pueda versar

sobre hechos o circunstancias contempladas en la acusación y que, inclusive, "la calificación

jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el

juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin

variación

los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo

la nueva calificación".

También se coincide con el voto ponente en cuanto sostiene que la acusación que habilita el ejercicio de la jurisdicción es la que se formula en los alegatos finales, terminada la

audiencia de debate.

No obstante, y a los fines de mayor amplitud, para verificar si tal vulneración ha acontecido, tal como aiosamente proclama el recurrente y como lo han aceptado mis distinguidos colegas preopinantes, me remitiré a la circunstanciación del hecho enrostrado y a

la calificación jurídica que a ese facto se le otorgó inicial y provisoriamente al formularle los

cargos hasta llegado el momento del alegato fiscal de cierre.

Sin esfuerzo alguno se advierte que el hecho en su contenido fáctico (tiempo, lugar, modo) ha sido intimado, acusado y trasladado al fallo sin variación o mutación alguna.

Luego,

la subsunción o adecuación típica desde el control de acusación, durante el juicio, el alegato

de apertura y el de cierre o clausura ha sido invariablemente con encuadre en el art. 119 tercer

párrafo en concurso ideal con el art.125, ambos del Código Penal.

En el fallo, el tribunal sentenciante, por mayoría, halló acreditado el hecho rubrado "1" y lo subsumió en el art. 119 tercer párrafo, dejando de lado el concurso ideal con corrupción

de menores del art. 125, ambos del código de fondo. El TI ratificó esa sentencia de condena y

convalidó la calificación.

Hasta aquí surge prístinamente que el sentenciante ni siquiera ha utilizado su facultad de ejercer el iura novit curia, pues otorgó al hecho (parcialmente y en beneficio del reo) la

misma calificación que propiciaba la Fiscalía y respecto de la cual la defensa ejerció su derecho de contradecir durante el juicio. Tanto fue así que, en su defensa material, el

acusado

se explayó sobre cada una de las circunstancias y las pruebas de cargo; lo cual es verificable

de la simple lectura del fallo en el que se trasladó su discurso en lo sustancial y -aun así- demandó ocho páginas. Allí, claramente expresó que entendió lo que se le imputaba.

Obviamente, la defensa técnica también ha estado siempre al tanto de la primigenia calificación (léase: 119 tercer párrafo, que inicialmente estaba integrada, en concurso ideal,

con el art. 125 CP).

Por consiguiente, no es dable entender que la subsunción dada al hecho de condena le haya causado sorpresa y por derivación haya vulnerado el derecho de defensa en juicio.

Es entendible que la defensa técnica, en pos de cumplir con el requisito de eficacia, bregara para que el sentenciante, a la luz de las circunstancias relatadas en el hecho reprochado, entendiera que la adecuación típica correcta era la del art. 120 de la ley sustantiva. No obstante, no pidió que así fuera, puesto que su posición, su estrategia y, en

consecuencia, la tesis defensiva fue -desde el inicio-, negar la existencia del hecho, cualquiera

fuere su calificación. Así lo expresó en su alegato de clausura. Se concentró la empeñosa

defensa en poner de relieve lo que consideró yerros de la acusación y omitió atender a las

formas comisivas del reproche tal como fue calificado, puesto que el párrafo tercero del art.

119 del Código Penal, además del acceso carnal, remite al primer párrafo en cuanto a la modalidad comisiva que es requerida como elemento del tipo. Es decir que el acceso carnal

exigido -con exclusión, claro está, de las personas menores de trece años, cuya falta de consentimiento se presenta como presunción iure et de iure- queda subsumido en ese tipo, sea

que haya sido cometido mediando "violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una

relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por

cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción".

Sobre ello volveré más adelante, porque lo concreto para atender este agravio y refutarlo es que nunca se le ocultó la calificación encuadrable en el art. 119 tercer párrafo, de

modo que no ha existido por parte de la acusación y tampoco por parte del TJ un cambio

brusco que provoque sorpresa e indefensión, tanto menos una variación que perjudicara la

estrategia defensiva.

Se advierte así que no se ha planteado y, por ende, no se ha discutido en el subexamine la existencia del consentimiento (ni aun viciado) de una víctima de estupro, simplemente porque nunca ha sido la tesis de la acusación, que reclamó siempre la subsunción

en el art 119 inc. 3° circunstanciando la plataforma fáctica como un hecho ("Hecho 1"), y

tampoco la tesis de la defensa, que negó férreamente la existencia del hecho; pero siempre

advertida sobre la ausencia de consentimiento, pues no hay otro modo de subsumir el hecho

relatado en el art. 119 tercer párrafo del código de fondo.

Así lo observé inicialmente, propiciando el rechazo de la queja. De la lectura de la sentencia de condena se extrae la actuación del Ministerio Público Fiscal en su alegato de

clausura y el hecho que el juzgador originario dio por probado, transcrito textualmente en la

sentencia del TI, el cual luce circunstanciado en idénticos términos. Luego de transcribirlo,

explicité que "(d)e su repaso atento no surge que la acusación haya sustentado una proposición fáctica tal para los varios actos de sexo oral reprochados que impliquen que estos

fueron llevados adelante contando con el consentimiento de la víctima, aunque viciado por su

inmadurez sexual".

De lo expuesto surge entonces que no ha habido en el caso tal pretendida modificación

que pudiera haberle generado a la defensa alguna sorpresa y, menos aún, la afectación del principio de congruencia, en tanto, reitero, el hecho tal como le fue intimado al acusado ha sido trasladado a la sentencia.

A idéntica conclusión arribó el TI, luego de otorgar el debido tratamiento a las cuestiones de hecho y prueba en el acápite 5.2.8 al sostener: "No advierto perjuicio para el imputado en función de que la calificación legal fue requerida por la acusación al momento de los alegatos de cierre como abuso sexual con acceso carnal en concurso ideal con promoción de la corrupción sexual. Por lo cual mas que una mera disconformidad no se advierte perjuicio alguno para el imputado. Sin perjuicio de que, en orden a la obligada debida diligencia al juzgar este tipo de delitos correspondía -como lo hizo el tribunal- descartar cualquier tipo de consentimiento por parte de la víctima a efectos de juzgar adecuadamente los hechos y evitar discriminación de la niña en razón de su género y su edad. refiriéndose a la calificación legal en orden a lo alegado en la audiencia la Defensa".

A dicha conclusión se arriba en respuesta al agravio expuesto por la impugnante ante ese Tribunal, ya que su embate contra la sentencia del TJ se refería a la calificación otorgada al facto que aludía a abusos sexuales con acceso carnal vía oral (fellatio in ore), sin agraviarse en esa instancia por vulneración del principio de congruencia.

Lo destaco para poner en evidencia la metamorfosis de la estrategia defensiva, que partió de la inexistencia absoluta del hecho y la presentación de una versión falsa y difamatoria de la víctima, para luego reclamar que el abuso por acceso vía oral debía calificarse como estupro, trocando ya ante esta sede el ataque crítico en exceso de jurisdicción

e incongruencia en razón del divorcio entre la motivación de la acusación y del TJ para entender que se estaba ante un delito continuado.

5. Sobre la alegada violación a los principios de legalidad y tipicidad, además de lo ya expresado en cuanto a los conceptos contemplados en la norma, en particular en el primer

párrafo del art. 119 del Código Penal al que remite el párrafo tercero, del análisis efectuado

tanto en la sentencia de origen como de la confirmatoria del TI se extrae que aquello que se

tuvo por probado y debidamente razonado permite su aplicación a las circunstancias materia

de reproche que se describieron en el hecho nominado "1".

5.1 Resultaron relevantes para el sentenciante y también para el TI las características del vínculo existente entre víctima y victimario, según surge de la prueba reunida en la causa,

y que en el reproche ha sido descrito de la siguiente manera: "aprovechando su situación de

preeminencia por sobre (la víctima), de catorce años, en razón de la amplia diferencia de edad

y la amistad previa, así como por la inexperiencia de la joven para dicha clase de actos, hizo

que esta le practicara sexo oral a la vez que la tocó con sus manos en su vagina". Son precisamente tales características, de preeminencia, de amistad de años, de diferencia de edad,

las que permiten concluir en el acierto de esa calificación en relación con este caso.

Destacada doctrina, al sumergirse en lo abarcativo de las modificaciones incorporadas al capítulo de los delitos contra la integridad sexual, hace ver que la modalidad comisiva del

primer párrafo del art. 119 del Código Penal que alude al abuso coactivo de una relación de

poder sobre la víctima y descartando que ello contemple el "acoso laboral", expresa: "lo que

se pretendió ha sido incluir aquellas situaciones en las que para acceder al acto sexual el autor

no necesita usar la fuerza o la amenaza, pues la posibilidad de resistencia estaría neutralizada

de antemano por el temor de la víctima de sufrir algún mal que no fue anunciado por aquél,

pero que, por las características del acto y sus antecedentes como las de la propia relación,

está implícito que aquél puede llevar a cabo... Es la propia posición de preeminencia que,

explotada con fines sexuales, permite por virtud de ese empleo coactivo de la relación.

De ahí

que ese supuesto consentimiento carezca de toda validez" (cf. D'Alessio, Código Penal Comentado, pág. 233).

En punto al consentimiento, cuestión que ha sido introducida por la parte impugnante en su crítica al fallo, cabe recordar que, "[s]i de lo que se trata es de la libertad, resulta nuclear

para considerar si ha habido lesión al bien jurídico, el consentimiento de los sujetos para ejercerla... hay otras situaciones en las que el autor vence la libre determinación de la víctima,

como en las situaciones de poder. Es decir que a la violencia física y moral se le han sumado

otras formas más sutiles mediante las cuales el autor puede obtener el resultado deseado y en

el que la víctima de mal grado se ve obligada a soportar su acción" (cf. Baigun y Zaffaroni,

Código Penal Comentado. "Delitos contra la Integridad sexual", pág.490).

De lo que se trata entonces es de comprender el alcance del primer párrafo del art. 119 del código de fondo y su relación con el párrafo tercero, y que el consentimiento que podría

estar presente en la víctima no se tiene como libre; "prueba de ello es que la enunciación de

los medios no es taxativa, porque el párrafo final hace referencia a cualquier causa por la cual

no se haya podido consentir libremente, es decir en pie de igualdad" (Baigun y Zaffaroni, op.

cit.).

La sentencia del TJ y la confirmación del TI otorgaron al facto la subsunción correcta, habida cuenta de la inexistencia de consentimiento libremente ejercido por la víctima, lo que implica ausencia de consentimiento.

En cuanto a la profundización del análisis que se efectúa respecto de la aclaración que la Fiscalía efectuó en el alegato de cierre, aludiendo a que "podría" entenderse que la agresión

sexual con acceso carnal por vía oral se presente como subsumible en el art.120 del Código

Penal, evidenciando -según el voto que encabeza este Acuerdo- que para el acusador el sexo

oral era consentido, "pues de lo contrario no tendría razón de ser, pues ni siquiera había sido

mencionado anteriormente", debo hacer notar que devino en aclaración para la defensa, sin

perjuicio de afirmar la Fiscalía que, no obstante ello, calificaba el hecho como acceso carnal

(vía oral y anal) a tenor del 119 del Código Penal. Y es probable que ello no surgiera por

generación espontánea, sino en virtud del curso del debate y del tenor del interrogatorio y

contrainterrogatorio efectuado por el defensor, que en esta instancia no nos encontramos habilitados a revisar, pero que tiene mayor correlato lógico que inferir que la Fiscalía admitió

la existencia del consentimiento viciado del art. 120 del Código Penal y evidencia -una vez

más- que para la defensa y para el imputado no existió la sorpresa.

En punto a lo agregado y que mis distinguidos colegas analizan como una suerte de perífrasis, estimo pertinente apuntar que, al describir la acción referida a los abusos con acceso carnal vía oral que constituyó el reproche (hecho materia de imputación que luego

debe subsumirse o encuadrarse en la norma típica), se asentó que L. "hizo que" M. le practicara sexo oral mientras el acusado tocaba su vagina. Ello en razonable vinculación

con
circunstancias que facilitaban y lograban el cometido de que la joven "haga" (léase: preeminencia, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de poder).
Hacer que otro haga se ofrece tanto en su literalidad como en lo interpretativo como un accionar coactivo que conlleva falta de voluntad en hacer por parte de quien es obligado al acto.
Autorizada doctrina asume que cualquier actuación que quite la libertad (amenaza, coacción, intimidación...) será causa suficiente para la invalidez del consentimiento, incluso cuando la presión sobre la voluntad sea mínima y no violenta (cf. Bacigalupo Zapater, Principios de derecho penal. Parte general, 5ª ed., 1998, pág. 207; Cobo Del Rosal/Vives Antón, Derecho penal: Parte general, 5ª ed., 1999, pág. 498).
Tiene dicho este Cuerpo: "Para tal caracterización de los hechos es útil traer a colación el considerando 124 del caso 'Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador' de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citado arriba, según el cual, 'de conformidad con el derecho internacional, en particular la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre los Derechos del Niño, corresponde entender como violencia sexual contra la mujer o niña no solo actos de naturaleza sexual que se ejerzan por medio de la violencia física, sino también otros de esa naturaleza que, cometiéndose por otros medios, resulten igualmente lesivos de los derechos de la mujer o la niña o le causen daño o sufrimiento. Sin perjuicio de lo anterior, la violencia sexual contra la mujer puede presentar diversos grados, de acuerdo a las circunstancias del caso y diversos factores, entre los que pueden encontrarse las características de los actos cometidos, su reiteración o continuidad y la vinculación preexistente entre la mujer y su agresor, o la subordinación de ella a éste a partir de una relación de poder.

También pueden resultar relevantes, de acuerdo al caso, condiciones personales de la víctima,

como ser una niña" (STJRNS2 Se. 49/21 "B.J.M.R.").

Encuentro entonces suficientemente razonada y justificada la calificación dada en el alegato de cierre de la Fiscalía, su recepción en la sentencia del TJ y la confirmación del TI,

en este aspecto que pareciera ser el central.

5.2. En cuanto a la calificación en orden a la existencia de delito continuado y el perjuicio ocasionado, vale recordar lo que ya expuse al momento de votar en la Sentencia

125/21 (punto 4.4) en cuanto a que este aspecto de los agravios debe ser analizado en relación

con la segunda limitación del legislador provincial traída por el art. 191 del Código Procesal

Penal, en lo que respecta a la vinculación de esa norma con el principio *iura novit curia*, que

solo podría ser ejercido por el sentenciante si beneficia al imputado y en la medida en que el

cambio jurídico no le cause sorpresa.

En lo atinente a la segunda limitación (cambio brusco y sorpresivo), resulta suficiente lo expuesto al tratar el agravio de la vulneración del principio de congruencia en lo que a la

subsunción típica en el art 119 tercer párrafo del Código Penal se refiere, dado que ha sido

siempre el mismo encuadre típico, en lo que aquí interesa.

Resta hacer notar que ni en la descripción del hecho ni en su subsunción se mencionó el típico en reproche de modo reiterado e independiente uno del otro, sin perjuicio de referenciar momentos cercanos y en corto lapso uno del otro (fechas) y lugares distintos. Por

consiguiente, bien entendido estaba que se endilgaba y se juzgó una conducta conformada por

acciones dependientes, con unidad de resolución delictiva, identidad de bien jurídico afectado

e identidad de sujeto pasivo.

Estas características permitieron comprender que se estaba ante un delito continuado, pues no advierto de qué otro modo podría entenderse (o podría haberlo entendido la defensa)

si, como ya se dijo, el hecho fue circunstanciado bajo el rubro de "hecho 1", solo concursado

idealmente con otro delito (que fue descartado en la sentencia) y en modo alguno se aludió a

hechos independientes concursados real o materialmente, para lo cual es irrelevante el distinto

análisis justificante que pudieran haber efectuado la Fiscalía en el alegato de cierre y el Tribunal, para arribar ambos a la misma conclusión.

En cuanto al agravio expresado por la defensa ante el TI en la audiencia respectiva, conforme surge de la sentencia, ha sido el siguiente: "A continuación, detalla su agravio relativo a la cuestión de la teoría jurídica del delito continuado. En ese marco, relata que el

juzgador expresamente dice que se disiente con la Fiscalía y califica como delito continuado.

A criterio del defensor, no corresponde esta calificación, por cuanto según el STJ (Sentencia 14/19) esta teoría se utiliza para juzgar episodios plurales de abusos sexuales en un contexto

intrafamiliar en que las víctimas menores no pueden dar detalles de fechas, horas y situaciones. Pero, dice el impugnante, esto no se justifica cuando la víctima de 14 años con

experiencia sexual previa dice que hubo consentimiento. Aduce que la interpretación del

sentenciante no se basa en evidencia, sino que es una apreciación dogmática y termina de este

modo tergiversando los hechos. Se divorcia así de la tesis acusatoria de la Fiscalía. Dice el

defensor que desde el punto de vista del juez que hizo mayoría todo es una sola violación

porque la víctima nunca tuvo libertad de decisión. Entiende que correspondía la absolución de

L. porque no se demostró más allá de toda duda razonable que hayan ocurrido los hechos".

En respuesta a tal agravio, el TI -cabe aquí reiterarlo- consideró: "Respecto a los cuestionamientos relativos a la calificación legal, entiendo que es correcta la posición del

Tribunal de juicio en cuanto encuadra el hecho en el marco del art.119 inc. 3 del Código Penal

desplazando toda aplicación del artículo 120 del mismo cuerpo.

"Ante el acaecimiento de los sucesos, que denotan el aprovechamiento de superioridad del imputado en su condición de hombre, la asimetría de edad en tanto la superaba a la niña en

aproximadamente 4 décadas, la visión del imputado como una persona del entorno familiar de

la víctima (alguien en quien ella confiaba, alguien que podía ayudarla en la escuela) y la vulnerabilidad de la niña por escasa edad y su condición de mujer, evidentemente no existe

consentimiento sexual alguno. Mas bien, existió un aprovechamiento indebido para coartar la

libertad de la joven, a quien el imputado además la cargaba con el peso de que no le dijera

nada a su esposa para no afectar a su grupo familiar; lo cual generaba en la joven -como ella

misma manifestó- que fuera ella, quien se sentía culpable por la situación.

"No advierto perjuicio para el imputado en función de que la calificación legal fue requerida por la acusación al momento de los alegatos de cierre como abuso sexual con acceso carnal en concurso ideal con promoción de la corrupción sexual. Por lo cual mas que

una mera disconformidad no se advierte perjuicio alguno para el imputado".

El agravio relacionado con la calificación del hecho recibió tratamiento razonado y, si bien reafirma solamente el criterio del TJ relativo a la ausencia de consentimiento en los sucesos, se entiende que ello conlleva la subsunción en el art 119 inc. 3° del Código Penal de

los varios abusos llevados a cabo. De tal modo, al referirse el TI a "los sucesos", aludió a los

varios y dependientes que daban lugar a considerar el reproche como delito continuado. Apunto que en tramo alguno de los varios alegatos de la defensa desde el control de acusación hasta la impugnación ordinaria se argumentó la atipicidad de la conducta, por consiguiente, nada debía analizar o considerar el Tribunal al respecto. Las circunstancias endilgadas -en este caso- pudieron ser acusadas y resueltas de dos modos diferentes: como concurso real (acumulación material de hechos independientes bajo el prisma de los arts. 55 y 56 CP) o como delito continuado por unidad jurídica ficticia, real o jurídica (art. 55 contrario sensu). El sentenciante y el TI, el primero valorando el plexo probatorio y el segundo efectuando el doble conforme, han llegado a la conclusión de estar ante una serie de eventos acaecidos en corto lapso de tiempo entre uno y otro, con unidad de resolución delictiva, contra una misma víctima y vulnerando el mismo interés jurídico. En lo que se refiere a la unidad o pluralidad de acciones, se afirma que el concepto de unidad de hecho es valorativo, en el sentido de que depende de una determinada valoración, según la cual varios movimientos musculares deben contemplarse como formando una unidad. Sostiene Zaffaroni (Tratado de Derecho Penal. Parte General, T° IV, Ediar, 1999, pág. 532) que con la expresión "unidad de conducta" se expresa la "consideración unitaria de los movimientos voluntarios" que se encuentran ligados a los efectos de una única desvaloración jurídica. Para Welzel (Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Roque Depalma, 1956, pág. 215), los movimientos corporales en el espacio y en el tiempo son solamente los portadores reales físicos del sentido social de la acción. El criterio de la "concepción natural de la vida" elaborada en la doctrina alemana, según Jeschek (Tratado..., Parte General, Granada, 1993, pág. 649), exige dos requisitos para

la configuración del hecho único: unidad de propósito y conexión espacio-temporal de los actos parciales. Así, la pluralidad de partes componentes del curso de un suceso que externamente se aprecia separable constituye una unidad de acción, cuando los actos parciales se hallan conducidos por una resolución de voluntad unitaria (elemento subjetivo) y poseen una conexión temporal y espacial (elementos objetivos) en relación tan estrecha que se ofrecen como unidad.

La unidad típica puede ser valorada de modo amplio o restringido. En cuanto a lo primero, puede venir determinada por la formulación del tipo, no porque este requiera una pluralidad de actos individuales como condición para su cumplimiento, sino -antes bien- porque, aun cuando no se requiera dicha pluralidad, de realizarse esta dentro de ciertos límites, puede ser abarcada dentro de la unidad de valoración. Existe, para este modo de valorar, unidad de acción por efecto de la figura, aunque el autor trascienda la simple realización del tipo con su accionar, puesto que la amplitud normativa del tipo penal absorbe el contenido de la conducta así ejecutada. Y ello ante los casos en que la descripción legal de la conducta no lo sugiera, según el uso general del lenguaje, esa descripción abarca una pluralidad de actividades individuales (Jescheck, op.cit., pág. 650).

En contraposición, la unidad típica de acción en sentido estricto engloba a los demás casos de simple realización del tipo penal; incluye los supuestos de realización repetida del mismo tipo en un corto intervalo de tiempo y que con la repetición plural del tipo la lesión del bien jurídico solo experimente una intensificación meramente cuantitativa (injusto unitario) y se responda a una situación motivacional unitaria. Asimismo, dentro de la unidad típica de acción en sentido amplio, también se contempla el caso de la realización progresiva del tipo (léase: actos individuales con los cuales el autor se va aproximando al resultado

delictivo

final), siempre que la misma situación motivacional subsista en una unitaria situación fáctica.

Siendo una tarea valorativa, tal y como surja de la interpretación, lo importante radica en el

sentido de los tipos legales vulnerados en cada caso.

Para otros doctrinarios, tal el caso de Welzel (op.cit., pág. 220), la unidad de hecho viene determinada por dos factores: el finalista (las acciones están dirigidas al mismo fin) y el

normativo, esto es, la valoración jurídico penal comprendida en los tipos. Por consiguiente,

una serie de actos encadenados por un elemento subjetivo común (finalidad) deben ser desvalorados en forma conjunta cuando la estructura del tipo (norma) comprende las diversas

acciones en progresión cuantitativa dentro de un injusto unitario. El enunciado de tal valoración es que "varios actos de actividad de la misma especie, que están en una relación

inmediata, son una sola acción, si constituyen una unidad según el cuadro social de actividad

que tiene como base el concepto del tipo". Así, cada uno de los actos individuales posteriores

al primero "deben aportar una mera ampliación del mismo contenido del injusto".

Acudiendo a doctrina nacional, Zaffaroni (Estructura Básica del Derecho Penal, 2009, pág. 182) tiene dicho que, cuando se trata de una pluralidad de movimientos y los mismos responden a un plan común, es necesario apelar a un factor normativo que indique

cuándo una única resolución que da un sentido final a varios movimientos puede ser relevada

como una unidad por el tipo. Sostiene así que el criterio de delimitación para la determinación

de la consideración unitaria de varios movimientos voluntarios vinculados por el factor final

es tarea que incumbe a los tipos penales, debiendo extraerse del sentido de estos, tal como se

obtiene mediante interpretación. En consecuencia, se debe acudir al verbo para denotar la acción y lo más común es que este identifique comportamientos que implican una pluralidad de movimientos.

No estará de más recordar el origen del delito continuado merced a la teoría de la ficción, sostenida por Carrara y Mancini, en pos de evitar la pena de muerte que en el Antiguo

Régimen se imponía al tercer hurto y por la que se reconoce que el delito continuado supone

fácticamente una pluralidad de hechos que daría lugar a un concurso real de delitos, si no

fuera porque se admite la ficción jurídica de que existe unidad. Ello tiene el objetivo de evitar,

por razones de política criminal, la suma de penas permitida en los sistemas que prevén la

acumulación de las sanciones ante el concurso material o real. El fundamento justificante de

la ficción reside en la unidad de designio criminoso.

Por otro lado, para la teoría de la realidad natural, la unidad derivada del nexo de continuidad no importa una ficción, sino que constituye una realidad natural sin pluralidad de

acciones, unidad determinada por el dolo como elemento unificador. El nexo de continuidad

se sostiene solamente en los casos de ejecución gradual preconcebida (dolo global o total

desde el inicio).

No obstante, la doctrina mayoritaria se inclina por considerar que el delito continuado es una creación del derecho mediante la cual se reduce la pluralidad de acciones a un solo

hecho en sentido jurídico. A diferencia de la teoría de la realidad natural, se reconoce la existencia de acciones plurales y, a diferencia de la teoría de la ficción, se sostiene por la ratio

iuris del tipo penal, que abarca la realización de acciones diversas como integrantes de

un

mismo hecho penalmente desvalorado.

Afirman Zaffaroni, Alagia y Slokar (Derecho Penal. Parte General, 2ª. de., 2002, pág. 862) que "la consideración del delito continuado como un hecho o conducta única, proviene

del reconocimiento de una desvaloración jurídica unitaria respecto de un contenido de comportamiento humano final, que nada tiene de ficción, sino que se basa en el dato óntico

del elemento final y en el componente normativo que se obtiene comprobando que -a la luz de

la prohibición- su consideración jurídica fraccionada no es racional y lleva a resultados absurdos en los casos concretos".

Entonces, la unidad de la conducta viene determinada porque, habiendo pluralidad de impulsos volitivos con una decisión común -elemento final-, hay también un desvalor jurídico

común dado por el tipo -elemento normativo-.

La exigencia del dolo global que abarque desde el inicio todos los hechos es compartida por Jeschek, en tanto realización sucesiva de un todo; también por Welzel, que lo

define como dolo total, unitario y de la misma naturaleza.

Zaffaroni, Alagia y Slokar (op. cit., pág. 863) utilizan el término "dolo unitario" o "dolo total", concepto que denota claramente una unidad de finalidad. El dolo total debe existir desde antes del agotamiento del primer acto parcial por parte del autor.

Como bien puede advertirse, la conceptualización del delito continuado, según se encare la tarea valorativa, ofrece diferentes caminos de realización y conclusión. De allí que

resulta irrelevante cuál haya sido el análisis valorativo de la Fiscalía, planteado como estrategia, para entender como delito continuado el reproche, y las ponderaciones del magistrado para fundar su valoración; pues ambos arriban a la misma categorización del injusto. Por ende, el pretense "divorcio" argüido por el impugnante no conlleva efectos descalificantes de lo resuelto.

De hecho, como Jueza sentenciante en este voto, puedo no coincidir con lo expresado en su totalidad por el Fiscal General en la audiencia, me es permitido abundar y conceptualizar de modo diferente un instituto determinado, pero llegar a la misma

solución en cuanto a su aplicación y procedencia, sin que ello configure un exceso jurisdiccional. Reitero aquí que la calificación jurídica por la que se encuadró el hecho nominado "1" resultó más beneficiosa para el imputado. Sobre esto ya he señalado que "[d]ebe hacerse notar que no se consideraron los varios y reiterados sucesos de sexo oral, como hechos independientes entre sí e individualizados con fecha, horario y lugar de realización, junto al hecho -también individualizado e independiente- de acceso carnal por vía anal, que configuraban una subsunción de un más gravoso concurso real". Y es de toda evidencia que, de haber sido así, al ser individualizada aún por el sistema de aspersion en contraposición al aritmético, la pena habría arrojado un monto mayor al de la condena impuesta y ratificada por el TI en este último aspecto. De lo expuesto precedentemente se deduce con claridad la inexistencia de perjuicio, en virtud de la mayor benignidad de la calificación asignada a los hechos, no ya como sucesos independientes sino como un suceso de delito continuado. Se trata esta de una cuestión sobre la que me veo obligada a efectuar alguna consideración, toda vez que lo ha mencionado el señor Fiscal General para remarcar la inexistencia de perjuicio y lo analiza el voto ponente, no sin advertir que el monto de la pena no ha sido motivo de agravio, por lo que tampoco corresponde ingresar en lo ponderado por el TJ en el juicio de cesura. La condena impuesta supera en un año el mínimo de la escala penal prevista para el delito de abuso sexual con acceso carnal, cuya escala es de seis a quince años de prisión; de tal manera, sin ingresar en el juicio de cesura, dable es asumir que, de haber partido la individualización desde un punto equidistante entre ambos extremos para luego computar atenuantes y agravantes (conforme la doctrina legal de este Cuerpo sentada en STJRNS2 Se.

94/14 "Brione", entre otras), va de suyo que se entendió el injusto como un solo hecho y que

han pesado más las circunstancias atenuantes, por la cercanía al mínimo.

6. Finalmente, he de abordar la temática de la perspectiva de género.

La defensa ha repetido en su discurso que juzgar con perspectiva de género "no es un mantra", y ciertamente no lo es. No se trata de frases en sánscrito, sino que es la obligada

tarea del tercero imparcial al ponderar las circunstancias, tal como le fueron dadas y en un

determinado contexto.

Es de esperar que en los tiempos actuales y venideros no debamos oír este tipo de argumentaciones, señaladoras del no saber o del no comprender.

Tiene sentido lo sostenido por Marcela Lagarde (en su obra *Género y Feminismo Desarrollo humano y Democracia*, Madrid, 2ª. edición) cuando afirma que la cultura social

tarda más tiempo en elaborar los cambios sociales que se viven y, por eso, los/as operadores/as del derecho siguen considerando que las mujeres deben observar determinados

comportamientos, aunque, formalmente, la norma jurídica no los exija.

Pese a todo, todavía se sigue advirtiendo, especialmente en los juicios de los delitos contra la libertad sexual, una expectativa en los/as operadores/as judiciales vinculada a esperar de las víctimas, a través de las preguntas que se les formulan, una conducta sexual

irreprochable antes de la comisión del delito, para ser "merecedoras" de la protección del

Estado. Y, con ello, indisimuladamente se desplaza del delito denunciado al pasado sexual de

las víctimas, aunque legalmente sea posible sancionar a quien viola a una prostituta.

Juzgar con perspectiva de género permite modificar las prácticas de aplicación e interpretación del derecho y actuar de una manera global sobre el conflicto jurídico. Se trata

de una ponderación sobre las personas, sobre los hechos y sobre la norma jurídica, aplicando

una visión crítica de la realidad. Es un método crítico de conocimiento de la norma,

tanto

sustantiva como procesal, así como de expresión en las resoluciones, en las que se desprende

y desechan estereotipos y roles discriminatorios universales.

La aplicación de la perspectiva de género como método jurídico de análisis requiere constatar la existencia de una relación desequilibrada de poder, se debe identificar a la persona que se encuentra en situación de desigualdad por razón de género y valorar con especial énfasis los casos en que -además del género- confluyan categorías de vulnerabilidad

-como en el caso, por la edad-; advertir si existe un sesgo discriminatorio a la hora de valorar

la palabra de las mujeres y recordar que no es exigible una conducta determinada por parte de

las víctimas de violencia sexual que le otorgue credibilidad a su relato.

Claramente, no es un mantra y, casi finalizando el año 2021, no puede ignorarse que esta herramienta analítica es una obligación derivada de la ratificación por parte del Estado

argentino de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención

Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (OEA, 1994,

Belém do Pará) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación

contra la Mujer (CEDAW-1979). Resultan relevantes las Recomendaciones Generales del

Comité creado en ese tratado, en particular las N° 18, 19, 28, 33 y 35, y muy especialmente la

Recomendación N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, que establece la obligación

de juzgar con perspectiva de género.

Finalmente, no estará de más puntualizar que la Convención Belém do Pará fue el primer instrumento internacional en establecer el derecho de las mujeres a vivir una vida libre

de violencia (arts. 3 y 6), como una condición indispensable para su desarrollo. Además,

fue el primero en plantear que la violencia constituía una forma de impedir y anular el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres (arts. 4 y 5), así como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres (art. 8, inc. b). De igual manera, incluyó definiciones de violencia (art. 1), formas y espacios donde se desarrolla (art. 2) y un listado de obligaciones para los Estados parte con miras a erradicarla en todos los sectores. MI VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez Ricardo A. Aparcian dijo: Atento a la mayoría conformada por los señores Jueces Sergio M. Barotto y Sergio G. Ceci y la señora Jueza M^a Cecilia Criado, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 38 LO).

A la segunda cuestión el señor Juez Sergio M. Barotto dijo: Por los motivos expuestos al tratar la primera cuestión, se propone al Acuerdo hacer lugar a la impugnación extraordinaria deducida por la defensa de N.G.L. en la porción que fue habilitada previamente, anular parcialmente el punto primero de la parte resolutive de la Sentencia N^o 83/21 del TI en cuanto rechazó la impugnación ordinaria de esa parte, y disponer que la Oficina Judicial de la I^a Circunscripción Judicial asigne el legajo a ese Tribunal para que -por quien corresponda- resuelva las cuestiones discutidas, conforme el derecho que aquí se declara. MI VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez Sergio G. Ceci y la señora Jueza M^a Cecilia Criado dijeron:

Adherimos a la solución propuesta por el vocal preopinante, y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión la señora Jueza Liliana L. Piccinini dijo:

En virtud de las razones expuestas al tratar la primera cuestión, estimo que corresponde rechazar la impugnación extraordinaria interpuesta por el letrado defensor del

condenado, con costas. VOTO POR LA NEGATIVA.

A la misma cuestión el señor Juez Ricardo A. Apcarian dijo:

Atento a la mayoría conformada por los señores Jueces Sergio M. Barotto y Sergio G. Ceci y la señora Jueza M^a Cecilia Criado, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 38 LO).

En razón de lo expuesto, el SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA POR MAYORÍA RESUELVE:

Hacer lugar a la impugnación extraordinaria deducida por el letrado Juan Luis Vincenty en representación de N.G.L., en la porción que fue habilitada previamente, anular parcialmente el punto primero de la parte resolutive de la Sentencia N°

83/21 del Tribunal de Impugnación en cuanto rechazó la impugnación ordinaria de esa parte,

y disponer que la Oficina Judicial de la I^a Circunscripción Judicial asigne el legajo a ese organismo para que -por quien corresponda- resuelva las cuestiones discutidas, conforme el

derecho que aquí se declara.

Protocolizar y notificar a través de la Oficina Judicial de la I^a Circunscripción Judicial.

Firmado digitalmente por:

APCARIAN Ricardo Alfredo

Fecha y hora:

11.11.2021 09:49:29

Firmado digitalmente por:

BAROTTO Sergio Mario

Fecha y hora:

11.11.2021 11:02:53

Firmado digitalmente por:

CECI Sergio Gustavo

Fecha y hora:

11.11.2021 11:26:57

Firmado digitalmente por:

PICCININI Liliana Laura

Fecha y hora:

11.11.2021 12:50:36

Firmado digitalmente por:

CRIADO María Cecilia

Fecha y hora:

11.11.2021 11:22:46