

EXPTE. Nº: --4313/2021

Voces Jurídicas: ABUSO SEXUAL CON PENETRACIÓN - ABORTO ESPONTANEO - CONDENA DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO

Tribunal: Tribunal en lo Criminal Nº2 Ex Cám. Penal Sala II

Competencia:

Fecha: 01/12/2021

EXPTE. Nº 4313/21, "A., A. E.: Abuso sexual con penetración agravado. Ciudad" (Expte. Nº 932/11-J.I.P2).-

En la Ciudad de San Salvador de Jujuy, Departamento Dr. Manuel Belgrano, Capital de la Provincia de Jujuy, República Argentina, a los un días del mes de Diciembre de dos mil veintiuno se reúnen en el Tribunal en lo Criminal Nº 2, los señores Vocales titulares Doctores CLAUDIA CECILIA SADIR, LUIS ERNESTO KAMADA y EMILIO CARLOS CATTAN (habilitado), bajo la Presidencia del primero de los nombrados, con la asistencia del secretario Dr. JOSE MARIA LOPEZ GARCIA, en cumplimiento de lo dispuesto por el Art. 433 del Código Procesal Penal, en cuyo debate participaron el Sr. Agente Fiscal Dr. Diego Cussel, el imputado A. E. A. junto a su abogado defensor Dr. Diego Marcelo Valdiviezo-

La Dra. CLAUDIA CECILIA SADIR, dijo:

El Ministerio Público de la Acusación a fs. 564/570 y vta, en el requerimiento de citación a juicio acusa a A. E. A., como autor del delito de Abuso sexual con penetración agravado previsto y penado en el art. 119 inc. 2º y 3º del código penal de la Nación, Ley 11.179.-

Conforme relato el Fiscal de Investigaciones, el hecho ocurrió de la siguiente manera: "Que, a fines del mes de marzo y/o principio del mes de abril del año 2011, en circunstancias que la víctima M. B. F., en el transcurso de la mañana se dirigió a un comercio cercano a su domicilio, se encontró de casualidad con el imputado Sr. A., quien por la fuerza la hizo ingresar al domicilio donde

residía el encartado en ese momento, sito en ... del Barrio Mariano Moreno, donde procedió a desnudarla y abusar sexualmente de la misma por vía vaginal y como consecuencia del abuso padecido la Srta. F. curso un embarazo, el que posteriormente fue interrumpido por un aborto espontáneo.-

En oportunidad de realizarse los alegatos, el Sr. Fiscal de Sala Habilitado Dr. Diego Cussel sostuvo la acusación inicial, describió el hecho que se le atribuye al prevenido A. E. A., alegó sobre la prueba rendida y acreditada en el presente legajo y considerando lo dispuesto en el art. 40 y 41 del C.Penal, solicitó se condene al prevenido A. E. A. a cumplir la pena de nueve años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual con acceso carnal previsto y penado en el art. 119 tercer párrafo del Código penal. Así también peticionó se oficie al Registro Nacional de Abusadores a los fines de la toma de muestras genéticas de ADN y su incorporación al mismo.

Por su parte el representante de la defensa del inculpado, Dr. Diego Marcelo Valdiviezo expuso que no se acreditó el delito de abuso sexual. Refirió que su asistido expresó que había un vínculo, que era pensionado de la casa y que había una amistad con la familia, que nunca hubo fuerza, siempre existió el consentimiento. Expresa el profesional que más allá del retraso mental leve M. sabía diferenciar respecto al amor. Ella era autosuficiente, afirmó Valdiviezo.

Previo a ingresar en el tratamiento de la cuestión de fondo, debo abordar de manera previa el planteo esgrimido por el órgano acusatorio en la oportunidad de formular los alegatos. Allí, el Ministerio formula aclaración respecto a la calificación legal que propiciara en la oportunidad de formular el requerimiento de elevación de la causa a juicio a fs. 564/570 y vta. Expone que allí se calificó la conducta del prevenido A. conforme lo normado por el art. 119 inc. 2 y 3 del C.Penal (Ley. 11.179). En un paralelo a la invocación de la norma, refiere que el art. 119 tercer párrafo del actual cuerpo normativo describe similar conducta a la del referido art. cuya ley fuera modificada en el año 1999. Expone el Sr. Fiscal la descripción de la conducta (penetración) y remite al caso de algunas de las circunstancias del inc. 3. Concluyendo que

no se alteró la calificación con la que A. arribó a este proceso, ya que conforme los hechos acreditados hubo penetración a una persona que estaba privada de razón. Pone el foco en el procesamiento de fs. 550/555 por el cual el Sr. Juez de Causas Ley N° 3.584, dicta la resolución pertinente invocando la norma del art. 119 tercer párrafo del C. Penal. Concluye argumentando que no se violó el derecho de defensa del imputado ya que la conducta es la misma. Hay penetración y vulnerabilidad en la víctima. Refiere también que la pena máxima es la misma. En la oportunidad de los alegatos, la defensa del prevenido Dr. Valdiviezo, rebate la aclaración de la Fiscalía de una manera liviana y someramente argumentando que a su asistido se lo procesa por un art. del Código, que no se encontraba vigente.-

Entiendo que la apreciación puesta de manifiesto por el Sr. Fiscal antes del inicio de sus alegatos debe ser considerada tal como lo expone en su aclaración. Si bien el requerimiento de elevación de la causa a juicio como también otros actos procesales trascendentes (conocimiento de causa y declaración defensiva), se han sustentado en el marco de la ley 11.179, ley que a la postre se encuentra modificada en el año 1999 por la Ley 25.087 y en el año 2017 por la Ley 25.352.

El auto de procesamiento de fs. 550/555 vta, se dicta en contra del prevenido A. invocando el actual art. 119 tercer párrafo (abuso sexual con acceso carnal o penetración en su momento) y como consecuencia el Juez de Causas Ley, dicta la prisión preventiva. Entiendo que si bien el titular de la acusación ha errado al invocar una legislación que no se encontraba vigente al momento, no es menos cierto que de una manera o de otra la conducta que describen las normas derogadas como la vigente, son las mismas. Si consideramos el enmarque invocado en la pieza acusatoria (119 inc. 2 y 3 del C.Penal Ley 11.179) la conducta descrita por el legislador de aquella época, hablaba de violación y estupro. Ya la 25.087, describe la misma conducta (violación) y enumera diferentes circunstancias, entre ellas "... aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción" y en el tercer párrafo agrava la pena de seis a quince años "... cuando mediando las

circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía". Vale decir que el enmarque jurídico respecto a la conducta puesta de manifiesto por A. conforme la prueba rendida, no ha variado, es la misma por lo que no causa agravio alguno en lo que hace a preservar su derecho de defensa y la congruencia con la acusación. "El requerimiento de que el Ministerio Público formule motivadamente sus requerimientos y conclusiones, de manera que se basten a si mismos y que nunca podrán remitirse a las decisiones del juez, es tomado del art. 69 del Código Procesal Penal de la Nación, en concordancia con lo establecido por el art. 60 del Código Procesal de Penal Neuquen y estimamos relevante agregarlo a los efectos de mantener incólume la vigencia del principio acusatorio y evitar que, so pretexto de economía de esfuerzos, se vulnere el derecho que le asiste al imputado de conocer los fundamentos de su acusación o, eventualmente el rechazo de alguna pretensión. D'Albora comentado el artículo pertinente (69) del CPPN señala, que una correcta hermenéutica de lo previsto estriba en acentuar las características acusatorias del modelo procesal. El control de motivación de los requerimientos del MP, está en manos de los jueces y debe ser ejercido de manera que no afecten otros derechos del imputado. Dicho control según Morín, solo puede abarcar los siguientes puntos: a) si el hecho imputado está debidamente descripto, b) si existen pruebas que lo sustente mínimamente y c) si para llegar a tal conclusión (imputación) se ha articulado un razonamiento lógico". (Comentarios al Código Procesal Penal de la Provincia de Jujuy art. 1 a 163, Grisetti, Matuk, Kamada, Grenni, pag. 363 y vta). Entiendo que de ninguna forma se ha vulnerado algún derecho del inculpado al haberlo acusado invocando un tipo penal que se encuentra descrito en una ley que no era de aplicación en la oportunidad ya que la descripción de los hechos que hace el acusador al momento de requerirlo a juicio, son los mismos con los que se ha valido el Juez de Causas Ley para procesarlo, es decir, no han variado, ni el inculpado ha sido perjudicado en los derechos que le asisten. Repárese que a fs. 213/214 A. amplía su declaración indagatoria por el delito de Abuso sexual con acceso carnal. Motivo por el cual, vale aclarar la cuestión en pro de lo expuesto por el Fiscal al momento de dar inicio a sus alegatos. A más de ello, tampoco

el Ministerio de la Defensa ha formulado de manera expresa un perjuicio por la circunstancia que al haber sido su asistido acusado y requerido conforme una ley vetusta, le haya ocasionado al mismo un agravio irreparable o en su caso se haya visto privado del ejercicio de algún derecho constitucional.

A los fines de actuar lo prescripto en el art. 431 del Código Procesal Penal, corresponde efectuar la valoración y fundamentación de los actos del debate, en el orden allí establecido.-

Receptada la prueba durante el curso de la audiencia y correlacionada la misma con la ya producida en autos, se infiere sin lugar a dudas que el hecho investigado existió y desde ya adelantando opinión, afirmo que el encartado A. E. A. debe responder penalmente como autor del delito de Abuso sexual con acceso carnal previsto y penado en los art 119 tercer párrafo del código penal.-

A los fines de determinar la existencia del hecho y la atribución de responsabilidad que le cabe al prevenido A. E. A., debo decir que en la audiencia de vista de causa, el encartado haciendo uso del derecho constitucional que le asiste, formuló su voluntad de prestar declaración defensiva. Allí expuso; que mantenía mucha amistad con la familia. Que pasó un enamoramiento. Era amistad íntima y fue un error enamorarme. Manifiesta que él algo le colaboraba y hasta le prestaba plata. M. era como una persona normal. Es rara la denuncia que han hecho. Expresa que era un conventillo donde él alquilaba. Que siempre la veía ahí parada a esa chica. Me decían que me iba a buscar. Expone haberse enamorado de ella. Alega que toda la familia lo conoce bien. Dice que compartía con ellos, eran medio parientes. Que a fuerza de él no ha sido nada y que ella demostraba interés en él. La familia es buena y él ha sido bueno con la familia.

Sobre la prueba testimonial rendida, cabe destacar algunos aspectos relevantes de los dichos esgrimidos por los distintos declarantes quienes en lo medular expresaron lo siguiente:

E. P. F. refirió en audiencia de debate que conoce al prevenido del barrio desde 2011. Expone que hacían reuniones familiares y concurría A. Más o menos cuatro o cinco veces al año. Manifiesta ser hermana de M. y que ella tiene un leve retraso mental. Al hablar con ella uno se da cuenta. El conocía del retraso, todos saben que era retrasada. Su hermana gemela también era retrasada y A. sabía también del retraso de su hermana. Expone que la veía mal a su hermana, decaída, sin ganas de hablar. Ella le cuenta un día que tenía vómitos y náuseas y al preguntarle qué le pasó ella le comenta que iba a comprar y que A. la habla, que la agarró y le dijo de una películas y allí la abusó en la pieza, le dijo también que no cuenta que le daría unos caramelos y unas películas. Cuando la llevó al médico se dan cuenta que estaba embarazada. Ella nunca supo decir cuando ni el tiempo. Le dijo que A. le bajó la ropa, que la tocó, la manoseo y le abrió las piernas. Luego de ello no lo volvió a ver a A.. Anterior mente ella no había mantenido relaciones sexuales. Refiere que ahora ella entiende. Antes no entendía sobre eso. Luego hicieron la denuncia. Un día se golpeaba la panza, no comía, no dormía estaba como depresiva. Luego siguieron con tratamiento psiquiátrico. M. hizo un retraso en sus conductas. Toma pastilla, no quiere dormir con su hermana, ahora duerme con la madre. En 2011 iba a la escuela estaba haciendo segundo grado del primario. Terminó la primaria. M. perdió el embarazo. Manifiesta que salen poco de la casa ella con su hermana. Refiere que A. hacía fletes para la familia.

M. B. M. Trabaja en educación. Refiere que conoce al imputado porque eran vecinos del barrio y lo conoce hace más de 14 años y conoce a M. B. F. hace 16 años. No supo que M. tenía retraso mental. Tiene una hermana gemela. Que conocía a la madre de ellas porque iba al santito. Yo la ví normal, que nunca pensó que tenía un retraso. Manifiesta que ingresó a vivir al inquilinato. Que era una casa de 8 por 25, habían como diez piezas. Abajo y arriba. Asegura haber visto a M. dos o tres veces en la casa de la esquina. Ella esperaba en la esquina y que le pareció haber visto que llegaba el sr. No vio que ella ingrese, la vio bajar de arriba. C. J. es quien le advierte que estaba embarazada.

Al no haber comparecido los testigos G. M. L. y A. J. F., a solicitud de la Fiscalía se los tuvo por desistido de su comparencia y a petición de las partes, se incorpora al debate los testimonios prestados a fs. 16 y 151 y 183 vta, con conocimiento de las partes, por lo que se omite su lectura, conforme lo manda el art. 426 del C.P.P.-

Del cuadro probatorio que en instrumental obra en la causa, debemos destacar como de trascendental importancia, a los fines de concluir con certeza en orden a la responsabilidad penal del encartado, en primer lugar he de valorar: 1.- Denuncia formulada por E. P. F. (fs. 1, 78, y 152).- 2.- Certificado oficial, discapacidad (fs. 2/3).- 3.- Informes y certificados médicos clínicos, ecografía (fs. 4/10).- 4.- Denuncia formulada por G. M. L. (fs. 16; 151).- 5.- Copias documentales protagonista (fs. 19/21).- 6.- Informes, pericias psicológicas (fs. 23, 53, 58, 363).- 7.- Informes médicos de víctima (fs. 25/vta., 45/vta., 94/vta.).-8.- Informes de laboratorio (fs. 27/36, 46/51).-9.- Ecografía víctima (fs. 38/39).- 10.- Declaración testimonial de Oscar Tapia (fs. 95).- 11.- Historia Clínica víctima (fs. 121/139).-12.- Declaración de víctima (fs. 182/vta.).-13.- Declaración testimonial de A. J. F. (fs. 183/vta.).-14.- Declaración testimonial de M. B. M. (fs. 184/vta.,).-15.- Informes ADN (fs. 311/315).-16.- Informe Psicológico Víctima (fs. 374/vta.).-17.- Informe y pericial psicológica de imputado (fs. 526/528vta.) 18.- Diligencia haciendo conocer causa de imputación y detención de A. E. A. (fs. 533/vta.).-19.- Auto de procesamiento (fs. 550/555vta.).-20.- Requisitoria Fiscal (fs. 564/570vta.).-21.- Decreto elevación de la causa a juicio (fs. 575/).- 22.- Demás constancias de autos.-

A fs. 01/02 la denunciante Sra. E. P. F., refirió que es hermana de la llamada M. B. F., quien padece un leve retraso mental y que por tal motivo en fecha 17-06-11 le fue otorgado un certificado médico de discapacidad por el Ministerio de salud de la Provincia de Jujuy. Que en fecha 09 de Junio de 2011 en horas de la noche, en circunstancias que se encontraba en su domicilio, observo que su hermana lloraba, al preguntarle que le estaba pasando, ella le manifestó "Que estaba embarazada y que alguien la había agarrado, que fue a comprar una mañana y justo estaba A. afuera

y la llamó por lo que fue a ver que es lo que quería, este la agarró, la metió dentro de su pieza, le bajo los pantalones y la violó”, que al no poder precisar la fecha exacta ya que su hermana no pude ubicarse en el tiempo, la dicente recuerda que en fecha 20 de marzo de 2011, el llamado A. asistió a una reunión en la casa de ella y que desde esa fecha no lo volvió a ver, a pesar de que siempre frecuentaba la casa. Dijo que sabe que se llama A. A., de 55 años, es de contextura robusta, estatura aprox. de 1,65 mts., tes trigueña, cabello corto lacio, canoso, quien alquila una habitación en calle Méjico N° 542 del mismo barrio, ubicado en la calle paralela a la casa de ella. Que el mismo se moviliza en una camioneta Ford F-100 dominio CUN-..., color gris claro. Que atento a lo referido por su hermana, ella la llevó con el Dr. Aseff del Centro Médico Santa Ana, sito en calle Salta entre Senador Pérez y Lamadrid, quien no le emitió informe pero le refirió que M. presentaba un embarazo de seis semanas y media aproximadamente. Que su madre es la que tiene la guarda de su hermana pero que se hace presente en este acto ella, ya que a raíz de lo ocurrido su madre todavía se encontraba bajo un estado de nervios por esta situación. Que lo conoce desde hace tres años a la fecha y siempre se comportó como una buena persona, siempre amable con la dicente y su familia, sabe además que aparentemente viviría solo y es mujeriego, pero nunca observo nada raro en él. Asimismo hace mención que desde lo ocurrido la notaba rara a su hermana, suponía que le quería pedir algo a ella, luego notaba que vomitaba mucho y es que al no soportar más la situación es que decidió contarle lo ocurrido a ella. En ese momento su hermana se encontraba traumatizada por lo sucedido y constantemente se agredía físicamente porque no quería continuar con el embarazo, por lo que solicito al Sr. Juez interviniente interrumpiera el embarazo.

A fs. 78, amplía su denuncia y expone que el día 27-06-11 a horas 02:00 aproximadamente en momento que se encontraba descansando, fue despertada por su madre la Sra. G. M. L., quien le dijo que su hermana M. B. F. tenía perdidas, es por ello que al dirigirse a la habitación ya no la encontró, que la misma ya estaba en el baño, donde observaron que había sangre en el piso, en el inodoro, el videt, y también en la cama donde estaba durmiendo;

levantaron todo lo que había expulsado para llevarlo también. Luego E. llamo a su pareja el Sr. G. E. V., a quien le cuenta lo ocurrido y traslada a su hermana hasta el Hospital Pablo Soria ingresando por la Guardia y desde allí la trasladaron hasta la Maternidad, en el lugar fue atendida por la Dra. Tentor, quien le expreso que debido a lo ocurrido su hermana M. ya había expulsado el embrión. Luego proceden a mostrarle a la Dra. Tentor todo lo que habían levantado en la casa y le hicieron entrega a la misma quien le refirió que allí se encontraba el embrión y que debía quedar en el hospital por procedimientos del hospital. Desde ese día su hermana siguió internada en el mencionado nosocomio y ese día a hs. 12:00 aproximadamente fue intervenida quirúrgicamente, continuando internada en la Cama N° 45 de la Sala de Maternidad. Que desde que ocurrió el hecho la misma duerme junto a su madre. Que el día que la llevó a su hermana al nosocomio y preguntarle ala Dra. Tentor que es lo que había pasado, la misma le refirió que puede haber sucedido debido a la mala alimentación, a los golpes que se producía así misma, y por los antecedentes familiares de placenta baja.-

Prestó declaración en debate la Sra. E. P. F., hermana de M. Corroborra los términos de la denuncia de fs. 01/02. Refiere conocer al prevenido del barrio, desde 2011. Expone que hacían reuniones familiares y concurría A. Más o menos cuatro o cinco veces al año. Manifiesta ser hermana de M. quien posee un leve retraso mental. Expresa que al hablar con ella uno se da cuenta. El conocía del retraso, todos saben que era retrasada. Su hermana gemela también era retrasada y A. sabía también del retraso de su hermana. Expone que la veía mal a su hermana, decaída, sin ganas de hablar. Ella le cuenta un día que tenía vómitos y náuseas y al preguntarle qué le pasó ella le comenta que iba a comprar y que A. la habla, que la agarró y le dijo de una películas y allí la abusó en la pieza, le dijo también que no cuenta que le daría unos caramelos y unas películas. Cuando la llevó al médico se dan cuenta que estaba embarazada. Ella nunca supo decir cuando ni el tiempo. Le dijo que A. le bajó la ropa, que la tocó, la manoseo y le abrió las piernas. Luego de ello no lo volvió a ver a A. Anteriormente ella no había mantenido relaciones sexuales. Refiere que ahora ella entiende. Antes no

entendía sobre eso. Luego hicieron la denuncia. Un día se golpeaba la panza, no comía, no dormía estaba como depresiva. Luego siguieron con tratamiento psiquiátrico. M. hizo un retraso en sus conductas. Toma pastilla, no quiere dormir con su hermana, ahora duerme con la madre. En 2011 iba a la escuela estaba haciendo segundo grado del primario. Terminó la primaria. M. perdió el embarazo. Manifiesta que salen poco de la casa ella con su hermana. Refiere que A. hacía fletes para la familia.

Por su parte la Sra. G. M. L. (fs. 16), denuncia que es madre de la llamada M. B. F., la cual padece un retraso mental leve. Sobre el hecho que se investiga la misma refiere que en fecha 09 de Mayo de 2011 en horas de la mañana le pregunto a su hija mayor P. E. F., porque estaba llorando su hermana M., contestandole que su hermana había sido abusada sexualmente y que aparentemente estaría embarazada ya que la misma le dijo a su madre que este mes su hermana no había menstruado, por tal situación es que ella le preguntó a M. que le había pasado por lo que ella le dijo que cuando fue a comprar papa a un negocio próximo a su casa (a tres cuadras aproximadamente) entre las calles México y Brasil del Bº Mariano Moreno de esta ciudad, luego de comprar procedió a retirarse del negocio cuando el llamado A. A. la llamó y le dijo "Hola M. acá tengo unas películas para prestarte" invitándola a pasar a la habitación a lo que su hija respondió que no, este al ver la negativa procedió a taponarle la boca, la agarró a la fuerza del brazo y la introdujo al interior de la vivienda para posteriormente tirarla a la cama, sin poder dar más detalles del hecho ya que solo fue eso lo que le refirió su hija. Así también le expreso que por tal situación en ese momento perdió el conocimiento y luego al despertarse se encontraba sola en la habitación, totalmente desnuda ya que esta persona le había sacado toda su ropa y que las sábanas se encontraban manchadas con sangre, aduciendo además que al momento de ser abusada su hija era virgen, angustiada y preocupada porque esta persona regresara levantó sus prendas y se vistió rápidamente para luego dirigirse a su casa. Que esta persona la conoce a su hija ya que el Sr. A. frecuenta su casa porque la Sra. L. tiene una pensión donde sirve almuerzos, esta persona es su cliente.

La Sra. L. ha sido citada a prestar declaración testimonial en la causa y al no haber concurrido, su proponente desiste de su comparecencia solicitando se incorpore por lectura la denuncia de fs. 16 como así también su ratificación de fs. 151. De dicha instrumental surge que la Sra. L. es madre de M. B. F. de 25 años de edad la cual padece un retraso mental leve. Relata la testigo que ella se entera de los hechos investigado el día 9 de mayo de 2011 en horas de la mañana le preguntó a su hija mayor P. E. F. porque estaba llorando su hermana M. a lo que esta le contestó que había sido abusada sexualmente y que aparentemente estaría embarazada ya que ese mes no había menstruado. La denunciante le preguntó a M. que le había pasado a lo que contestó que cuando fue a comprar papa a un negocio próximo a su casa (a tres cuadras aproximadamente) entre las calles México y Brasil del Bº Mariano Moreno de esta ciudad, luego de comprar procedió a retirarse del negocio cuando el llamado A. A. la llamó y le dijo "Hola M. acá tengo unas películas para prestarte", invitándola a pasar a su habitación a lo que su hija respondió que no, por lo que este al ver la negativa procedió a taponarle la boca y la agarró por la fuerza del brazo y la introdujo al interior de la vivienda para posteriormente tirarla a la cama, sin poder dar más detalles del hecho ya que fue solo eso lo que le refirió debido a que en ese momento perdió el conocimiento y luego cuando se despertó se encontraba sola en la habitación y totalmente desnuda ya que esta persona le había sacado toda su ropa y que las sábanas se encontraban manchadas con sangre, aduciendo además que al momento de ser abusada su hija era virgen. Manifiesta la declarante que su hija lo conoce a A. ya que frecuentaba la casa porque la denunciante tiene una pensión donde sirven almuerzo y esta persona es su cliente.

De la misma manera se incorpora al debate la declaración prestada por el testigo A. J. F., quien no ha comparecido a prestar declaración testimonial por lo que se procede a dar por leída la instrumental de fs. 183 y vta. Refiere el declarante que vive en frente de donde alquila A. y veía que la piba estaba por allí, pasaba y entraba al conventillo donde vivía A..

De importancia resulta la declaración prestada por M. B. F. a fs. 182 y vta, quien en lo medular refirió que ella bajo a comprar y el (A.) estaba afuera esperándola, después él la llamaba, ella cruzo y él le dijo: "veni que te voy a dar plata", ella le dijo que no quería plata, le dijo veni insistiéndole que le daría plata y ella le volvió a decir que no, allí fue que la agarro a la fuerza, y ella se puso contra la pared y se metió a la pieza y le dijo, que ´le quería salir con ella, que quiera ser su novio, quiera que se casen, ella le dijo que no, le dijo que se saque la ropa, ella le dijo que no, y él le saco a la fuerza y allí fue que él la agarro, la desnudo totalmente, luego salió mal, la amenazo que la agarraría a ella o a su mamá con la camioneta si le avisaba a su mama. A. vive en Moreno refiere B., de su casa a dos cuadras, vive solo, alquila, que después que la agarro salió callada porque tenía miedo. A A. lo conoce porque iba a almorzar a la casa porque la familia de B. tiene pensión. Lo que le paso con A. fue a la mañana y no le sintió olor a alcohol, era día de semana.-

Tal como se puede apreciar en la declaración prestada por M. surge claro brindando circunstancias de modo y lugar de cómo acontecieron los hechos. Allí precisa datos concretos respecto a la comisión del abuso sufrido. Expresó que ante la negativa a ser sometida sexualmente A. le saca la ropa por la fuerza y la desnudó totalmente para luego salir del lugar siendo amenazada con hacerle daño con una camioneta a ella como a la madre. Refiere que conoce al imputado ya que él concurre a su casa a almorzar de la pensión que proporciona su madre.

Allí ésta refiere haber sido abusada sexualmente por A., a quien conocía porque éste frecuentaba su casa. Si bien proporciona información respecto al modo en que acontecieron los hechos, no obstante la misma se vé retaceada debido a la limitación en su capacidad mental ya que M. presenta un retraso mental leve conforme certificado de fs. 02/03, lo que le impide ser más explícita en la descripción del hecho o brindar más detalles de lo acontecido.

Que producto de ese abuso resulto embarazada, tal como da cuenta el informe de la pericia médica elaborada por el Dr. Guillermo Robles Avalos a M. B. F., de la que refiere al examen

físico actual, se encontraba lucida, hemodinamicamente estable, moviliza los cuatro miembros, sin signos de foco neurológico, presenta vómitos a repetición en el transcurso del examen. En tórax se observa mamas turgentes y formación de línea media blanca. Con ausencia de himen, desfloración de antigua data. Cuello cerrado y formado. Al examen de genitales externos no se observaron lesiones. De lo observado surge que la menor tubo penetración vaginal. No puede repeler el ataque de una persona de mayor contextura física y de mayor estatura. Grado de sagacidad y reacción lenta por retraso mental leve. En la ecografía realizada el 11-05-2011 por el Dr. Sergio Omar Aseff, certifica "útero gestante, evidenciando saco gestacional único, de ubicación fundica, bordes regulares y forma conservada. (fs. 25/25 vta.; 45/45 vta.)

A fs. 94/94 vta en pericia medica realizada a la víctima M. B. F., el Dr. Guillermo Robles Avalos, determina que en la ecografía obstétrica realizada el 20-05-2011 se detectó útero gestante, con embrión único, que presenta latidos cardiacos fetales positivos, que corresponde a 6 semanas y 3 días de gestación. Placenta corona trofoblastica conservada, líquido amniótico normal, Dra. Pari Teodora es factible que el hecho se produjera antes de las seis semanas y 3 días. A fs. 23 obra informe médico efectuado por la Dra. Mabel Sánchez a M. B. F. del cual surge que al momento del estudio se constata indicadores de retraso mental moderado, capacidad de alerta y sagacidad disminuidos. Parcialmente orientada en tiempo y espacio y en relación a su persona y al medio. Por el retraso que la misma presenta, adquirió autonomía o para actividades de la vida diaria. No es autovalida. Al momento del examen presenta emergencia de temor y miedo relacionado con estado de gravidez que cursa en la actualidad.

Concuenda con lo ya expuesto, la declaración testimonial formulada por la hermana de M., E. P. F., quien en debate expresó que la veía mal a su hermana, decaída y sin ganas de hablar. Que ella le cuenta que tenía vómitos y náuseas y al preguntarle qué es lo que le pasaba, esta le refiere que había sido abusada por A. Que al llevarla al médico se encuentran con que M. estaba

embarazada. En igual sentido se expresó en su declaración de fs. 16 la madre de M., G. M. Leño quien expuso en la oportunidad que ella se entera del abuso sexual sufrido por M., mediante el relato de P. E. su otra hija. Que como consecuencia de ese abuso M. quedó embarazada. Que su hija también le transmitió que el autor del evento sexual sería A. A., persona conocida de la familia ya que pensionaba en lo de la Sra. L.

A fs. 10 consta estudio de ecografía tocoginecologica efectuado por el Dr. Sergio Omar Assef quien refirió que la paciente M. B. F. contaba con un útero gestante, evidencio saco gestacional, único, de ubicación fundica, bordes regulares y forma conservada.- Informe de laboratorio centro sanitario (fs. 29) efectuado por el Dr. Carlos Cesar Tortora a M. B. F. en el que se puede apreciar que el test de embarazo fue con resultado positivo, de fecha 23 de Mayo de 2011.- Informe del Hospital San Roque, servicio de Ecografía, (fs. 46), la Dra. Teodora Pari informa que M. B. F. mediante ecografía obstétrica posee útero con embrión único correspondiente a 6 semanas y 3 días de gestación con líquido amniótico normal. A fs. 53 mediante estudio realizado por la Dra. Mabel Sánchez, la misma refirió específicamente en el punto 3, que M. B. F. no se encontraba en condiciones psicológicas de consentir acto sexual por los indicadores de retraso mental de tipo leve a moderado con capacidad de alerta y sagacidad disminuidos. A fs. 58 mediante estudio realizado por la Dra. Mabel Sánchez a la Srta. F., dijo que en esta persona no se encontraron indicadores de idiocia, constatándose indicadores de retraso mental leve a moderado, lo que a los fines jurídicos configuran un cuadro de Demencia (en sentido jurídico).-

Entonces, partiendo, del análisis de las denunciantes, hermana y madre de la víctima, de la propia declaración de M., debo afirmar que la verosimilitud de estos relatos aparece confirmada de forma inequívoca por el resto del contexto probatorio -Periciales y de Informes incorporados a la causa - En orden a ello debo concluir que el hecho de abuso sexual atribuido al prevenido A., se encuentran debidamente acreditado. De igual manera, la participación que se le enrostra al inculpado como autor material

de este evento, no solo se encuentra corroborado por la noticia criminis formulada por la hermana y madre de la víctima, la declaración prestada por M. a fs. 182 y vta, sino también por toda la prueba objetiva ofrecida, correlacionada y agregada válidamente al debate. La declaración de la víctima es de suma trascendencia al momento de valorar la prueba de manera armónica juntamente con el resto del plexo probatorio. Tanto de la denuncia de madre e hija como también de la propia declaración de M., surge indubitado la autoría por parte de A. A. en este hecho de abuso sexual, no solo porque la propia víctima así lo señala en su declaración, sino también por el resultado que arroja el Informe de estudio genético y análisis de ADN llevado a cabo en el Laboratorio Regional de Genética Forense del NOA (fs 311/315) en el que se concluye que los resultados obtenidos son compatibles con la existencia de vínculo de paternidad de A. A. E. respecto de la evidencia: Embrión (Ho) extraído de la persona de M. B. F., con una probabilidad porcentual de paternidad superior al 99,99 % y un índice de paternidad de $3,6 \times 10$. Repárese que M. no solo quedó embarazada producto el abuso sexual sufrido sino también se le ha provocado un aborto conforme da cuenta la Historia clínica de M. B. F. del Hospital Pablo Soria, (fs. 121/139) que en hoja de identificación se puede constatar que la víctima ingreso al nosocomio con diagnóstico de un aborto incompleto (fs. 122, 128 y ss.).

A los mismos fines he de valorar también la prueba de descargo formulada por el prevenido en debate. Allí el inculpado se hace cargo de su error, admite haber mantenido una relación sexual con Nancy. Se manifiesta arrepentido. Refiere que mantenía mucha amistad con la familia. Que pasó un enamoramiento. Era amistad íntima y fue un error enamorarse, refirió. Manifiesta que él algo le colaboraba y hasta le prestaba plata. M. era como una persona normal. Es rara la denuncia que han hecho. Expresa que era un conventillo donde él alquilaba. Que siempre la veía ahí parada a esa chica. Me decían que me iba a buscar. Expone haberse enamorado de ella. Alega que toda la familia lo conoce bien. Dice que compartía con ellos, eran medio parientes. Que a fuerza de él no ha sido nada y que ella demostraba interés en él. La familia es buena y él ha sido bueno con la familia.

La declaración formulada por M. B. F. detalla circunstancias de modo lugar y persona, a pesar de presentar un grado leve a moderado de discapacidad. Así lo refiere la Lic. Eugenia Auvieux del M.P.A, al elaborar Informe psicológico de la víctima agregado a fs. 374/374 y vta del que surge que M. es una persona joven que aparenta menor edad de la que posee. Requiere estimulación constante para la realización de las tareas solicitadas. Posee capacidad visomotora por debajo a lo esperado a su edad y medio del que proviene con indicadores de retraso madurativo. Razonamiento concreto. Nivel intelectual correspondiente a retraso mental con necesidad de ayuda leve. Esto implica que no puede subsistir por si sola ni manejar dinero) requiere auxilio para la comunicación escrita; carece de capital ideativo suficiente para la interpretación y discriminación de códigos simbólicos propios de adultos, incluyendo la clasificación moral a las acciones que ejecuta y/o padece por lo que acepta o no lo que le indica su entorno. Personalidad que se caracteriza por inercia mental, lentitud desinterés hacia lo que la rodea, campo limitado de actividades con las que se entretiene, sentimientos de baja autoestima y preocupación por sus limitaciones, incapacidad para discernir y ejercer un control eficaz de los impulsos mediante el control intelectual, evita contactos con el medio por falta de recursos para interpretar al otro, replegándose en su mundo. Se detecta percepción perturbadora por el embarazo que atravesó tanto por los trastornos físicos asociados como por la alteración que esto conlleva para su dinámica personal. Por las características propias de M., detalladas anteriormente, no puede consentir libremente una relación sexual.-

Cabe expresar, que en numerosos pronunciamientos se han señalado las dificultades para acreditar la existencia y autoría de delitos contra la integridad sexual como el investigado en la presente causa, pues suelen "...cometerse en ámbitos privados, sin la presencia de testigos, y muchas veces sin la existencia de rastros (desfloración, sangre, semen, huellas, etc.) que puedan develar lo sucedido a través de las pericias técnicas específicas..." (Adrián Marcelo Tenca, "Delitos Sexuales", Editorial Astrea, 2001, pág. 233), es por ello que en "...atención al ámbito en que por lo general se desarrollan esta clase de delitos, la jurisprudencia ha

considerado que el testimonio de la víctima cobra un papel fundamental. Se ha señalado al respecto que ante la inexistencia de testigos presénciales del hecho, el juzgador debe basarse en los dichos de la víctima y en el de las personas que tomaron conocimiento mediante sus dichos..." (autor y obra citada, pág. 235).- Que, aun cuando el testimonio de la víctima fuese el único elemento probatorio incriminador sobre la existencia del hecho y su autoría por parte del victimario, extremo que no ocurre en autos, la jurisprudencia en materia penal ha pronunciado "...el carácter único del testimonio no impide la plenitud probatoria siempre que el juez adquiera certeza sobre la existencia de determinada circunstancia de hecho ..." (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, 25/X/1997, González, Julio G, La Ley, 1998-A, 353), pues la fundamentación de determinada conclusión del fallo debe realizarse conforme al régimen probatorio de la sana crítica racional.

Con toda la prueba ya referenciada y valorada de manera íntegra, concluyo que el hecho de abuso sexual existió y que el prevenido A. A. es responsable del hecho que se le enrostra, habiendo actuado a sabiendas, optando por la no realización del ilícito. Así da cuenta la pericia psiquiátrica (fs. 526/527) llevada adelante por el Dr. Pablo M. Groueix sobre el encartado A. E. A. se destaca que el mismo esta orientado en tiempo y espacio, en relación a su persona y al medio circundante. Memoria sin alteraciones en cuanto a los procesos de almacenamiento, fijación y evocación. No refiere ni se infieren alteraciones sensorceptivas actuales. No se constatan alteraciones- eutimia. Volición conservada. Concluyendo que al momento del examen no se evidenciaron síntomas ni signos de patología psiquiátrica que impidan la comprensión de su situación procesal.

En pericia psicológica efectuada por la Licenciada Mariana Otaola al prevenido A. (fs. 527/528 y vta) en lo medular se destaca que a partir de la administración y posterior interpretación de los test gráficos de la Casa, Árbol y persona, se evidencio que: Presenta en las producciones en términos general una buena Gestalt lo cual es indicador de una adecuada función sintética del yo en donde impera el principio de realidad, adecuación y adaptación a la

realidad. Posee un control yoico adecuado del mundo de la fantasía, pudiendo apelar al uso de la misma como satisfacción sustitutiva, como recursos frente a las dificultades de encontrar satisfacción del medio. Presencia de sentimientos de inadecuación con tendencias al retraimiento expresado en cierta pasividad en el comportamiento, lo cual aparece de manera recurrente, en consecuencia el sujeto tiene la vivencia de que los requerimientos del ambiente que se le presentan, son en muchas ocasiones desmedidos, frente a los cuales no puede generar estrategias adecuadas, generando sentimientos de inferioridad. Además refiere la Licenciada que el encartado posee una estructura de personalidad de tipo neurótica con rasgos histérico que buscan complacer al otro, en este caso el entrevistador, apelando a recursos comunicacionales, tendientes a generar el agrado y simpatía por él. Tendencia a presentar una posición pasiva y de aceptación en los términos que los otros proponen en los vínculos, buscando aprobación. Presenta una vivencia del ambiente como hostil, posicionándose en un lugar de víctima, por encontrarse en una falsa denuncia. Se observan indicadores de tensión agresiva contenida, que en las condiciones actuales logra mantener a raya. Como mecanismos de defensa del yo, aparecen la represión, negación y proyección como modo de mantener vigilados los aspectos que resultan conflictivos para si mismo. No es un sujeto sociable, se vincula superficialmente, con cierta sensibilidad de defensiva por vivenciar a los otros y el ambiente como probables agresores limitando sus relaciones de confianza a su círculo familiar. En conjunto, sus sentimientos son mantenidos bajo ajustado control y es generalmente previsible con escasas fluctuaciones dl estado anímico. Concluyendo advierte la Licenciada Otaola, que en el prevenido A. E. A. no se constataron o evidenciaron alteraciones psicopatológicas que impidan la comprensión de su situación procesal. Habida cuenta que no se ha probado en esta causa ninguna de las circunstancias previstas en el art. 34 del C.Penal, que me permita considerar que el prevenido Trejo pudiera haber cometido el hecho bajo la influencia de alguna de las causales excluyentes de la culpabilidad o de justificación, su responsabilidad penal por el evento atribuido, debe darse por cierta.

Toda la prueba invocada hasta esta oportunidad, me brinda la certeza que me exige esta etapa procesal, que los hechos referidos por el órgano acusador en su requerimiento de elevación de la causa a juicio, existieron de la manera descripta por aquel. De igual forma también encuentro certeza respecto a la responsabilidad penal que se le atribuye a A. en el hecho de abuso sexual en perjuicio de M. B. F. Más aún si valoro a la luz de la sana crítica racional la declaración defensiva prestada por A. en el debate. Allí es el prevenido quien reconoce haber cometido un error amparándose en la circunstancia del enamoramiento hacia su víctima.

Si bien es sabido que la declaración prestada por el imputado, resulta ser un acto de defensa material, y que la sola declaración no puede ser considerada a los fines de la atribución de responsabilidad del hecho que hoy se le enrostra al inculpo, tengo acreditado y probado con las demás pruebas, testimoniales y demás prueba objetiva incorporada al debate, que la conducta asumida por el acusado, ha sido dirigida a satisfacer sus apetencias sexuales, aprovechando de circunstancias que le facilitaron su concreción, como ser la confianza que mantenía A. con la familia por ser el prevenido conocido de esta al ser pensionado y valiéndose de esa confianza, éste aprovechó la circunstancia de abusar de M. quien resulta ser una persona vulnerable ya que presenta un retraso mental, que según la Dra. Mabel Sánchez a fs. 23, describe como retraso mental moderado. A fs. 53 refiere que M. no se encuentra en condiciones psicológicas de consentir un acto sexual por los indicadores de retraso mental de tipo leve a moderado con capacidad de alerta y sagacidad disminuida. A fs. 58 la profesional también describe en su informe que en M. se constata indicadores de retraso mental leve a moderado, lo que a los fines jurídicos configuran un cuadro de demencia. En la especie, la declaración que presta el prevenido en debate, ha sido espontánea y despojada de cualquier acto de auto incriminación reconociendo que había cometido un error, que se había enamorado de M. el que pretende subsanar, brindado su arrepentimiento a la familia. Se advierte en el prevenido una actitud de arrepentimiento respecto al daño ocasionado tanto a M. como a su familia. Nunca reparó en las

consecuencias que podría devenir al abusar de una mujer incapaz quien presenta serias limitaciones ya que según la Dra. Mabel Sánchez, M., por su retraso mental su capacidad de alerta y sagacidad están disminuidas y que tampoco puede consentir una relación sexual lo que la hace sumamente vulnerable.

En lo que respecta a la calificación legal, debo decir que comparto aquella descripta por el órgano acusador en el requerimiento de juicio, en cuanto se ha probado de manera certera que A. E. A. es autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en perjuicio de M. B. F. quien a la fecha del hecho contaba con 25 años de edad presentando un cuadro de retraso mental de leve a moderado. Este hecho de abuso sexual ha sido probado y debidamente acreditado, no solo por la denuncia formulada por la hermana y la madre de M., sino también por la declaración prestada por la propia víctima a fs. 182 y vta, las demás pruebas objetivas agregadas válidamente a la causa, H.C del Hospital Pablo fs. 121/139, Informe de Genética Forense análisis de ADN fs. 311/315, Pericia Psicológica y médicas practicada a M. y demás prueba ya referenciada como así también oportunamente valorada. Para Alejandro Tazza, el acceso carnal constituye uno de los núcleos de este tipo penal. Dicho acceso puede ser por vía vaginal, anal u oral. Es todo acto por el cual se ha introducido el miembro viril del sujeto activo en una cavidad orgánica de otra, sea que esta cavidad la naturaleza haya destinado para la función sexual, sea otra distinta. El delito se considera consumado, aún cuando esa introducción no sea completa ni perfecta (Código Penal de la Nación Comentado Parte Especial. Segunda Edición Actualizada, comentario art. 119, pag. 400).

En conclusión, atendiendo a las previsiones del art. 40 y 41 del Código Penal, y considerando circunstancias de persona, debo hacer mención al prevenido A., siendo éste una persona afecta a la familia de M., habiendo logrado obtener la anuencia necesaria para ser considerado persona de confianza de la familia, resaltando además su arrepentimiento por el hecho tal como lo hiciera saber al Tribunal en audiencia de debate al momento de ejercitar su derecho de defensa. A fs. 477 obra informe sobre los antecedentes, conductas, concepto y bienes del cual surge que el

prevenido es una persona jubilada del Ingenio Ledesma, que tiene la educación primaria completa, sin registro de antecedentes penales conforme lo expone el informe de fs. 107 y 511 la división de antecedentes personales de la policía de la provincia de Jujuy, en el que consta que el encartado con prontuario N° 413.239 - S.S., no posee condenas anteriores, debiendo valorar dicho informe a los fines de determinar el quantum punitivo.

En lo referente a los agravantes, debo considerar la peligrosidad del sujeto procesal. A. A. era una persona conocida de familia de M. que según E. P. F., hermana de M., lo conocen del barrio desde el año 2005, que hacían reuniones familiares a las que concurría el inculpado, por lo que aprovechando dichas circunstancias, traicionó la confianza de la familia y al advertir sobre la incapacidad de su víctima, es que este abuso sexualmente para luego de ello amenazarla con que no dijera nada, que de lo contrario la agarraría a ella o a su madre con la camioneta (ver fs. 182 vta). Con esta conducta, queda en evidencia los motivos que lo llevaron a cometer el hecho delictivo, desde que se advierte su peligrosidad en el hecho de que se valió de la situación de vulnerabilidad que presentaba M. y que él conocía por ser allegado de la familia, tal como lo manifestaron los testigos y el propio inculpado. M. B. F. era una mujer de 25 años, a la fecha del hecho con sus capacidades mentales disminuidas ya que presenta un retraso mental de leve a moderado, el que según lo expuso la Dra. Mabel Sánchez le impide consentir libremente un acto sexual; éste aprovechándose de tal circunstancia, eligió cometer el hecho de abuso sexual que ahora se le reprocha, pudiendo haber optado por no llevar adelante la conducta criminal descripta por el acusador, según los informes psicológicos que así lo reflejan.

Respecto a la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla, debo decir que el obrar llevado a cabo por el prevenido en cuanto a satisfacer sus apetencias sexuales con una persona discapacitada, se vio reflejado en la circunstancia de capitalizar a su favor la confianza brindada por la familia F., en cuanto no solo lo conocían porque A. le ayudaba, les colaboraba,

les prestaba plata (declaración del inculpado en debate) sino que existía una relación más estrecha con la familia ya que A. era pensionista en la casa de la Sra. L.. En cuanto a los hechos, debo valorar el modo de comisión de estos, A. a modo de engaño ingresó a la pieza donde residía a M., ofreciéndole películas y dinero para así ejercitar su conducta antijurídica en contra de la integridad sexual de la mujer, bajo amenazas, infundiéndole miedo y temor en cuanto a que no revele lo acontecido porque le pasaría con la camioneta a ella o a su madre. La modalidad de ejecución ha sido también puesta de manifiesto por el prevenido. El modo de comisión de los hechos denota una manera si se quiere premeditada en su conducta, A. conocía la familia de M. y advertido de la discapacidad que presentaba la mujer en cuanto a su capacidad cognitiva (informe de fs. 639 conforme certificados expedidos por la Dra. Rangeon y el Lic. Fernández del Hospital Psiquiátrico "Nestor Sequeiros" delos que surge que M. padece retraso madurativo psicomotriz y de las habilidades sociales), circunstancia esta que potenciaba su superioridad e intimidación transformándola en una persona sumamente vulnerable, teniendo presente que según la profesional Dra. Mabel Sánchez, M. no podía consentir libremente un acto sexual debido a la incapacidad mental que presentaba conforme certificado de discapacidad y demás informes médicos (fs. 374 vta). Por último en lo que respecta a la extensión del daño y del peligro causado, debo poner el foco en la declaración testimonial de la hermana de M. E. F., quien resaltó que al momento en que se enteró que estaba embarazada, no comía, no dormía se golpeaba la panza al extremo de haberse provocado con esa autoagresión un aborto espontáneo (fs. 100 H.C de fs. 122/138). "Que estaba como depresiva. Luego siguieron con tratamiento psiquiátrico. M. hizo un retraso en sus conductas. Toma pastilla, no quiere dormir con su hermana, ahora duerme con la madre". A fs. 639 y vta, la Lic. Auvieux realiza una entrevista semi dirigida a M. B. F.. Allí refiere que el nivel intelectual correspondiente a retraso mental con necesidad de ayuda leve que padece la joven implica, en su caso: no manejo de dinero; auxilio para comunicación escrita; capital ideativo insuficiente para la interpretación y discriminación de códigos simbólicos propios de adulto (gestos, chiste, metáforas), incluyendo la calificación

moral a las acciones que ejecuta y/o padece, por lo que acepta o no lo que le indica su entorno (familia, compañeros de escuela, amigos -estos últimos cuando los tenía-, personas de la parroquia, etc.); memoria mediata lábil: ejecución de tareas sencillas, mecánicas y repetitivas sin percepción de situaciones peligrosas para sí o para terceros. Se aprecia restricción de la cotidianidad de esta joven, circunscriptas a las limitaciones que su nivel intelectual le permite, diversificando juegos cuando se encuentra con sobrinita de siete años. El retraso mental no se puede modificar, es de leve a moderado, sus limitaciones no van a cambiar. M., según lo expuesto por los profesionales es una persona mucho más vulnerable que otro sujeto al azar. Carece de ciertas capacidades. No podía consentir un acto sexual. La discapacidad que presenta esta persona es advertible a simple vista conforme lo expresado por su hermana y su madre sumado a que A. conocía a la familia desde hace unos años atrás. Es una persona que se presenta anañada y en su comportamiento ella juega con niños muchos menores que ella. Las conductas de M. son propias de un retraso mental. Cabe destacar que A., ha cosificado a la mujer habida cuenta que la ha utilizado para satisfacer sus necesidades sexuales amparándose en un estado de enamoramiento ya que le expresaba a M. su deseo de ser su novio y de querer casarse con ella. Así también lo expuso el prevenido al momento de prestar declaración defensiva en debate. Manifestó en la oportunidad que tenía mucha amistad con la familia y que pasó un enamoramiento, "era amistad íntima", refirió y que fue un error enamorarse, desinteresándose por la persona de M., dejando de lado toda la situación traumática por la que ésta debió atravesar al resultar ser víctima de abuso sexual y como consecuencia de ello, resultó embarazada.

Tales circunstancias hacen procedente que a A. E. A. se le imponga una sanción penal de seis años de prisión, teniendo en consideración la modalidad comisiva del tipo penal, el daño ocasionado (repárese que la víctima es una persona adulta pero discapacitada lo que la pone en situación de vulnerabilidad y que luego de haber sido abusada quedó embarazada y por las autoagresiones sufridas se le provocó un aborto espontáneo.

Por lo expuesto, estimo como justo y equitativo se condene al imputado A. E. A., de las demás calidades personales obrantes en autos, a cumplir la pena de SEIS (6) AÑOS DE PRISIÓN, por resultar ser autor material y responsable del delito de Abuso sexual con acceso carnal previsto y penado en el art 119 tercer párrafo del Código Penal, accesorias legales y costas conforme art 40, 41, 12 y 29 inc. 3 del citado código de fondo. Tal como fuera solicitado por la Fiscalía, corresponde librar oficio al Registro Nacional de Datos Genéticos contra la integridad sexual a los fines de incluir en el listado al prevenido A. E. A. a sus efectos. Regular los honorarios profesionales del Dr. Diego Marcelo Valdiviezo en la suma de cuarenta (40) UMA, por su labor desarrollada en autos de conformidad a los arts. 20 y 26 de la Ley 6112 "Ley de Honorarios Profesionales de Abogados y Procuradores de la Provincia de Jujuy. En relación a la modalidad de la privación de libertad que viene sufriendo A. E. A., deberá mantenerse la prisión domiciliaria mientras el Sr. Juez de Ejecución de la pena no disponga su modificación, conforme lo dispuesto en las resoluciones registradas en el Libro de Acuerdos Nº 5 con los números 43, 44, y 47/20 emitidas por el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy.-

Así voto.-

El Dr. LUIS ERNESTO KAMADA dijo:

De manera liminar, formulo mi plena adhesión a los fundamentos y a la conclusión consagrada por la Sra. Presidenta de trámite en su voto, restándome sólo señalar algunos aspectos que estimo de relevancia para fijar la posición del suscripto en la materia.

1.

Como bien lo advirtiera en su alegato el Sr. Fiscal, medió una discrepancia entre el tipo penal seleccionado por su parte para encuadrar la conducta cuya autoría se atribuyera al imputado, y la que, finalmente, escogiera en oportunidad de pronunciar su alocución final. Esta divergencia no sólo se verificó entre ambos momentos acusatorios, sino que también ocurrió entre el auto de procesamiento emitido por el juez de instrucción de causas ley

3584 a fs. 550/555 vta., y el requerimiento de citación a juicio de fs. 564/570 vta..

El problema radica en que, a la hora de pedir la citación a juicio del encartado, el Sr. Representante del Ministerio Público de la Acusación invocó una norma penal derogada, toda vez que era la que corresponde al texto original del Código Penal que, luego, sufriera distintas modificaciones, siendo la que atrapa históricamente el hecho enjuiciado, la introducida por la ley 25087, publicada en el Boletín Oficial el 14 de mayo de 1999.

2.

Sabido es que el tipo penal "es el instrumento por medio del cual, del conjunto de conductas antijurídicas de las que hay que responder subjetivamente (eventualmente culpables), que contiene –expresa o implícitamente– el ordenamiento jurídico, el derecho penal selecciona aquellas que son merecedoras de pena, lo cual hace designándolas por medio de su descripción". De ello se deriva que "el tipo, como sustantivo, es la descripción de una conducta a la que se asigna una pena, en tanto que la tipicidad, como adjetivo, es la característica de una determinada conducta de ser adecuada a la descripción del tipo" (Creus, Carlos y Basílico, Ricardo Angel, Derecho penal. Parte general, ed. Astrea, Buenos Aires, 2020, p. 182).

A su vez, "toda conducta típica debe integrarse de las dos componentes necesarias de todo comportamiento: su parte objetiva y su parte subjetiva", abarcando la primera "el aspecto externo de la conducta", mientras que "la parte subjetiva del tipo se halla constituida siempre por la voluntad –consciente, como en el dolo, o sin consciencia suficiente de su concreta peligrosidad, como en la imprudencia–, y a veces por especiales elementos subjetivos" (Mir Puig, Santiago, Derecho penal. Parte general, ed. B de F, Buenos Aires, 2016, p. 227).

Habida cuenta, entonces, del carácter y teleología garantizadora que, dentro de un derecho penal mínimo, tiene el tipo penal, deviene evidente la importancia que reviste su precisa mención a la hora de formalizar la acusación.

3.

En oportunidad de responder a la petición fiscal, la defensa no formuló cuestionamiento alguno de fondo a la tipificación formalizada, con base en que la norma invocada sea distinta a la que tenía vigencia cuando el hecho fue cometido.

En rigor, la defensa circunscribió todo su responde a valorar, desde su punto de vista, desde luego, los aspectos fácticos de la pretensión acusatoria. Esta circunstancia se torna importante porque implicó el reconocimiento de la ausencia de vulneración alguna al derecho de A. a defenderse por causa de la tipificación promovida por la Fiscalía.

4.

Estimo que el acento debe ser puesto en la facticidad que se atribuye al encartado y no meramente en el significado jurídico pues "... se trata, como puede apreciarse, de identidad de hechos y de posible diversidad de encuadramiento legal de esos hechos, siempre que la mutación, por lo sorpresiva, o porque imponía la consideración de aspectos o circunstancias particulares del delito, del autor o de la pena muy dispares, no afecte el ejercicio útil o eficaz de la defensa en juicio del acusado..." (CNCas. Pen., Sala III, "Farías", voto mayoritario del Dr. Riggi, 13/8/2008, LL, 2008-F, 602, citando fallo de la misma Sala en la causa n° 7363, caratulada "Rivarola, Daniel Alfredo s/recurso de casación", Reg. 118/07, Rta. el 15/02/07 y de la Sala I del mismo Tribunal en la causa n° 7142, "Ensina").

Indudablemente que esta es la solución interpretativa más razonable, toda vez que de nada –o de muy poco- le sirve al encartado conocer sólo el nomen iuris del tipo legal cuya ejecución se le adjudica, en orden a su efectivo ejercicio de la defensa en juicio, resultándole verdaderamente útil la cabal aprehensión intelectual de la conducta, fielmente descripta con arreglo a las constancias de la causa.

5.

Por otra parte, la caracterización de la conducta contenida en el tercer párrafo del actual art. 119 del Código Penal es coincidente, en cuanto a su materialidad, con la otrora contemplada en el antiguo art. 119. En efecto, la descripción de la conducta contemplada en el tipo derogado consistía en propiciar el reproche por tener acceso carnal con personas de uno u otro sexo -en el caso del inciso 2º del antiguo art. 119- "cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiese resistir"; en tanto que en el supuesto previsto por el inciso 3º, el reproche se tornaba procedente "cuando usare de fuerza o intimidación".

Luego de la reforma de la ley 25087, el art. 119 del Código Penal experimentó una modificación importante en su estructura, suprimiéndose los incisos y quedando comprendido el abuso sexual con acceso carnal en el tercer párrafo de dicha norma, pero remitiendo a que éste produjere "mediando las circunstancias del primer párrafo", esto es, "cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio o 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". Se vuelve necesario recordar que, en la presente causa, el nudo de la pretensión punitiva del Estado se inspiró en la ausencia, en cabeza de la víctima, de su posibilidad concreta de prestar su consentimiento para mantener una relación sexual, a mérito del retraso madurativo que padece, debidamente acreditado en autos por los pronunciamientos de los especialistas en la materia.

A la luz de lo previamente glosado, se infiere, sin demasiado esfuerzo, que las circunstancias mentadas en la disposición derogada se encuentran descriptas en los párrafos tercero y primero del art. 119, según ley 25087, resultando probadas en el juicio, con lo que ningún agravio podría surgir de ello para el acusado.

6.

Siendo ello así, la descripción del obrar que la Fiscalía atribuyera a A. en calidad de autor, le permitió a éste ejercer en plenitud la

totalidad de su derecho defensivo, a tenor de lo cual, ningún efecto limitante tuvo para el imputado el equívoco en el que incurriera el acusador al tipificar la conducta.

Ciertamente que corresponde advertir al Sr. Representante del Ministerio Público de la Acusación que, en lo sucesivo, observe la debida diligencia a la hora de enunciar el tipo penal cuya aplicación al caso preconiza en sus requerimientos, pues ello hace a la integridad de la pieza acusatoria, sin perjuicio que, en la especie, tal defecto no motivó la formalización de una objeción consistente por la defensa de A..

Así voto.

El DR. EMILIO CARLOS CATTAN dijo:

Conforme lo establece el art 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, adhiero a los fundamentos y conclusiones a los que arribara la Sra. Presidenta de trámite.-

Así voto.-

Por lo expuesto, el Tribunal en lo criminal 2 de Jujuy, por unanimidad;

Falla:

I.-CONDENANDO al imputado A. E. A., de las demás calidades personales obrantes en autos, a cumplir la pena de SEIS (6) AÑOS DE PRISIÓN, por resultar ser autor material y responsable del delito de Abuso sexual con acceso carnal previsto y penado en el art 119 tercer párrafo del Código Penal, accesorias legales y costas conforme art 40, 41, 12 y 29 inc. 3 del citado código de fondo.-

II.- LIBRANDOSE oficio al Registro Nacional de Datos Genéticos contra la integridad sexual a los fines de incluir en el listado al prevenido A. E. A. a sus efectos.-

III.- REGULANDO los honorarios profesionales del Dr. Diego Marcelo Valdiviezo en la suma de cuarenta (40) UMA, por su labor

desarrollada en autos de conformidad a los arts. 20 y 26 de la Ley 6112 "Ley de Honorarios Profesionales de Abogados y Procuradores de la Provincia de Jujuy.

IV.- En relación a la modalidad de la privación de la libertad de A. E. A., deberá mantenerse la prisión domiciliaria mientras el Sr. Juez de Ejecución de la pena no disponga su modificación, conforme lo dispuesto en las resoluciones registradas en el Libro de Acuerdos N° 5 con los números 43, 44, y 47/20 emitidas por el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy

V.- REGISTRAR, agregar copia en autos y notificar.