

Abuso Sexual Con Acceso Carnal Agravante Menor De Edad Convivencia Con La Víctima

JURISPRUDENCIA

Abuso sexual con acceso carnal. Agravante. Menor de edad.

Convivencia con la víctima Se declara mal concedido el recurso de casación y se confirma en todas sus partes la sentencia que, en lo pertinente, condenó al imputado a la pena de ocho años de prisión, por considerarlo autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con una víctima menor de dieciocho años de edad.

VIEDMA, 17 de marzo de 2015. VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: "O., D.R. s/ Abuso sexual con acceso carnal s/Casación» (Expte.Nº 27328/14 STJ), puestas a despacho para resolver, y CONSIDERANDO: Que la deliberación previa a la resolución ha concluido con el acuerdo de los señores Jueces que se transcribe a continuación. La señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini dijo: 1. Antecedentes de la causa: 1.1. Mediante Sentencia Nº 41, del 4 de agosto de 2014, la Cámara Segunda en lo Criminal de Cipolletti resolvió -en lo pertinente- condenar a D.R.O. a la pena de ocho años de prisión, por considerarlo autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con una víctima menor de dieciocho años de edad (arts. 55, 119 párrafo tercero en función del primer párrafo C.P.). 1.2. Contra lo decidido, la Defensa Oficial del señor O. deduce recurso de casación, que es declarado admisible por el a quo. 2. Agravios del recurso de casación: La casacionista entiende que el fallo incurre en arbitrariedad por errónea valoración de la prueba, lo que la descalifica como acto jurisdiccional válido. Puntualiza que el "nudo de la cuestión radica en establecer si M.L.F. quiso o no mantener relaciones sexuales» con el imputado. Al respecto, menciona que frente a la exculpación de este "se alzan los dichos de la menor en distintas instancias, cuyas diferencias son relevantes, toda vez que hacen a las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho imputado.». Reseña los dichos de M.L.F. en su declaración en cámara Gesell y los compara con lo que refirió ya mayor en el debate, y puntualiza que según esta segunda declaración el hecho ya no ocurrió en la habitación de su madre, sino en el cuarto del señor O., donde él la llevó a la fuerza; no fue a la hora de la siesta, sino a la mañana; ya no con su ropa puesta o con amenazas. Agrega que tampoco habían dicho nada sus familiares respecto del trato entre su pupilo y la menor, en punto al temor y desconfianza que esta última le tenía. Alega que estas contradicciones respecto de aspectos fundamentales del delito reprochado no son mínimas, sino que restan valor probatorio a los dichos de la víctima. Suma a lo anterior que tampoco se buscó aclarar si su pupilo pudo haber creído que actuaba con el consentimiento de aquella, y que la violencia con la que supuestamente se desarrolló el acto sexual no implica por sí sola ausencia de voluntad para iniciar la relación, lo que se traduce en las distintas versiones dadas por la víctima al respecto. Del mismo modo, prosigue, el cuadro de angustia posterior al hecho en manera alguna demuestra que en el inicio del acto no haya habido consentimiento. Destaca la presunción de inocencia del señor O., que exige que una persona no sea condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal, con cita de doctrina y jurisprudencia que entiende favorables a su postura. Subsidiariamente, considera que no procede la agravante prevista en el inc. f del párrafo cuarto del art. 119 del Código Penal, puesto que no se acreditó una real convivencia con la víctima, y argumenta que si bien el imputado "llegó a la casa en el mes de diciembre la menor según los dichos de su madre pasó las vacaciones (con). su padre en Chile por lo que la convivencia fue mínima». Añade que no surge del fallo cuáles son los elementos objetivos que permitan sostener que hubo un aprovechamiento de la situación de convivencia, cuando al mismo tiempo "se habla de una víctima temerosa y esquiva». En este orden de ideas, señala la necesidad de tener cuidado especial para las situaciones de cohabitaciones pasajeras, esporádicas, de muy corta duración y que revelan la inexistencia de una verdadera convivencia, pues esta implica algo más que estar o permanecer en el mismo lugar que el autor, en tanto se trata de una situación que tiene como presupuesto una comunidad de intereses y de afectos. Así-, considera insuficiente el "vivir bajo el mismo techo» y aduce que, de todos modos, debe haber aprovechamiento de la situación, esto es, que se prevealezca o se utilicen las ventajas que tal situación brinda para consumir el abuso sexual, lo cual constituye un elemento subjetivo. Por lo expuesto, entiende no acreditados los extremos de la agravante. 3. Hechos reprochados: El a quo tuvo por acreditado que el día 22 de febrero de 2012, a las 16:00 hs. aproximadamente, el imputado accedió carnalmente a la menor M.L.F., de dieciséis años de edad, aprovechando que convivía con ella y su grupo familiar. Así-, ingresó a la habitación de la madre y se acercó a la cama donde ella se encontraba y, aunque esta lo pateaba y le decía que saliera, le agarró las manos y los pies, se puso arriba de ella, le sacó la bombacha y el pantalón, le dio besos, le tocó los pechos, se bajó la ropa y la penetró vaginalmente. Al otro día le dijo ". vos calladita nomás, no digas nada.». 4. Análisis y solución del caso: 4.1. El primer planteo de la Defensa está dirigido a cuestionar tales hechos, pues sostiene que el acercamiento sexual fue consentido por la menor, o cuanto menos el imputado pudo creer que era así-. Ahora bien, en apoyo de tal hipótesis menciona las diferencias que advierte

entre lo declarado por la menor mediante el sistema de cámara Gesell y sus dichos posteriores en debate, una vez alcanzada la mayoría de edad. En este sentido, en tal última declaración dijo -en lo que interesa- que una mañana del mes de febrero, cerca del mediodía, el imputado le insistió para estar con ella y, pese a su negativa, la llevó a la pieza de él; ella trató de defenderse y sacárselo de encima, pero era más grande, con más fuerza; le sacó el pantalón y la bombacha, él se sacó el suyo y el calzoncillo; no tenía preservativos; la agarraba del brazo mientras ella trataba de soltarse, y no la lastimó ni le pegó. "Me tocó las partes íntimas, trataba de sacármelo de encima porque estaba encima mío y no podía, porque el tiene mas fuerza que yo y no podía salir. Le decía salí porque mirá si me dejás embarazada. Que alcanzó a meter su pene en la vagina, que el dijo que no acabó pero yo no sabía porque tenía ese miedo de quedar embarazada». La menor también refirió que tenía experiencia acerca de las relaciones sexuales y que después de "esto me dijo que yo no diga nada, o estaba asustada, porque con el siempre chocábamos nunca nos llevamos bien». Asimismo, mencionó cómo le reveló a su madre lo ocurrido y que en el momento de los hechos se encontraba en la casa un tío discapacitado, que no puede hacer nada solo, con una "mentalidad de nene chico». Ante preguntas de la Defensa, dijo que creía que el hecho había ocurrido en la pieza de él, pero que no se acordaba de ello, que estaba en el comedor con su tío discapacitado. Por su parte, en su declaración mediante el sistema de cámara Gesell, M.L.F. había dicho que el hecho había pasado en horas de la siesta, luego de almorzar y en la habitación que compartía con su madre, donde el imputado se había dirigido, acercándosele. La Defensa intenta fundar su planteo en las discrepancias en cuanto al lugar exacto y las horas del día en que sucedieron los hechos. Ahora bien, una revisión integral de lo decidido permite advertir que tales diferencias son inadecuadas para tal cometido, pues en su última declaración la víctima aclaró que no recordaba con exactitud tales extremos dado el paso del tiempo, lo que aparece como una justificación válida. Empero, lo que sí permanece incólume, y esto es centralmente contrario al agravio en tratamiento, es que ambos relatos de la menor son coincidentes en cuanto a la secuencia violenta de lo sucedido: el imputado se acercó, le agarró las manos, se puso arriba de ella, le sacó el pantalón y la bombacha, la toqueteó, le causó dolor; ella rechazaba lo que sucedía y se lo hizo saber, pero él era más fuerte, no podía hacer nada, y al otro día le dijo "vos calladita». De modo indiciario, también se opone al consentimiento alegado por el imputado y la señora Defensora la reacción posterior de la menor en cuanto reveló lo ocurrido, y lo mismo cabe decir sobre las circunstancias en que lo reveló, pues ello sucedió días después, cuando se le preguntó qué le ocurría, dado el cambio en su comportamiento, y su comentario al respecto fue angustioso. Esto fue puesto en evidencia no solamente por la menor, sino también por su madre, quien en debate narró haber visto a su hija "como rara como (que) algo le preocupaba y muy callada. Yo la veía así-, pero ella me decía que no le pasaba nada. El viernes. ella estaba llorando y callada y no decía nada, le preguntaron nuevamente con su pareja y me dijo que no(s) tenía que contar algo, me abrazó fuerte y lloraba nos asustamos, dijo D. me violó.». Tal dato, que pone en evidencia los sentimientos de la víctima respecto del hecho, fueron corroborados por la pareja de la madre, quien se encontraba con ella cuando la menor decidió contar lo ocurrido. Como dato indiciario acerca de la ausencia de consentimiento en el hecho también es útil otra porción del testimonio de la madre, en la que sostuvo que luego "del hecho la noté cambiada porque le fue medio mal en el colegio, no estudiaba, antes del hecho iba bien al colegio. luego le empezó a ir mal se llevó muchas materias y repitió. Ahora mi hija estudia en el nocturno y anda bien». Al igual que ocurre con el indicio anterior, esto ha sido ratificado por el novio de la madre y por el informe de la Of.A.Vi. glosado a fs. 229. Por último, la víctima también refirió haber tenido conductas para evitar al imputado, antes y los días que siguieron al hecho, hasta que contó lo ocurrido. Todo lo reseñado -que hace referencia a conductas previas al abuso y posteriores a él- es prueba de que, tal como sostuvo M.L.F., la relación no fue consentida y de que el juzgador resolvió la cuestión ajustándose al principio de razón suficiente. 4.2. En cuanto al error del imputado sobre el carácter consentido del encuentro sexual, los hechos probados son suficientemente demostrativos de lo contrario, dado que la propia víctima le hizo saber a O. en seguidas oportunidades que se negaba a él y puesto que utilizó la fuerza para vencer su voluntad. 4.3. La Defensa aduce que no se ha configurado la agravante prevista en el inc. f) del cuarto párrafo del art. 119 del Código Penal, toda vez que no se encuentra acreditada la convivencia con la víctima, que ha sido "mínima» en razón de que el imputado llegó a la vivienda en el mes de diciembre y M.L.F. se encontraba de vacaciones en otro lugar. La Cámara Segunda en lo Criminal de Cipolletti arribó a la tipicidad cuestionada por considerar que la relación abusiva se consumó cuando el imputado y la menor convivían bajo el mismo techo, con cita de doctrina según la cual lo previsto en la norma es el aprovechamiento de la situación de cercanía y las consecuentes facilidades que esto conlleva para el sujeto activo y la relación de confianza que se establece. Para determinar estas cuestiones de hecho -convivencia, cercanía y facilidades-, el a quo tuvo por probado que el imputado vivía en la casa de su hermana, que recientemente lo había recibido proveniente de la provincia de Misiones, aunque previamente ya había residido en el lugar, y que dicho inmueble también era habitado por su sobrina -la menor víctima-. M.L.F. dijo en el debate que "cuando él estaba yo trataba de irme a lo de mi tío y cruzarme lo menos posible porque vivíamos discutiendo porque le pedía ayuda y el respondía que me deje de joder. de D. podía esperar cualquier cosa, vivió con nosotros un tiempo y se fue a Misiones, luego volvió». También queda claro por su relato que el

imputado aprovechó el momento en que se quedó solo con la menor en el interior de la vivienda mencionada, circunstancias en que consumó el abuso. La razón de la agravante está dada porque el imputado aprovechó la facilidad que le dio convivir con la víctima; en consecuencia, la calificación a la que el juzgador arribó es correcta, atento a los datos fácticos del modo en que se produjo la agresión: había una relación de convivencia y esto le permitió a D.R.O. abusar sexualmente de su sobrina. 5.

Decisión: Revisada de modo integral la sentencia en el marco de los agravios esgrimidos, una mejor administración de justicia aconseja negar la instancia de aquellos recursos que manifiestamente no pueden prosperar, por no presentar una crítica concreta y razonada de lo decidido. Por las razones dadas, propongo al Acuerdo declarar mal concedido el recurso de casación deducido en las presentes actuaciones. ASÍ VOTO. Los señores Jueces doctores Ricardo A. Apcarian y Adriana C. Zaratiegui dijeron:

Adherimos al criterio sustentado y a la solución propuesta por la vocal preopinante y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO. Los señores Jueces doctores Enrique J. Mansilla y Sergio M. Barotto dijeron: Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que nos preceden en orden de votación, NOS ABSTENEMOS de emitir opinión (art. 39 L.O.). Por ello, EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA RESUELVE: Primero: Declarar mal concedido el recurso de casación interpuesto a fs. 263/270 vta. de las presentes actuaciones por la Defensa Oficial en representación de D.R.O. y, atento a que ha sido revisada en forma integral, confirmar en todas sus partes la Sentencia N° 41, dictada el 4 de agosto de 2014 por la Cámara Segunda en lo Criminal de la IVª Circunscripción Judicial. Segundo: Registrar, notificar y oportunamente devolver los autos. 4. Déjase constancia de que el doctor Enrique J. Mansilla no suscribe la presente, no obstante haber participado del Acuerdo, por encontrarse en comisión de servicios. ANTE MÍ:

Firmantes: PICCININI - APCARIAN -
ZARATIEGUI - BAROTTO (en abstención) ARIZCUREN Secretario STJ

005975E