



PODER JUDICIAL
MENDOZA



EXPTE. N° 42.199/2
“F. C/ ORTEGA SEBASTIÁN P/ ABUSO SEXUAL
AGRAVADO”

TUNUYÁN, Mendoza, 07 de enero de 2011

I.- AUTOS Y VISTOS:

Los autos N° 42.199/2 arriba intitulados, seguidos contra **CLAUDIO SEBASTIÁN ORTEGA**, mayor de edad, DNI N° 32.687.026, de estado civil soltero, de profesión jornalero, de nacionalidad argentino, nacido en Tucumán, el día 14/11/1986, con domicilio real en calle Nueva, finca Martínez de Vista Flores, hijo de Marcelo y Julia del Carmen, por el delito de **ABUSO SEXUAL AGRAVADO art. 1193° y 4° párrafos inc. b) del Código Penal** y...

II.- CONSIDERANDO:

1. Se inicia la causa a través de una denuncia radicada por **MARÍA EUGENIA ORTEGA** asistida por la Lic. Paola Alicia Pudino Díaz, que obra a fs.1 de fecha 10 de Diciembre de 2.010, exponiendo ante los efectivos de la Comisaría de Tunuyán que en el día de la fecha, siendo aproximadamente las nueve de la mañana en circunstancias en que se encontraba en la casa de su vecina, es llamada por su hermano **SEBASTIÁN ORTEGA** de 23 años de edad quien reside en su domicilio, sito en calle nueva y San Julián de Vista Flores, manifestándole que la llama otro de los hermanos, por lo que la denunciante fue y al ingresar a la casa, Sebastián le tapa la boca y la nariz con tanta fuerza que al parecer la denunciante se desmaya debido a la falta de oxígeno y al despertar observa a Sebastián que la estaba vistiendo, ante ello la denunciante le consultó al hermano lo que estaba haciendo, a lo que este dijo en tono amenazante “...lo que vos ya sabes, y mas te vale que no digas nada porque te va a ir peor, y además no vas a ver mas a Priscila (sobrina de la denunciante) asique no digas nada...”. Agrega que no sabe si su hermano la penetró ya que ella estaba desmayada, solo manifiesta un fuerte dolor en los ovarios (ver fs. 1 y 48).

A fs. 11 obra acta de inspección ocular donde consta el secuestro de ropa de vestir, una sábana, etc. A fs. 12 obra croquis ilustrativo de la vivienda donde se habrían producido los hechos.

Que a fs. 29 y vta. se encuentra agregado la pericia psicológica realizada por el Cuerpo auxiliar Interdisciplinario el día 13 de diciembre de 2010 a la joven María Eugenia Ortega de la cual según su relato surge –en síntesis- que se inicia



PODER JUDICIAL
MENDOZA



MENDOZA
BICENTENARIO
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

sexualmente a los 15 años en situación en la que había sido coaccionada por el mismo sujeto actualmente denunciado. Adecuación contextual – hechos o sucesos específicos, situados dentro de un contexto espacial y temporal -. Ajustada descripción de interacciones: acciones y reacciones mutuas entre la víctima y el agresor. Perdon del agresor. Elementos de la declaración relacionados con el tipo de abuso sexual alegado (semiológica delictiva). La descripción impresiona como tomada de otras personas o fuentes. Su relato posee características suficientes para calificarlo como creíble. Se observan estrategias de confort ante el stress, sin trastornos en funciones básicas, ausencias de alteraciones profundas del desarrollo psíquico. En general sin trastornos (psicomotor, etc.). vínculos emocionales positivos con los miembros de su grupo familiar. Auto desaprobación. Culpabilidad por las consecuencias con el acusado.

Seguidamente, a fojas 34 consta la pericia médica practicada a la víctima, María Eugenia Ortega, por medio del Cuerpo Médico Forense con fecha 14 de Diciembre de 2010, de la cual surge que del examen físico realizado, no se presentan lesiones traumáticas recientes ni signos de defensa. Asimismo, en el exámen ginecológico no se observan signos actuales de abuso. Himen desgarrado de larga data. Ano sano.

En esta misma inteligencia a fojas 57 consta informe del Cuerpo Médico Forense, donde se acredita que del exudado e hisopado vaginal el resultado fue negativo.

Que a fs. 35/37, el imputado SEBASTIÁN ORTEGA prestó DECLARACION INDAGATORIA con las formalidades de ley negando los hechos que se le atribuyen. Manifestó en síntesis que se levantó a las seis de la mañana con su padre. Que desde las siete de la mañana, él y su hermano, estuvieron trabajando hasta las once horas. Que no sabe el porqué de la denuncia. Relata una historia de maltrato del padre hacia la madre y de abusos del padrastro a terceras personas. Dice que la hermana se comunicó con su hermano por mensaje telefónico ese día.

A fojas 48 reitera declaración la víctima. Ratifica los dichos de la denuncia. Aclara que le contó a la asistente PAOLA BAUDINO y que la vecina PATRICIA CORVALAN la acompañó a Vista Flores. Relata que intentó escapar cuando Sebastián la forzó luego de haberla llamado y ella fue desprevenida a verlo a su habitación -pues no lo encuentra en el resto de la casa -. Allí Sebastián la tira en la cama, le dice que se calle, la asfixia y la abusa. Agrega que se debe haber ido como a las 9,30 hs. aproximadamente.

A fojas 57 el Cuerpo Médico Forense señala que no hay restos de espermatozoides en vagina y si lo hay en la bombacha –secuestrada- de la víctima. Este exámen es compatible con el que realiza el CMF dando cuenta que no se observan



PODER JUDICIAL
MENDOZA



MENDOZA
BICENTENARIO
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

signos de abuso , ni lesiones traumáticas en la víctima (ver fojas 34).

Que a fs. 58, se encuentra agregada la declaración testimonial del hermano del encausado. Así, Exequiel Emanuel Ortega manifestó que ese día estaban trabajando los dos y Sebastian Ortega se fue al baño (a un árbol) y dijo que lo llamaba por teléfono don Martín, que es el patrón, y le dijo que fuera para el galpón, y él se fue. Habrá pasado como una hora y media y el volvió. Habrá sido como a las 10 hs. cuando volvió. No lo encontró nervioso. Cuando volvieron a las 12:00 hs. encontró a su hermana nerviosa y asustada y cuando le preguntó que le había pasado ella le constestó que era por el viento zonda que había corrido. Dice así: “mi viejo a la tarde llama a mi señora y le dice que mi hermano había abusado de mi hermana”. Luego dice que su hermana le dijo que el hermano le había apretado el cuello, la había amenazado y se había desmayado y no recordaba. Finalmente indica que sabe que su hermano la había amenazado a su hermana con Priscila (que es su hija), diciendole que no la vería más.

A fojas 67 comparece nuevamente la víctima, acompañada por su padre y ante preguntas formuladas por la defensa indica que desea retirar la denuncia y que perdona a su hermano por lo hecho. Que estaba mojada por lo que cree que su hermano ha eyaculado.

Que a fs.70, se presenta la Defensora Técnica del imputado en autos, solicitando el cambio de calificación legal, a la figura prevista por el art. 119, primer párrafo del Código Penal, ello en mérito de las consideraciones de hecho y de derecho que se detallan: Manifiesta que, la víctima María Eugenia Ortega denunció que su hermano Sebastián Ortega, presuntamente había mantenido relaciones sexuales con ella, no recordando exactamente lo sucedido en razón de que al parecer la denunciante se desmayó. Agrega que, de los estudios practicados a la víctima no se presentan lesiones traumáticas recientes ni signos de defensa, ni tampoco signos de que haya habido penetración. De esta manera la defensa técnica concluye en su presentación que no están dados los elementos objetivos que permitan encuadrar la posible conducta del imputado en las previsiones del art. 119 – 3º y 4º párrafos inc. B del Código Penal, por lo que corresponde el cambio de calificación a la figura prevista en el art. 119, primer párrafo del Código Penal y se disponga la inmediata libertad del imputado.

2. Encontrándose el encartado privado de libertad y reunida cantidad suficiente de prueba conforme lo transcripto “ut supra” adelanto que es posible resolver la situación procesal del imputado ordenando su procesamiento por el delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE CON EL AGRAVANTE IMPUESTO POR SU CALIDAD DE HERMANO (art. 119 primer párrafo y cuarto párrafo inc. “B” y 4to. Párrafo “in fine”).

La víctima ha detallado con claridad meridiana las circunstancias de tiempo, modo y lugar: conforme denuncia de fs.1 y declaraciones



PODER JUDICIAL
MENDOZA



MENDOZA
BICENTENARIO
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

posteriores expresando que el día 10 de diciembre de 2010, a las 9:00 hs. aproximadamente, se encontraba en la casa de su vecina, cuando es llamada por su hermano SEBASTIÁN ORTEGA, manifestándole que la llama otro de los hermanos, por lo que la joven fue y al ingresar a la casa, sita en calle nueva y San Julián de vista Flores, Tunuyán, Mendoza, indica que Sebastián le tapó la boca y la nariz con tanta fuerza que al parecer la denunciante se desmayó debido a la falta de oxígeno y al despertar observó a Sebastián que la estaba vistiéndole, ante ello la denunciante le consultó al hermano lo que estaba haciendo, a lo que este dijo "...lo que vos ya sabes, y mas te vale que no digas nada porque te va a ir peor, y además no vas a ver mas a Priscila (sobrina de la denunciante) asi que no digas nada..." Agrega que no sabe si su hermano la penetró ya que ella estaba desmayada, solo manifestó un fuerte dolor en los ovarios. Que estaba mojada por lo que cree que ha eyaculado.

La denuncia que obra en esta causa es coherente en su contenido y finalidad. En abono de sus dichos llega a esta causa el testimonio del hermano de la víctima Exequiel Emanuel Ortega de fojas 58 donde expresa que su hermano ese día se ausentó del trabajo para volver a una hora aproximada que guarda relación con la relatada por la víctima (9, 30 hs. Indica la víctima y 10 hs. El retorno al trabajo indica este testimonio, considerandose que hay un tiempo en el trayecto a pie considerado como aproximado en 20 minutos por el propio encartado). Además el hermano Exequiel señala que la notó a su hermana nerviosa y asustada cuando la vió esa mañana. Además resaltó que su hermano Sebastián había amenazado a su hermana (víctima) con no ver a Priscila, amenaza que por cierto también había remarcado María Eugenia.

Para solventar aun más los dichos de la menor Ortega en cuanto a su credibilidad se encuentran en la causa elementos objetivos-subjetivos. Veamos: la pericia psicológica dice textualmente que en la víctima hay ausencia de fabulación y que el relato posee características suficientes para calificarlo de **creíble** (ver fojas 29). Como dato objetivo tenemos el aporte de la prueba científica de fojas 57 indicando la existencia de espermatozoides en la bombacha secuestrada a la víctima. Esta prueba indiciaria que se encuentra a la espera de la confirmación genética, ya nos exige provisoriamente reafirmar la declaración de la víctima en cuanto la presencia del imputado en el lugar de los hechos, en tiempo y modo señalado por María Eugenia.

El imputado en su defensa material niega el hecho que se le atribuye pero lejos de desinclinarse agrava su situación procesal al referir "horarios" de trabajo que no se corresponden con las indicaciones testimonial de sus dos hermanos. Los hermanos en ambos testimonios hablan de la ausencia al trabajo y la vuelta aproximadamente a las 10 hs. en el día del hecho. El imputado señaló que trabajó desde las 7 hasta las 11 hs. de la mañana. Por otra parte se observa una "coartada" fallida de su



PODER JUDICIAL
MENDOZA



MENDOZA
BICENTENARIO
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

parte al indicar que lo llaman por teléfono por eso se ausenta (situación que no reconoció), cuestión que a la luz del relato de Exequiel y Maria Eugenia es falso, pues la ausencia fue para abusar de la víctima. Además según Exequiel fue el padre quien comunicó que su hermana había sido abusada por Sebastián. En definitiva la familia entera estaba al tanto de tan degradante hecho.

Del análisis dogmático jurídico es dable apuntalar en primer lugar que la figura típica del abuso sexual con acceso carnal exige como elemento objetivo del tipo la introducción del pene en ano, vagina o boca de un sujeto pasivo femenino o masculino según corresponda la vía de acceso.

No hay en el expediente prueba científica que avale tal premisa. Las pericias practicadas a la víctima de la que se dan cuenta supra, indican claramente que la misma no ha sido accedida vaginalmente, inclusive relatan que el ano se encuentra “sano” (ver fojas 34 y 57).

La cuestión de exámen se desplaza entonces hacia la figura agravada del abuso que doctrinariamente se la llama “gravemente ultrajante” por su duración o la circunstancia de realización. En lo referente a éste tema he dicho : “gravemente ultrajante” “...se trata de un subtipo que tiene su origen en la figura madre que sería el abuso sexual simple, claro está que en este caso sería agravado. Este agravamiento encuentra su fundamento en acciones que humillan y degradan a la víctima fuera de los parámetros que puedan considerarse “normales” como bien podría ser el simple tocamiento de un glúteo...” (Parma, Carlos; *Abuso Sexual*, Ed. LIBROS JURÍDICOS S.A., Mendoza, 2005, pág. 51)... El ultraje, refiere al alcance de la degradación como personas, de la humillación o del daño psico-emocional que ha padecido y experimentado la víctima.

No se debe soslayar en el sub lite que el sometimiento de referencia debe serlo para la víctima. Veamos: “*El sometimiento sexual gravemente ultrajante debe serlo para la víctima, no para la consideración del juez, ni en su moral, ni en la moral social, o lo que se quiera en torno a una tercera persona, esto debe quedar absolutamente claro el sometimiento grave lo es para la víctima*” (Parma, Carlos; *Código Penal De La Nación Argentina, Comentado*, Ed. MEDITERRÁNEA, Córdoba, 2005, pág. 178/179).

Véase que la “ratio” de esta agravante se encuentra “ en la afrenta y humillación que reposa sobre el espíritu y la psiquis de la víctima” sin perjuicio del desprecio por la dignidad humana puesta de manifiesto por el victimario (Parma, Carlos; “*Delitos contra la integridad sexual*”; Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, ps. 68).

Los datos objetivos que la norma denomina duración y



PODER JUDICIAL
MENDOZA



MENDOZA
BICENTENARIO
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

circunstancias de realización pueden darse en la especie, pero éstos se encuentran inescindiblemente unidos con una configuración de sometimiento sexual “gravemente ultrajante para la víctima”. El legislador no realizó aquí una interpretación auténtica (cómo si lo hizo por ejemplo en el Código Penal de Colombia, Perú, etc.) que fija casos o supuestos que deben considerarse dentro de esta figura u otra, como por ejemplo podría ser “la penetración de instrumentos mecánicos en la vagina o ano de la víctima. Obviamente una correcta hermenéutica nos lleva a decir que lo que puede ser gravemente ultrajante para unos puede o no serlo para otros.

En el sub iudice la víctima ha expresado libremente la idea de perdón del agresor. Se sabe además que esta cuestión –que es innegablemente grave – no le ha causado ningún trastorno psico- somático, físico, de desorden, etc. Inclusive psíquicamente se la refiere con “vínculos emocionales positivos con los miembros de su grupo familiar” (ver fojas 29). Indica la víctima que estaría dispuesta a perdonarlo (fojas 67).

Si bien se trata de una persona menor (CIDN) es oportuno señalar que a los efectos del Código Penal Argentino debe ser considerada mayor, pues la óptica de los delitos sexuales así lo plasma normativamente. Tal coexistencia no debe llamar a engaño ya que –insisto- se trata de una persona que no puede hacer valer su “inmadurez” (menor de 13 años) ni su “inexperiencia” (víctima de 13 y 14 años) como lo apuntala el art. 119 y 120 del C.P.

En consecuencia cualquier persona que sea considerada “mayor” por la normativa precedente será violentada sexualmente si el acto sexual es contra su “voluntad”. Larga tradición del derecho argentino ha aceptado que la misma se encuentra integrada por el discernimiento, la intención y la libertad.

En el caso de marras quedó absolutamente claro que el acto sexual fue NO CONSENTIDO por la víctima. Lo que implica decir que fue contra su voluntad.

Deviene inocuo si al momento del acto ella se encontraba desmayada, pues la norma expresamente se refiere a que la víctima por cualquier causa o motivo no pudo consentir libremente la acción y el sujeto activo se aprovechó de ese estado. El texto legal se refiere aquí a la víctima privada de sentido o de razón (en la especie estuvo privada de sentido).

Así las cosas, lo expresado en el párrafo anterior es sin perjuicio que en la especie Sebastián amenazó vilmente a su hermana. Lo hizo con un ser muy querido como lo es la hija de su otro hermano, además de haber impuesto violencia sobre el cuerpo de la víctima al taponarle la boca y empujarla.

Debo focalizar una cuestión no menor cual es que el victimario,



PODER JUDICIAL
MENDOZA



MENDOZA
BICENTENARIO
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

valiéndose de una relación de confianza familiar y de preeminencia física “procuró el estado de indefensión de la víctima”. Fue él el que logró colocarla en ese estado para abusarla sexualmente.

Tal abuso se trató de tocamientos (resfriegues) de zonas pudendas del agresor sobre la zona vaginal sin lograr (al menos de la prueba colectada hasta el momento) accederla sexualmente. De los frotamientos producidos por el pene con el cuerpo de la víctima se obtiene el resultado del espermatozoides en bombacha de la víctima.

La prueba contra el encartado ha sido contundente. **Arocena, Balcarce y Cesano** enseñan que “*la función de la prueba es servir como medio idóneo para la reconstrucción conceptual y acreditación de un hecho acaecido en el pasado y que dota de contenido “o no” a la hipótesis acusatoria*” (Arocena, Gustavo; Balcarce, Fabián y Cesano, José; “Prueba en materia penal”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2009, ps. 3 –el término “o no” de esta cita me pertenece).

Los extremos de la hipótesis acusatoria se han verificado de modo confiable para el juzgador, toda vez que no hay ningún atisbo de falacia en los dichos de la víctima y de su hermano Exequiel, muy por el contrario se trata de una actitud digna de María Eugenia que ha tenido que enfrentar el flagelo del maltrato intrafamiliar y sexual a la que ha sido sometida.

Se ha tenido en cuenta en el proceso lógico metodológico de subsunción legal lo dispuesto por el art. 119 del C.P. el cual en su corporalidad expresa: “... *el que abusare sexualmente de una persona de uno u otro sexo cuando ... mediante violencia, amenaza... o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción*” ... “*En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f)*”.

A guisa de conclusión los extremos fácticos y jurídicos de la imputación y su probabilidad se han cumplido, existiendo elementos de convicción suficientes para entender (en ese momento y provisionalmente) que se ha cometido un abuso sexual en contra de la voluntad de la víctima y que el imputado es responsable en calidad de autor del mismo. Esta probabilidad está representada por la mayor cantidad de elementos que convergen incriminando al encartado sobre el ánimo del juzgador (testimonio de la víctima y de su hermano Exequiel, pericias. Psicológica y del CMF, secuestro de material probatorio, etc.). Todo esto –recalco- con la provisoriedad ínsita en este tipo de resolución y sin perjuicio del resultado final que arroje la profundización de la investigación, sobre todo si se tiene en cuenta que es un decisorio pergueñado por la ley de rito para ser dictado en los primeros momentos de la investigación (art. 307),



PODER JUDICIAL
MENDOZA



MENDOZA
BICENTENARIO
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO.

apoyados en elementos aún no debidamente confrontados, incompletos y no controvertidos.

En prieta síntesis, como se ha indicado “ut supra”, la convicción del suscripto se ha fundado en elementos de pruebas directas que se han incorporado legítimamente al proceso y también en indicios, los cuales han sido considerado unívocos.

3- Queda en autos prueba para sustanciar. A. requerir al registro nacional de las personas copia autenticada de las partidas de nacimiento del imputado y de la víctima denunciante; B. citar a audiencia testimonial a la licenciada Paola alicia Paudino Díaz (fs. 1). C. una vez consignado el nombre correcto de la vecina “Patricia”, señalada por la víctima en su declaración de fs. 36 deberá ser citada a audiencia testimonial. Los testigos declararán por lo que sepan y sean preguntados de los hechos que se investigan.

Por ello:

III.- RESUELVO:

1º ORDENAR EL PROCESAMIENTO Y PRISIÓN PREVENTIVA de SEBASTIÁN CLAUDIO ORTEGA PEDRO, de filiación conocida en autos, como autor responsable del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO, arts. 119 primer párrafo y 4º párrafo inc. b) e in fine del C.P. y 307 del C.P.P.

2º Proceder conforme se pide en el apartado 3 de los considerandos.

3º Trabar EMBARGO sobre bienes de propiedad del procesado, hasta cubrir la suma de \$1.000 (PESOS MIL), que se presupuestan provisoriamente para responder a los conceptos previstos por el art.563 del C.P.P. A falta de bienes, anótese su inhibición.

COPIESE. NOTIFIQUESE. OFICIESE.

Dr. Carlos Parma
Juez Subrogante