



**SENTENCIA N° cuarenta y cinco /2021.** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los **14 días del mes de septiembre del año 2021**, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por los **Dres. Federico Augusto Sommer y Andrés Repetto**, y la **Dra. Laura Barbé**, presidida por el primero de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación en el caso judicial “**M....., A..... S/ Abuso Sexual con acceso carnal agravado por el Vínculo**”, identificado bajo el **legajo MPFNQ 159.353/2020** y acumulados 131.285/19, 136.971/19 y 158.145/20 del Registro de la ciudad de Neuquén; en el que se juzga a **A..... O..... M.....**, DNI N° ....., por los delitos de abuso sexual con acceso con acceso carnal agravado por el vínculo y por el uso de arma de fuego, tenencia ilegal de arma de fuego y privación ilegítima de la libertad.

Intervinieron en la instancia de impugnación los Dres. Pablo Vignaroli por la fiscalía, Joaquín Hertzriken Catena por la querella particular, Gustavo Olivera por la defensa del acusado, y A..... O..... M.-

**ANTECEDENTES:**

I. El día 6 de mayo del año 2021, el Tribunal de Jurados presidido por el Dr. Fernando Zvilling resolvió, en lo que aquí interesa, “...I.- **DECLARAR A..... O..... M.....**, titular del D.N.I. ...., **CULPABLE** del delito de **Abuso Sexual con Penetración**. (Arts. 119 3er parr. del CP) II. **DECLARAR A..... O..... M.....**, titular del D.N.I. ...., **NO CULPABLE** del delito de **Privación Ilegal de la**



**Libertad** (Arts. 142 inc. 1 y 2 del CP). III. **DECLARAR A..... O.....**  
**M....., titular del D.N.I. ...., NO CULPABLE del delito de**  
**Amenazas** (Art. 149 bis del CP)...”.

Como consecuencia del referido veredicto, el día 26 de julio de 2021, el juez técnico Fernando Zvilling, dictó sentencia de imposición de pena, en la que resolvió “...I.- **CONDENAR a A..... O.....**  
**M....., D.N.I. ...., cuyos datos personales obrantes en el Legajo,**  
**como autor del delito de Abuso Sexual con Penetración, previsto en el Art. 119**  
**3er parr. del Código Penal, a la pena de NUEVE (9) AÑOS DE PRISIÓN DE**  
**EFFECTIVO CUMPLIMIENTO, y ACCESORIAS LEGALES POR IGUAL**  
**TÉRMINO (Art. 12 del C.P.), en base a las consideraciones expuestas. II.-**  
**Imponer al condenado las costas del proceso (Art. 270 del CPP), debiéndose**  
**practicar planilla de liquidación de costas...”.**

La defensa impugnó únicamente la sentencia de imposición de pena dictada en contra del acusado, consintiendo la declaración de responsabilidad penal.

II. El defensor argumentó que la pena impuesta a su pupilo resulta excesiva y que, a su criterio, no surge con claridad de la sentencia cuáles fueron las circunstancias agravantes que en proporcionalidad determinaron un incremento de la sanción en tres años por sobre el mínimo legal.

A ello sumó que si bien se mencionaron circunstancias atenuantes, no se estableció la proporcionalidad concreta o la forma en que fueron consideradas éstas para arribar a la pena final de 9 años de prisión.



Manifestó que el fiscal requirió que la pena se incrementé en tres años en razón de las circunstancias agravantes, y que se disminuya en un año como consecuencia de las atenuantes también propuestas, con lo cual la pena debió haber aumentado solo dos años por sobre el mínimo legal, debiendo haber quedado finalmente en 8 años de prisión, y no 9 como resolvió el juez.

Consideró que es necesario que se analice el monto de pena por agravantes y atenuantes de una manera integral y armónica para arribar a una sanción final que resulte, más allá de la discrecionalidad, revisable.

Solicitó se revea la pena y se la adecúe al caso concreto fallado por el Jurado.

**III.** En función de lo dispuesto por el artículo 245 del CPP se convocó a las partes a audiencia oral, en la que se escucharon los argumentos a favor y en contra de los agravios sostenidos en relación a la sentencia impugnada, de parte de la defensa, de la fiscalía y de la querella particular respectivamente.

**IV.** Durante la audiencia la defensa no se refirió específicamente a la admisibilidad formal del recurso en razón de que la fiscalía y la querella adelantaron que no la cuestionarían.

Respecto de sus agravios reiteró los presentados oportunamente por escrito, aclarando que su impugnación se limitaba únicamente a cuestionar el quantum de la pena impuesta, en razón de considerar que existió falta de motivación suficiente para fundarla.



Recordó que la fiscalía al solicitar la pena partió del término medio de la escala penal (10 años), y desde allí sumó tres años por los agravantes y redujo un año por los atenuantes, solicitando en definitiva 12 años de prisión. La querella por su parte solicitó una pena mucho más elevada porque no consideró ningún atenuante.

La defensa, a su turno, solicitó la imposición de la pena mínima prevista por el tipo penal, 6 años de prisión.

El juez, a diferencia de lo argumentado por la fiscalía, partió del mínimo de la escala penal para fijar la pena a imponer. Valoró los agravantes propuestos por la fiscalía y, de acuerdo con la petición efectuada por ésta, elevó la pena en 3 años de prisión desde el mínimo. Valoró también uno de los atenuantes propuestos, a pesar de lo cual no redujo la pena de manera proporcional.

Consideró que “la pena es algo discrecional de los jueces y esas es la premisa por la cual tenemos penas mínimas y penas máximas”, y que la interpretación de los conceptos que emanan del artículo 41 del CP es absolutamente discrecional.

Refirió que la pena no soluciona el conflicto social, sino que escasamente puede cumplir con una función retributiva. Que los presos en la provincia no reciben ningún tipo de tratamiento penitenciario, por lo que la pena no cumple una función de rehabilitación social. Consideró que la cárcel es un lugar de encierro de donde posiblemente se sale mucho peor que al ingresar. A su modo de ver esto también debe ser tenido en cuenta al momento de imponer una pena.



Concluyó que en estas condiciones mal puede imponerse penas gravísimas que en definitiva sólo deterioran más a las personas. En función de ello solicitó que se tengan en cuenta dos atenuantes, que según dijo, habrían sido consideradas por el fiscal: la juventud y el entorno sociocultural del acusado.

Consideró que a su pupilo escasamente se le puede pedir que de un día para el otro cambie, aun cuando contaban con una pena anterior también relacionada con un hecho de violencia de género, por considerar que su conducta se relaciona con una cuestión sociocultural. A su modo de ver el Estado también es responsable de su proceder, atento que no hizo mucho para que él cambie, en función del antecedente que posee por violencia de género.

Afirmó que en la zona de Rincón de los Sauces hay una sociedad patriarcal y machista que no se corregirá con la imposición de penas.

Finalmente solicitó, valorando las cuestiones sociales por él planteadas, y teniendo en cuenta la edad de su pupilo, que se aplique una reducción de 2 años en la pena impuesta, quedando ésta en 7 años de cárcel, ello en consideración a la pena impuesta con anterioridad.

**V.** El Fiscal, a su turno, contestó los agravios enunciados por la defensa. En primer término consideró que el recurso intentado es formalmente procedente, por lo que solicitó que así se lo declare.



Respecto de los agravios en contra de la sentencia adelantó que solicitará que los mismos sean íntegramente rechazados, y confirmada la sentencia de pena.

Sostuvo que la defensa sólo planteó una disconformidad con la pena impuesta por el juez, sin lograr acreditar la falta de fundamentos o el apartamiento de las evidencias producidas en la audiencia, no encontrándonos por ende frente a una sentencia arbitraria.

Consideró que no hubo una crítica razonada de los fundamentos de la sentencia, agraviándose simplemente porque entendió que, a su modo de ver, existe una cuestión sociocultural que no ha sido tomada en cuenta. Dicha cuestión se referiría a que el acusado se crió en un ambiente sociocultural patriarcal, en virtud de lo cual, a criterio de la defensa, esta circunstancia debería jugarle a su favor, siendo tomada en cuenta como una atenuante para disminuir la pena.

Afirmó que este análisis soslaya el hecho de que en el caso hubo una cuestión de género involucrada, existía una relación de pareja previa entre la víctima y el victimario, y se produjo una relación de poder del acusado sobre la víctima, lo que fue considerado como una agravante por ambos acusadores, criterio que fue aceptado por el juez al momento de valorar los agravantes para identificar la pena que correspondía imponer.

Esta circunstancia que fue tomada en cuenta como una agravante, el defensor insiste en que sea considerada una atenuante, sólo porque desde su punto de vista el acusado se crió en un ambiente machista y



patriarcal, eludiendo considerar que el juez tuvo en cuenta que el delito se había cometido en el marco de violencia de género.

Insistió en que no hubo una crítica razonada a la sentencia, sino que la defensa se limitó a solicitar a los Jueces de Impugnación que reduzcan el monto de la pena porque su defendido creció en un ambiente patriarcal y machista.

El juez de la cesura coincidió con los acusadores en que en el presente caso existió en fondo del delito una cuestión de género, un supuesto de cosificación de la mujer con un fin de desahogo sexual, el que claramente tuvo una connotación de violencia de género.

El juez entendió que el acusado era una persona que por su nivel intelectual estaba en conocimiento de lo que implicaba llevar a delante ese tipo de conductas, no solo por el delito anterior que cargaba, sino también por lo que surgió tanto de las pericias que le hicieron como de su desempeño en el juicio. El juez dijo que ello implica un mayor nivel de reproche por la mayor capacidad de comprensión de su conducta.

Sostuvo que el a-quo también criticó la postura de la defensa, cuando solicitó que se tenga en cuenta como una atenuante la cuestión relacionada al ambiente machista en el que éste se habría criado, lo que tradujo diciendo que "...su asistido interpretó un no como un sí...". En definitiva este argumento fue contestado y desechado en la sentencia.

Por ultimo resaltó que el juez tuvo en cuenta como una agravante que la víctima debió irse de Rincón de los Sauces junto con su



madre y su hija, con todos los inconvenientes que ello implicó para la educación de la niña.

En conclusión consideró que no estamos frente a una impugnación en la que se fundó una crítica razonada a la sentencia, sino frente a una mera disconformidad de la defensa con lo resuelto por el juez. Ninguno de los argumentos sostenidos por la defensa permite considerar que nos encontremos ante a una sentencia arbitraria.

Por todo ello solicitó que se confirme la pena impuesta.

**VI.** En último término la querellante particular afirmó compartía lo manifestado por la fiscalía, sin perjuicio de ampliar los fundamentos en algún aspecto.

En relación con la admisibilidad formal consideró que debía hacerse lugar, por tratarse de una sentencia de condena dictada en contra del acusado.

A su modo de ver la sentencia está fundada y se ajusta a derecho. Sostuvo que la defensa no logró demostrar la arbitrariedad de la sentencia dictada, y que solo se trata de un supuesto de disconformidad con lo resuelto por el juez.

Afirmó que oportunamente compartieron con la fiscalía la existencia de agravantes que justificaron que la escala penal se apartara del mínimo, sin perjuicio de que esa parte había solicitado la imposición de una pena mayor a la solicitada por la fiscalía por entender que no correspondía aplicar ningún atenuante.



Consideró también que la pena impuesta es justa porque hizo mérito de dos cuestiones que estimaron de suma importancia a la hora de meritar la pena, que son la existencia de una condena previa por violencia de género -lo cual puso de manifiesto que habiendo podido reeducar su conducta decidió no hacerlo-, y el daño causado a la víctima al haberse tenido que mudar de Rincón de los Sauces luego del hecho delictivo.

En función de todo ello solicitó se rechace la impugnación intentada y se confirme la sentencia.

**VII.** Frente al pedido de precisiones a las partes por parte de los Jueces la defensa reconoció que durante el juicio de cesura solicitó la imposición de una pena de 6 años, que en el escrito de impugnación solicitó que la pena se reduzca a 8 años y que en el marco de la presente audiencia solicitó que esta pena sea de 7 años.

También confirmó que su solicitud al Tribunal es que ejerza competencia positiva y reduzca la pena a 7 años de prisión y accesorias legales.

El fiscal aclaró que en el juicio de cesura solicitó sean tenidas en cuenta dos atenuantes, la edad y el nivel de educación del acusado y que el juez solo tuvo en cuenta una de ellas: la edad, descartando el nivel de educación.

Que la atenuante mencionada por la defensa, referida al nivel sociocultural del acusado fue rechazada por el juez.

**VIII.** Habiendo sido escuchadas todas las partes, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia (Artículo 246 del



CPP), por lo que cumplido el proceso deliberativo y efectuado sorteo entre los Magistrados resultó que debían observar el siguiente orden de votación: en primer término el **Dr. Andrés Repetto**, en segundo lugar la **Dra. Laura Barbé** y, finalmente, el **Dr. Federico Augusto Sommer**.

**CUESTIONES:** Puestas a consideración de la Jueza y los jueces las siguientes cuestiones: **I.** ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por la defensa?, **II.** ¿Es procedente el mismo?; en su caso, **III.** ¿Qué solución corresponde adoptar? y, por último, **IV.** ¿A quién corresponde la imposición de las costas?, procedieron a efectuar la votación.

**VOTACIÓN:**

**IX.** A la **primera cuestión** el **Dr. Andrés Repetto** dijo:

En lo que respecta a la admisibilidad de la impugnación presentada por la defensa pública, se advierte que la vía recursiva intentada satisface las exigencias de impugnabilidad, tanto en la faz objetiva como subjetiva. La defensa dedujo el recurso por escrito, dentro del plazo legal y contra un pronunciamiento por el que se le impuso al acusado una pena de prisión.

Asimismo se desprende de la impugnación los motivos por los que pretende determinada solución, en razón de lo cual considero que la misma resulta autosuficiente.

Corresponde decir, además, que tanto la fiscalía como la querrela no opusieron reparo alguno sobre la viabilidad formal de la impugnación de la defensa.



Por las consideraciones efectuadas soy de opinión que debe declararse la admisibilidad formal del recurso de impugnación deducido por la defensa (cfr. arts. 227, 233, 236 y 239 del CPP), en resguardo de la garantía convencional al doble conforme.

La **Dra. Laura Barbé**, manifestó: Comparto lo manifestado en el voto que antecede.

El **Dr. Federico Augusto Sommer**, expresó: Hago propio lo expuesto en el primer voto.

X. A la **segunda cuestión** el **Dr. Andrés Repetto**, señaló:

1. Tal como hemos sostenido en otros pronunciamientos, corresponde comenzar el análisis de procedencia de los motivos de agravio discutidos en el presente caso, dando cuenta de que este Tribunal de Impugnación es el órgano jurisdiccional con función de practicar una revisión integral de la sentencia, y que conforme la jurisprudencia del TSJ se ha establecido que en la labor revisora este Tribunal debe: *“...a) comprobar que los magistrados del juicio hubieran dispuesto de la correcta actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que la prueba se hubiese incorporado bajo la vigencia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad (“juicio sobre la prueba”); b) comprobar la existencia de elemento probatorios con suficiente consistencia para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia (“juicio sobre la suficiencia de la prueba”); y c) verificar que el tribunal de juicio haya cumplido con el deber de motivación, es decir, que se haya concretado de manera real el*



*fundamento de la convicción del juzgador y que este convencimiento se base en parámetros lógicos y razonables (“juicio sobre la motivación y su razonabilidad”), labor que también se extiende a una función valorativa de pruebas no comprometidas con la inmediación pero que se desarrolla, en este último tipo de pruebas, bajo el control de la racionalidad de las inferencias realizadas, censurándose las fundamentaciones ilógicas o irracionales, absurdas y, en definitiva, arbitrarias...”* (Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, Sala Penal, R.I. Nro. 79 de fecha 16 de mayo de 2017, en caso **“ESPINOZA, VÍCTOR EDUARDO S/ LESIONES GRAVES AGRAVADAS”**; Acuerdo Nro. 33/2015 de fecha 16 de Mayo de 2017 en caso **“PALAVECINO PABLO ESTEBAN S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO”**, y más recientemente en R.I. Nro. 76 de fecha 23 de agosto de 2019 en caso **“CAMPO, JUAN ALBINO Y OTRO S/ USURPACIÓN”**).

De ello se concluye que no es función de los jueces de Impugnación coincidir o no con los argumentos expuestos por los jueces de grado, sino verificar que su sentencia se encuentre debidamente fundada, en concordancia con los hechos acreditados, en función de la prueba producida, y cumpliendo acabadamente con la ley aplicable al caso.

Asimismo corresponde destacar que la doctrina ha sostenido que *“...el recurso debe ser motivado, y esa motivación debe ser suministrada por la parte recurrente, determinando concretamente el agravio, tanto en lo referente al vicio que denuncia como al derecho que lo sustenta, (...) el tribunal de casación no puede conocer otros motivos que aquellos a los*



*cuales se refieren los agravios...*” (Fernando De La Rúa, La Casación Penal, Ed. Depalma, Bs. As., 1994, pág. 224), concordando con las disposiciones de los arts. 242 y 245 del CPP, en los que se establece que los motivos de agravio de la impugnación ordinaria se deben referenciar por escrito (art. 242 C.P.P.N.), mientras que en la audiencia oral las partes que comparezcan o sus abogados debatirán los fundamentos del recurso, pudiendo ampliar la fundamentación o desistir de los motivos ya invocados (art. 245 del CPP).

**2.** Como ya quedó establecido, la defensa sólo impugnó la sentencia de pena, consintiendo la declaración de responsabilidad dictada por un Jurado Popular. A su vez sus agravios se refirieron en exclusividad al monto de pena impuesto, el que consideró excesivo, en razón de que -a su criterio- se valoraron de manera errónea los atenuantes propuestos.

Debemos tener presente que A..... O..... M....., conforme surge del veredicto del jurado popular fue declarado autor penalmente responsable por el delito de abuso sexual con acceso carnal (Art. 119 3er párrafo del Código Penal), habiendo sido absuelto por los delitos de privación ilegal de la libertad y amenazas.

La fiscalía solicitó la imposición de una pena de 12 años de prisión y la querrela 14 años de prisión más accesorias legales y costas del proceso. La defensa solicitó la pena de 6 años de prisión, el mínimo legal posible. El juez de la cesura, conforme los fundamentos que surgen de la sentencia, impuso finalmente la pena de 9 años de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas del proceso.



3. Entrando al fondo de la cuestión planteada, pongo de resalto que los agravios sostenidos por la defensa en su escrito recursivo se resumen en dos: *Primero* se quejó del monto de pena impuesta en razón de que, a su modo de ver, no surge con claridad cuáles fueron las circunstancias agravantes que en proporcionalidad determinaron el incremento de pena en tres años contados desde el mínimo previsto por el tipo penal y, *segundo* se agravó respecto de que en la sentencia no se estableció la proporcionalidad concreta o la forma en que fueron consideradas las circunstancias atenuantes esgrimidas por el fiscal y la defensa para arribar a la pena de 9 años de prisión impuesta.

A estos dos agravantes el defensor sumó otros dos nuevos agravios enunciados durante la audiencia prevista por el art. 245 del CPP. El *primero* de ellos se refirió genéricamente a que la pena no soluciona el conflicto social, sino que escasamente puede cumplir con una función retributiva, y que los presos en la provincia no reciben ningún tipo de tratamiento penitenciario, por lo que la pena no cumple una función de rehabilitación social, circunstancias que deben ser tenidas en cuenta al momento de imponer una pena.

El *segundo* se relacionó con supuestas circunstancias socioculturales que rodearon la educación del acusado, propia de un entorno machista y misógino, las que lo llevaron a concluir que a su pupilo escasamente se le puede pedir que de un día para el otro cambie, aun cuando contaban con una pena anterior también relacionada con un hecho de violencia



de género, ello en razón de considerar que su conducta se relaciona con una cuestión sociocultural.

Conforme esos argumentos solicitó a este Tribunal de Impugnación que “reduzca” en 2 años en la pena impuesta, quedando ésta en 7 años de cárcel.

4. En primer término debo remarcar, tal como se señaló al comienzo de esta sentencia, que sólo pueden ser valorados en la sentencia aquellos agravios que hubieran sido interpuestos en tiempo y forma, esto es, por escrito y dentro del plazo de 10 días hábiles a contar desde que fue notificada la sentencia de pena. Tal como surge del mencionado art. 245 del CPP, en la audiencia sustanciada ante el Tribunal de Impugnación sólo se podrán debatir oralmente los fundamentos del recurso oportunamente interpuesto, pudiendo las partes ampliar esa fundamentación o desistir de los motivos de agravio ya indicados.

Queda así perfectamente en claro que bajo ninguna circunstancia pueden ser admitidos nuevos agravios no incorporados oportunamente en el respectivo escrito de impugnación, lo que llamativamente ocurrió en el caso de autos.

Atento la claridad de los preceptos legales aplicables al caso, adelanto que ninguno de los dos agravios incorporados intempestivamente serán tratados en esta instancia, por haber sido incluidos fuera de término y sin respetar las formas establecidas expresamente por el Código Procesal.



Dicho ello, ahora sí corresponde contestar los dos agravios enunciados escuetamente en el escrito de impugnación.

Respecto del *primero* de ellos, referido a la supuesta falta de claridad con las que el juez habría tratado las circunstancias agravantes sostenidas por los acusadores, debo decir que nada de ello se verifica en la sentencia impugnada.

El fiscal, en su alegato de clausura, solicitó que el juez evaluara varias circunstancias que a su modo de ver correspondía que fueran tenidas en cuenta como agravantes para incrementar la pena a imponer. La querella, por su parte, adhirió a todas las circunstancias agravantes enunciadas por el fiscal.

Al dictar sentencia el juez consideró individualmente las agravantes enunciadas. La primera de ellas, referida al “especial respeto” que el acusado le debía a la víctima por haber sido su pareja, no fue receptada por el juez, por considerar que “...*el Jurado descartó esta forma calificada...*”.

La segunda se refirió a la existencia de una relación de poder del acusado hacia la víctima. Al respecto el juez sostuvo que “...*como claramente lo expusieron los Dres. Vignaroli, por la fiscalía, y Hertzriquen Velasco, por la querella, se encuentra presente una cuestión de género, como fondo del delito. El querellante Joaquín Hertzriquen sostuvo que el hecho desencadenante fue un estado de WhatsApp, como la causa nimia del delito posterior. Sin embargo, como los explicaran los acusadores públicos y el co-querellante, el tema central es la cosificación de la mujer, como consecuencia de una reacción delictiva cuyo sentido sólo se explica desde la verdadera*



*causa: violencia de género, la reacción es la consecuencia... en el caso de M....., resulta perfectamente reprochable el incremento de pena como consecuencia de esa “cosificación” de la mujer, porque se trata de una persona cuyo nivel intelectual quedó demostrado, no solo por las operaciones periciales, sino por sus propias palabras en juicio. Esto implica posibilidad de mayor reproche por mayor comprensión de la criminalidad de su conducta...”. De ello surge de manera evidente que esta agravante sí fue analizada y valorada por el juez, a diferencia de los manifestado por la defensa.*

Otro agravante enunciada por los acusadores fue la existencia de antecedentes penales, y que particularmente éstos se referían a otro supuesto de violencia de género. Al respecto el juez manifestó: “...Pero, y lo más importante, es que M..... conocía el sistema penal, y precisamente, por otro hecho de género, también correctamente introducido por los acusadores. Como lo indicara el Dr. Hertzriquen Velasco, la “elección” de las víctimas de género no fue casual. Es decir, pese a existir una alerta sobre la incorrección legal de su conducta, volvió a cometer un hecho de violencia contra la mujer, pero aún más grave, y nuevamente contra una víctima vulnerable...”. La referencia en este caso es doble: al antecedente penal y a la agravante relativa a la violencia de género. Nuevamente se advierte de manera cristalina que, a diferencia de lo manifestado por la defensa, las circunstancias agravantes sí fueron consideradas al momento de dictar sentencia.

Otra de las agravantes consideradas fue el daño causado a la víctima y las secuelas del delito. Sobre esta cuestión en la sentencia se sostuvo: “...Otra agravante que debe ser considerada, y fue



*señalada por los acusadores, es la acreditada existencia de estrés post traumático como consecuencia del hecho. En juicio fue escuchada la psicóloga Maretich. Concluyó sobre la base de entrevistas, que no son realizables por cualquier persona, como alegara la defensa, sino como lo sostuvo en juicio, como un método de abordaje psicológico. También corresponde evaluar que la víctima debió mudarse de su lugar de residencia, junto a su hija, con los consecuentes efectos perjudiciales sobre sus actividades laborales y de aprendizaje, en el caso de la hija. Estas son las consecuencias del hecho, como circunstancias de agravación de la pena...”.*

De ello se concluye que la afirmación de la defensa en su escrito impugnativo (“...no surge con claridad cuáles son las circunstancias agravantes que en proporcionalidad determinan un incremento de la pena en tres años sobre el mínimo...”) no se verifica en la sentencia impugnada. Lejos de poder afirmar ello, surge por demás evidente cuales fueron las circunstancias agravantes tenidas en cuenta para incrementar el monto de la pena en 3 años contados desde el mínimo legal.

Es en función de estos argumentos que corresponde descartar por completo el primero de los agravios.

El segundo agravio sostenido por la defensa se refirió a que “...si bien (en la sentencia) se habla de circunstancias atenuantes no se establece la proporcionalidad concreta o la forma en que son consideradas para arribar a la pena final de 9 años de prisión...”. Al respecto debo decir que sí le asiste razón a la defensa en este planteo.



Debo recordar que el fiscal al momento de alegar consideró dos atenuantes para ser valorados y tenidos en cuenta por el juez al fijar la pena. La querrela, en cambio, no consideró ninguna atenuante.

El fiscal valoró la edad del acusado y su nivel de educación formal como circunstancias que ameritaban disminuir la pena por él solicitada en 1 año. Es importante resaltar que para el fiscal se debía partir del término medio de la pena prevista legalmente para el tipo penal bajo análisis (en el presente caso 10 años de prisión), pena que incrementó en 3 años en razón de las agravantes enunciadas, y que a su vez disminuyó en 1 año en consideración de las atenuantes tenidas en cuenta, llegando así a la pena de 12 años de prisión que finalmente solicitó.

El Juez, por su parte, fundó las razones que lo llevaron a partir del mínimo legal de 6 años de prisión, en lugar del término medio solicitado el fiscal. A partir de ese mínimo, y en consideración de los agravantes tenidos en cuenta, subió la pena en 3 años de prisión, tal como lo había solicitado el fiscal, pero no disminuyó ese monto a pesar de haber considerado uno de los atenuantes mencionados: la edad del acusado.

El juez dijo que *“...como circunstancias de atenuación considero la edad de M....., también evaluada por el Ministerio Público Fiscal...”*. A pesar de ello ninguna significación real, en términos de fijación de pena, le dio a dicha atenuante, imponiendo 9 años de prisión (los 6 años previstos por el mínimo legal y los 3 años por las agravantes solicitadas, tal como había requerido el fiscal).



Ello sin perjuicio de resaltar que el juez omitió por completo referirse a la segunda atenuante solicitada por el fiscal, y sobre la que obviamente no había ninguna objeción de la defensa.

En resumen: el juez partió del mínimo legal e incrementó en 3 años la pena en atención a los agravantes considerados. Respecto de los 2 atenuantes propuestos por el fiscal consideró solo uno de ellos, y omitió referir al segundo, pero esa pena incrementada no se vio disminuida en forma proporcional al atenuante que sí tuvo en cuenta, no viéndose reflejada ninguna disminución en la pena de 9 años finalmente impuesta.

No se puede comprender cuál fue el análisis efectuado por el juez, inclinándome a considerar que ha de haberse debido a un involuntario olvido, al no asignarle un valor concreto al atenuante tenido en cuenta, porque de lo contrario el análisis efectuado por el a-quo carecería de lógica. Si fue aceptado como atenuante, de alguna manera debe verse reflejado en la pena, aun cuando el peso que se le atribuya sea escaso. Lo que no puede es reconocer la circunstancia como un elemento a tener en cuenta en favor del acusado, y al momento de definir la pena, restarle el valor que se afirmó que tenía dicha circunstancia.

Si se considera que existe un atenuante, otorgándole validez a una circunstancia puntual tendiente a disminuir la pena a imponer, no se puede luego, al fijar la pena, omitirla de hecho al descartar cualquier disminución material de la sanción impuesta.



En atención a ello, y respecto de este agravio puntual, considero que le asiste razón a la defensa al constatarse una falta de fundamentación en la sentencia al admitir la existencia de una atenuante y simultáneamente restarle toda trascendencia al momento de determinar la pena.

En función de todo ello corresponde revocar parcialmente la sentencia de pena dictada en contra de A..... O..... M....., solo respecto de la falta de fundamentación existente en relación a la valoración de la atenuante identificada como “edad del acusado”, debiendo confirmarse el resto de la sentencia impugnada.

Tal es mi voto.

La **Dra. Laura Barbé**, manifestó: adhiero a las conclusiones a las que arriba el Sr. Juez preopinante.

El **Dr. Federico Augusto Sommer**, expresó: Adhiero a los fundamentos dados por el Dr. Andrés Repetto.

**XI. A la tercera cuestión el Dr. Andrés Repetto**, dijo:

En atención a la respuesta dada por voto unánime a las cuestiones analizadas en el punto precedente, se debe determinar ahora si corresponde reenviar la presente en los términos del art. 247 del CPP a los fines de que se realice una nueva audiencia de cesura o si, por el contrario, puede este Tribunal –conforme la propuesta efectuada por la defensa- ejercer competencia positiva y determinar qué pena corresponde imponer conforme los hechos acreditados y que fueran calificados como abuso sexual con acceso



carnal (Art. 119 3er párrafo del CP), en los términos del 246 in fine del CPP, ello en función de los argumentos sostenidos en la segunda cuestión debatida.

A mi modo de ver en casos como el presente en los que se revoca la sentencia de pena, aún de manera parcial, la regla general que impone el Código Procesal es la del reenvío de las actuaciones, la que se limitaría a la determinación de una nueva pena, conforme la atenuante que en los hechos no fue materialmente tenida en cuenta al momento de identificar la sanción impuesta.

Queda en claro, entonces, que la regla general es la del reenvío. Sin perjuicio de ello, existen casos excepcionales en los que sí puede ejercerse competencia positiva y resolverse directamente en la instancia de impugnación lo que corresponda, sea que se trate de un cambio en la calificación legal o una modificación en la pena impuesta. A mi modo de ver, el presente caso es una de esas pocas excepciones en las que corresponde ejercer competencia positiva.

Ello se funda en que nos encontramos frente a un caso de abuso sexual, y habilitar una nueva instancia de juzgamiento necesariamente implicaría reiterar una situación de estrés, ansiedad y nerviosismo para la víctima, la que puede perfectamente ser evitada y así ahorrar angustia a ella y su familia, sumado a que fue expresamente solicitado por la propia defensa.

La pena a imponer ahora, luego de revocar parcialmente la sentencia de pena tiene un mínimo de 6 años de prisión y un máximo de 9 años en razón de lo dispuesto por el art. 247 3er párrafo del CPP.



Debo ahora analizar cuál es la pena que corresponde imponer teniendo en cuenta la atenuante “edad del acusado” que fue solicitada por la fiscalía, y valorada por el juez, a pesar de que al momento de fijar la pena ningún valor real se le otorgó.

Ha quedado suficientemente claro que M..... fue condenado por el delito de abuso sexual con acceso carnal (Art. 119 3er párrafo del CP), y que por las agravantes tenidas en cuenta se elevó la pena mínima en 3 años de prisión. Que al considerar las atenuantes la fiscalía mencionó dos y en función de ello disminuyó la pena en 1 año. El juez sólo valoró una de las atenuantes, pero no disminuyó la pena como lo solicitó el fiscal.

En función de estas consideraciones entiendo que la pena impuesta debe ser reducida en seis (6) meses respecto de la pena oportunamente fijada en el juicio de cesura, en función de todos los agravantes ya extensamente señalados, por lo que considero justo y equitativo imponer la pena de 8 años y 6 meses de prisión de cumplimiento efectivo, inhabilitación absoluta por igual período de tiempo y demás accesorias legales.

La **Dra. Laura Barbé**, manifestó: Adhiero a los argumentos sostenidos por el Sr. Juez del primer voto.

El **Dr. Federico Augusto Sommer**, expresó: Hago propias las conclusiones del Dr. Andrés Repetto.

**XII. A la cuarta cuestión el Dr. Andrés Repetto**, dijo:

Sin costas en esta instancia (cfr. art. 268 y ccds. del CPP).



La **Dra. Laura Barbé**, manifestó: Adhiero a lo manifestado en el voto del señor Vocal preopinante.

El **Dr. Federico Augusto Sommer**, expresó: Comparto lo expuesto en el voto del **Dr. Andrés Repetto**.

De lo que surge del Acuerdo, por unanimidad se

**RESUELVE:**

**1. DECLARAR ADMISIBLE** desde el plano estrictamente formal el recurso de impugnación deducido por la defensa, en relación a la sentencia de pena dictada en contra de **A..... O..... M.....** (Arts. 227, 233 y 239 CPP).

**2. HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de impugnación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, revocar parcialmente la sentencia de pena, sólo en relación a la falta de consideración de la atenuante “edad del acusado” al momento de individualizar la pena que correspondía imponer, confirmando el resto de la sentencia de pena dictada en contra de **A..... O..... M.....** (Arts. 246 CPP).

**3.- IMPONER A A..... O..... M.....** la pena de **OCHO (8) años y SEIS (6) meses de prisión de efectivo cumplimiento**, por haber sido declarado **autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal** (Arts. 119 3er párrafo del CP, y 246 in fine del CPP).

**4.- Sin costas en esta instancia (268 CPP).**



5.- Se deja constancia que el Dr. Federico Augusto Sommer participó de la deliberación, aunque no firma la presente por encontrarse en uso de licencia.

6.- **Regístrese** y notifíquese por medio de la Dirección de Asistencia a la Impugnación y, oportunamente, **ARCHÍVESE**.

Reg. Sentencia n° 45/2021.-