



SENTENCIA N° 34/2021.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los 29 días del mes de julio del año 2021, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por la **Dra. Liliana Deiub** y los Dres. **Federico Sommer** y **Andrés Repetto**, presidida por la magistrada nombrada en primer término, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación en el caso judicial “**A....., E..... R..... S/ Abuso Sexual con acceso carnal agravado por el Vínculo**”, identificado bajo el legajo 28.207 del Registro de la ciudad de Zapala; en el que se juzga a **E..... R..... A.....**, DNI N°, por el delito de abuso sexual con acceso carnal continuado, agravado por el vínculo y la convivencia preexistente con un menor de edad, en calidad de autor (Arts. 119 párrafos 1, 3 y 4 incisos b y f), por los hechos cometidos en fecha incierta pero acaecidos en el primer semestre del año 2016 (antes de julio) en perjuicio de su hija biológica **V..... L..... A.....**, nacida el día 21 de julio del 2003, es decir cuando la niña contaba con 12 años de edad, culminando los abusos en enero del 2020, cuando tenía 16 años.

Intervinieron en la instancia de impugnación las Dras. Laura Pizzipaulo por la fiscalía, Natalia Díaz por la querrela institucional y Natalia Godoy por la defensa pública del acusado.

ANTECEDENTES:

I. Por sentencia dictada el 18 de marzo del año 2021, el tribunal de juicio constituido por las Dras. Leticia Lorenzo, Bibiana Ojeda y Carolina González resolvió, en lo que aquí interesa, “...1. *Declarar penalmente responsable al Sr. E..... R..... A..... titular del DNI, de demás datos consignados en el legajo por el delito de Abuso sexual con acceso carnal continuado agravado por el vínculo y la convivencia preexistente con un menor de edad en calidad de autor (Arts. 119 párrafos 1, 3 y 4 incisos b y f)...*”.



Como consecuencia de la referida sentencia, el día 14 de junio del año 2021, el mismo tribunal dictó sentencia de pena, en la que resolvió “...1) *Imponer a E..... R..... A....., de demás datos consignados en el Legajo, la pena de quince años de cumplimiento efectivo, por el delito que fuera declarado autor penalmente responsable, según la declaración de responsabilidad que forma parte de la presente sentencia, esto es Abuso sexual con acceso carnal continuado agravado por el vínculo y la convivencia preexistente con un menor de edad en calidad de autor (Arts. 119 párrafos 1, 3 y 4 incisos b y f), con más las costas del proceso Art. 268 y 270 del Código Procesal Penal...*”.

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

II. La impugnante argumentó que, a su modo de ver, la pena impuesta a su pupilo resulta excesiva y desproporcionada, existiendo una fundamentación aparente en la valoración de la prueba que llevó a considerar las circunstancias agravantes, y una doble valoración de circunstancias ya tenidas en cuenta en el juicio de responsabilidad. Estimó, además, que las juezas no tuvieron en cuenta las atenuantes propuestas por esa parte, concluyendo que la pena impuesta resultó violatoria del principio de legalidad, del derecho penal de acto, del debido proceso legal, de la garantía de defensa en juicio, del principio de culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad de las penas, resultando la sentencia arbitraria.

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 pública, de la fiscalía y de la querrela institucional.



IV. La defensa en primer término se refirió a la admisibilidad formal del recurso, considerando, en resumidas cuentas, que su impugnación debe ser declarada admisible en los términos de 227, 233, 236 y 239 del CPP.

Respecto de los agravios, reiteró los mismos que presentó oportunamente por escrito.

Aclaró que su agravio se limita únicamente al quantum de la pena impuesta, en razón de considerar que ha existido falta de motivación suficiente para fundarla.

Refirió que la proporcionalidad es la base para la determinación legal de la pena y que ésta surge del bloque constitucional y del derecho internacional aplicable. Sostuvo que la proporcionalidad es la llave para la determinación de la pena en el caso particular.

Reafirmó que es deber de los jueces dar plena fundamentación a las decisiones que adopta, y que esta exigencia, a la luz del derecho de defensa en juicio, permite el control republicano de las sentencias.

Sostuvo que las juezas impusieron a su asistido la pena de quince años de cumplimiento efectivo, como consecuencia de haberlo declarado autor del delito de abuso sexual con acceso carnal continuado, agravado por el vínculo y la convivencia preexistente con una menor de edad en calidad de autor (art. 119 párrafo 1,3 y 4 inc. b y f), con más las costas del proceso (art. 268 y 270 del CPP).

Aclaró que la escala penal había quedado establecida en el mínimo legal de 8 años de prisión y el máximo de 15 años, en razón de que fue la pena solicitada por las acusadoras.

Refirió que las **circunstancias agravantes** solicitadas por la **fiscalía** fueron las siguientes:

1. La duración del hecho,



2. El contexto de vulnerabilidad,
3. La diferencia de edad entre la víctima y A.....,
4. La ausencia de motivación para delinquir,
5. La extensión del daño, desagregada en varias

circunstancias específicas:

- a. El embarazo de V..... y sus consecuencias,
- b. El desarraigo que sufrió,
- c. La intervención estatal de tantos profesionales y desde muchos ámbitos, sobre la vida de la víctima,
- d. La posibilidad de vida futura y sus proyecciones.

Que las agravantes postuladas por la **querrela institucional** fueron las mismas, agregando las que se detallan:

1. La situación de vulnerabilidad de la víctima en función de la diferencia de edad con el victimario y la dominación (diferencia de poder) ejercida por A....., y por el contexto de violencia de género que se acreditó durante el período en que V..... sufrió los abusos.

2. El comportamiento procesal de A....., incumpliendo prohibición de acercamiento cuando viajó a Neuquén y durante las fiestas de fin de año de 2019.

Sostuvo que al dictar sentencia el tribunal de juicio dio por acreditadas las siguientes **circunstancias agravantes** mencionadas a continuación:

1. La **duración de los hechos** durante un período de cuatro años.

2. El **contexto de vulnerabilidad de la víctima**, que la colocó en una relación marcadamente asimétrica en relación al condenado, en un contexto de violencia, y con pocas herramientas para buscar ayuda dada su edad y sus circunstancias concretas, y

3. La **extensión del daño causado**, manifestado en el vínculo que la víctima tendrá con su hijo y las preguntas que



deberá enfrentar con relación a su origen, la necesidad certera de recibir tratamiento terapéutico para generar vínculos a futuro, su situación de desarraigo y despegue de la vida esperable para una persona de su edad, la extensa intervención estatal que supera en mucho la propia del sistema judicial y, en definitiva, la merma en su posibilidad autónoma de decidir un plan de vida futuro.

Refirió que la única circunstancia **atenuante** tenida en cuenta en la sentencia fue la **falta de antecedentes penales**.

Sostuvo que el tribunal afirmó que las agravantes tenían un peso “considerable” por lo que debían apartarse del mínimo legal de la escala prevista para el delito. Al respecto dijo que las juezas tuvieron en cuenta que el período en el que se consumaron los hechos fue muy prolongado (cuatro años), y que la intensidad y la frecuencia con que sucedían los abusos (casi todos los días) les impidieron considerar la situación como si se tratara de una sola acción, por lo que correspondía un alejamiento considerable de la pena mínima.

A su vez la **situación de vulnerabilidad** de la víctima, generada y aprovechada por el acusado, imponía un alejamiento aún mayor del mínimo referido.

Por último, la **extensión del daño** tuvo un peso sustancial al momento de fijar la pena impuesta.

Refirió que las juezas, si bien tuvieron por acreditado un solo atenuante (la inexistencia de antecedentes penales), entendieron que éste no tenía un peso sustancial que permitiera disminuir considerablemente el monto de pena. Por ello, concluyeron que correspondía imponer la pena de 15 años de prisión, tal como fue solicitada por la acusación.

A continuación la defensa cuestionó cada una de las agravantes tenidas en cuenta por las magistradas.



Questionó que en la sentencia se considerara como agravante la **permanencia en el tiempo o duración de los hechos** imputados, en razón de que los mismos ya habían sido calificados como delito continuado. A su modo de ver si no hay un concurso real de delitos, y por tanto los hechos no resultan independientes, si bien se habla de un mayor contenido de injusto en una única conducta típica, este mayor grado de culpabilidad no es explicado en la sentencia, en franca violación al principio de legalidad en los términos del art. 41 del CP, en razón de que dicha norma no establece la duración y la persistencia como agravante.

Sumó a ello la crítica de considerar que debe partirse del mínimo legal, y simultáneamente sostener que la persistencia del delito en el tiempo “debe separarnos considerablemente” del mínimo de la escala penal, pero sin explicar en qué fundaron ese parecer.

Respecto al **contexto de vulnerabilidad** en relación a la edad de la víctima, la diferencia de edad entre la niña y su padre, el contexto de violencia de género y la asimetría en la relación, destacó que esas circunstancias ya se encuentran contempladas en el art. 119 del Código Penal. A su modo de ver el fundamento esgrimido en la sentencia resultó insuficiente para admitirlos como agravante para la determinación de la pena de un delito ya agravado en el tipo penal, conforme surge del art. 119 1, 3 y 4to párrafo inc. b y f del CP.

Consideró que el mayor reproche penal por la gravedad del hecho y la afectación de la integridad sexual de la víctima ya forma parte del tipo penal calificado por el que fue declarado responsable el imputado. A su modo de ver todo damnificado por un delito padece un grado de afectación, pero la mera remisión a la extensión del daño para elevar la escala penal de un delito ya



agravado, y sin referencia al tipo del daño específico que se le atribuye, carece de debida fundamentación.

Agregó que la citada diferencia de edad indicada por las magistradas ya forma parte del tipo penal del delito endilgado, al determinar la norma penal respecto de víctimas menores de 18 años. Además la ley agravó aún más el monto de la pena cuando las víctimas tengan menos de 18 años de edad y se presente la situación de convivencia preexistente, elevando las penas de entre 6 meses a 4 años, a una pena agravada de 3 a 10 años –caso de abuso sexual simple-, y de 6 a 15 años, a una pena agravada de 8 a 20 años en el caso de abuso con acceso carnal. Este argumento la llevó a concluir que la diferencia de edad ponderada en la sentencia ya fue prevista por el legislador, lo que impide que sea nuevamente valorado por las juezas como una agravante independiente, constituyendo un supuesto de doble valoración.

Refirió que existe ausencia de motivación suficiente en la sentencia respecto de la situación de vulnerabilidad de la víctima como un elemento agravante. Sostuvo que la sentencia refirió al aprovechamiento del imputado, de la corta edad de la víctima, que es la forma de violencia para mantener el sometimiento sexual ya previsto en el tipo penal reprochado, todo lo cual no constituye por sí mismo una agravante de la pena.

En relación a la **modalidad comisiva de abuso**, o aprovechamiento de una **situación de vulnerabilidad**, dijo que es tal vez la más compleja y la que mayor análisis impone, y que el juez debe motivar no solo sobre la situación de vulnerabilidad conforme las reglas de Brasilia, sino que debe establecer el aprovechamiento del sujeto activo de esa situación, y es esto lo que no se explicó en la sentencia.



Refirió que la sentencia analizó el contexto de violencia de género y la asimetría de la relación, reiterando la situación de vulnerabilidad de la menor, en la supuesta dependencia económica de toda la familia respecto del imputado, y que ese entorno de vulnerabilidades fue aprovechado por A..... para darle continuidad a los abusos, todo ello sin dar una motivación aceptable.

Consideró que debe priorizarse el principio de culpabilidad frente a un Derecho Penal de acto basado precisamente en la retribución de culpabilidad, para arribar a una reacción estatal proporcionada a la culpabilidad del acto ilícito.

Sostuvo que al momento de evaluar las diferentes circunstancias para efectuar la determinación de la pena, deben excluirse de esa valoración las que ya han sido consideradas por el legislador al establecer el tipo penal. De otro modo, dijo, tendría lugar una doble valoración de la misma circunstancia, primero en la subsunción en un tipo penal y luego en la fijación de la pena.

Respecto de la **extensión del daño** causado, refirió que la sentencia consideró como circunstancias agravantes el embarazo, sus consecuencias, la situación de desarraigo, la extensa intervención estatal y la dificultad de pensar en una vida futura para la víctima y sus proyecciones.

A su modo de ver, más allá del dato objetivo de la existencia de un embarazo, lo cierto es que en la determinación de la pena no se realizó ningún estudio o pericia específica que permita establecer la existencia de un daño cierto. Reconoció que hay una ruptura de lazos familiares por el incesto, circunstancia de difícil explicación. Sin embargo, en el contexto de pronósticos realizados por los testigos, a pesar de que no existe diagnóstico alguno, la sentencia concluyó que “se ha acreditado un daño en la salud psíquica de la víctima, con consecuencias a futuro difíciles de evitar”.



En relación con la **situación de desarraigo**, dijo que la sentencia sostuvo la existencia de una “marginalidad simbólica” en la que V..... se encuentra, la que constituye una situación de desarraigo con relación a la posibilidad de una vida con algún grado de normalidad para una adolescente de su edad, vinculado ello con la imposibilidad que ha tenido la menor de generar relaciones por fuera de ese entorno dominado por su padre.

Sostuvo que la sentencia también valoró dentro de la extensión del daño, la multiplicidad de intervenciones que la niña tuvo que vivir para poder relatar los abusos que debió padecer, y la dificultad de pensar en una vida futura al menos en lo inmediato, dentro un rango de compatibilidad con la vida de una persona de su edad, ello por las consecuencias concretas que implica la maternidad en la adolescencia.

Dijo que por estas razones las juezas concluyeron que el daño causado en el presente caso tiene un peso sumamente alto para imponer una pena, por lo que se alejaron del mínimo de la escala establecida.

Su agravio se refirió a la carencia de pruebas para acreditar la extensión del daño alegado. Dijo que toda persona víctima de un delito de esta naturaleza se ve gravemente afectada por su calidad de damnificada, pero la mera remisión a la extensión del daño para elevar la escala penal de un delito agravado, y sin referencia al tipo del daño específico que se le atribuye, debe ser excluido por falta de prueba, así como por falta de fundamentación. A su modo de ver no basta con reiterar lo que dijeron las acusadoras y los testigos, sino que se debe exigir a los jueces la tarea de motivar adecuadamente la sentencia.



Reiteró que no existió en el caso una corroboración puntual que permita un incremento punitivo más allá de las previsiones de la ley.

Finalmente se refirió al **comportamiento procesal** del acusado, en relación con una denuncia del año 2016, que fue archivada en el juzgado de familia en el año 2018. Dijo que sin fundamento alguno ésta se consideró como agravante de la pena. Consideró que ello resulta arbitrario por afectar el principio de contradicción. Que oportunamente tuvo su consecuencia procesal, que fue el dictado de una medida de coerción, y en la sentencia se lo consideró nuevamente, constituyendo una doble valoración, y una afectación del derecho de defensa en juicio.

A modo de resumen, reiteró que su agravio se refiere al excesivo monto de la pena impuesta, por ser contraria a las previsiones constitucionales de estricta necesidad, proporcionalidad, racionalidad y razonabilidad y, en segundo término, por la aplicación de agravantes en franca violación al principio de legalidad, derecho penal de acto y principio de culpabilidad y por haber efectuado una doble valoración, en razón de que tales agravantes no integran la culpabilidad del autor, no se han probado, no guardan vinculación con los artículos 40 y 41 del Código Penal y se sustentan únicamente en la subjetividad de las juezas.

También se agravó respecto de la **falta de consideración de las atenuantes** propuestas por esa parte. A su modo de ver no se consideró su falta de antecedentes penales, y su baja instrucción, acreditada con el informe socio ambiental ofrecido por la defensa.

Por todo ello solicitó que se revoque la sentencia en la que se impuso la pena de quince años de prisión, por considerarla injusta y desproporcionada, y que en su lugar este



Tribunal de Impugnación asuma competencia positiva e imponga la pena de 8 años de prisión, por ser el mínimo legal posible.

V. La Fiscal, a su turno, contestó los agravios enunciados por la defensa. Previo a ello consideró que el recurso intentado es formalmente procedente, por lo que solicito 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 en relación al quantum de la pena, que de la sentencia surge que se tuvo en cuenta que los hechos reprochados se cometieron durante un período de 4 años, en un contexto de vulnerabilidad de la víctima, el que la colocó en una relación marcadamente asimétrica en relación al condenado, y en un contexto de violencia de género y con pocas herramientas para buscar ayuda dada su edad y sus circunstancias concretas. A su vez se valoró la extensión del daño causado, manifestando en el vínculo que la víctima tendrá con su hijo y las preguntas que deberá enfrentar con relación a su origen, y la necesidad certera de recibir tratamiento terapéutico. La única circunstancia atenuante acreditada fue la falta de antecedentes penales.

En relación al comportamiento procesal aludido por la defensa, consideró que hubo una mala interpretación de su parte, en razón de que no fue tenido en cuenta como agravante por las juezas.

Consideró que en el juicio se acreditó una triple protección del Estado a favor de la menor V....., donde existió una vulneración propia del abuso sexual, una vulnerabilidad socio económica, y también una vulnerabilidad fruto de la intervención estatal. No hubo solamente una intervención judicial en relación a



V....., sino que ésta fue mucho más integral. El contexto en el que la niña se crió y desarrolló, el contexto de violencia y de falta de recursos hizo que llevara más de un año poder arribar al develamiento de los hechos, de parte de V..... En este trabajo conjunto, sin contar al personal judicial, intervinieron más de 19 profesionales, abogados a lograr que V..... lograra develar que le había ocurrido. Consideró que sí se le puede achacar al imputado cada una de estas circunstancias.

En cuanto al delito continuado, consideró que fue valorado correctamente por el tribunal de juicio, y que fue tortuosa la duración de los abusos sexuales y maltratos físicos del imputado hacia su hija, los que se cometieron durante cuatro años, casi todos los días, antes, durante y después del embarazo. Por ello consideró que esta agravante fue debidamente tenida en cuenta.

En cuanto a la vulnerabilidad de la niña, las juezas hicieron alusión a su edad, la que va más allá del tipo penal, en razón de que consideraron que se utilizó la edad de la niña como un elemento por el que se logró su sumisión. Consideraron además que existió una diferencia etaria que contribuyó al estado de vulnerabilidad de la víctima en el contexto de triple debilidad de V..... En ese contexto consideró oportuno que se valorara esa agravante.

La violencia de género que propuso la querellante también se justificó debidamente por las juezas de juicio, al considerar que no hay un catálogo cerrado de elementos a valorar en las previsiones de los artículos 40 y 41 del CP, y que hay tres aspectos de estas normas que permiten valorar el contexto de violencia de género, que son la naturaleza de la acción, los medios empleados y la obligación de tomar conocimiento directo de la víctima. El temor de V....., la imposibilidad de poner en palabras lo sucedido, los abusos y los golpes ocurrían casi todos los días. Fue un contexto marcado por la violencia, más allá de la propia violencia sexual. Es obvio que todo



delito sexual trae aparejada la existencia de violencia, pero en el caso de autos esa violencia fue aún mayor.

En cuanto a la asimetría de la relación quedó acreditada esta circunstancia agravante, y esto tiene que ver con el sometimiento sexual, el silencio de la víctima por más de un año, a pesar de la intervención de las profesionales que la asistieron, y la dependencia económica se aprovechó para dar continuidad a los abusos, todo ello sumado a la falta de motivación para cometer el delito que debe ser considerado como agravante.

En cuanto a la extensión del daño causado, tiene que ver con el embarazo y sus consecuencias. Las Lics. Navarro y Diez, presentaron una situación actual y una proyección futura en términos de salud, que excede en mucho al daño propio del tipo penal.

Hicieron referencia al tratamiento que a la niña le ha sido muy difícil poder enfrentar. La Lic. Diez manifestó la dificultad de V..... de poder poner en palabras sus padecimientos, lo que se relaciona con el temor que le tenía a su victimario. Se sostuvo durante mucho tiempo su estado de sumisión, refiriendo que cuando se realizaban visitas de control al domicilio siempre estaba presente el acusado, controlando toda la situación. La sumisión fue total, no solo económica.

En cuanto a la situación de desarraigo, esta se refiere en realidad a la marginalidad simbólica que fue explicada por la Lic. Diez. La niña no puede tener una relación con sus pares como cualquier otro niño o adolescente, no puede caminar por los mismos lugares que habitualmente caminan los adolescentes en la localidad de Loncopué. Es una marginalidad que la afecta notoriamente. Lo que interpretó el tribunal de juicio tiene que ver con esta marginalidad simbólica. El tribunal no le achaca al imputado la circunstancia de



desarraigo que tuvo que vivir V..... por la enfermedad de su hijo C...., sino ésta marginalidad simbólica ya referida.

Afirmó que también existió una constante amenaza de A..... referida a que si hablaba la iba a matar, remarcando que mientras que C.... estuvo internado la llamaba permanentemente diciéndole que le iba a quitar a su hijo.

La extensa intervención estatal tiene que ver con la intervención de 19 profesionales.

La posibilidad de vida futura y sus proyecciones se refiere, conforme lo dicho por las psicólogas, a que no se vislumbra que pueda realizar una vida futura normalmente. Al día de hoy no se puede aseverar que V..... pueda desarrollarse normalmente en su vida adulta. Ello tiene que ver con los abusos y maltratos sufridos durante tanto tiempo.

En cuanto a ser proveedor económico, fue interpretado correctamente por el tribunal de juicio, cuando se refirió a una sumisión económica.

El único atenuante que se consideró fue la falta de antecedentes penales.

Por todo ello solicitó que se confirme la sentencia. Agregó que el mínimo legal no se ajusta a las consideraciones que deben valorar los operadores judiciales, teniendo en cuenta que se trata de una víctima mujer.

VI. En último término la querellante Institucional afirmó que adhería en todo 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.



Consideró que la sentencia está fundada y se ajusta a derecho. Consideró también que se valoró correctamente la prueba que trajo la acusación.

Con respecto al delito continuado dijo que lo que se valoró fueron los cuatro años que duraron los abusos, los que ocurrían durante casi todos los días, antes, durante y después del embarazo.

Respecto de la doble valoración a la que aludió la defensa respecto de la edad y el vínculo, lo que hizo el tribunal fue referirse a la asimetría, y no a la edad en los términos del tipo penal. Por otro lado, la relación de asimetría que existía entre la niña y su padre, y el poder de control de A..... respecto de V..... Durante cuatro años la niña no pudo hablar, ni contar lo que le pasaba, y ello se debía al control que mantenía el acusado sobre ella. Llegó al punto de que el acusado quiso estar presente en el parto.

Con respecto a la violencia de género, es obvio que el abuso sexual implica la existencia de violencia, lo que se valoró fue la violencia que ejercía el acusado al momento de concretar los abusos sexuales. A..... no solamente la amenazaba y ejercía violencia física, sino que también la golpeaba.

Con relación a la situación de desarraigo de V..... dijo que se tuvo que trasladar a la ciudad de Neuquén como consecuencia de que el hijo que tuvo a partir de la violación se enfermó gravemente. Ese desarraigo provocó que V..... tuviera que correrse de su lugar de adolescente.

Con respecto a la extensa intervención estatal, dijo que las juezas no solo se refirieron a ella, sino también al acompañamiento estatal previo y durante el juicio, incluido el acompañamiento que aún perdura.



Con respecto a las posibilidades de su vida futura y sus proyecciones, refirió que la Lic. Navarro habló del daño grave respecto de todo lo que no va a poder hacer V.-

Con respecto a los atenuantes no se valoró la baja instrucción por no relacionarse con el tipo penal juzgado y sí se valoró la falta de antecedentes penales.

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

VII. Haciendo uso del derecho a declarar, el acusado dijo que su hija nunca lo apuntó, que fueron los dichos de la Lic. Diez, y que cuando la llevaron a Loncopué él no estaba en la casa, ya lo había sacado la policía.

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. Liliana Deiub** y, finalmente, el **Dr. Federico 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 condenatorio.

Asimismo se desprende de la impugnación los motivos por lo 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. Liliana Deiub**, manifestó: Comparto lo manifestado en el voto que antecede.

El **Dr. Federico 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).

Como ya quedó establecido, la defensa sólo impugnó la sentencia de pena, consintiendo la de responsabilidad. 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 las agravantes propuestas por las acusadoras, y no se tuvieron en cuenta las atenuantes requeridas por la defensa. De hecho, la única atenuante que sí se tuvo en cuenta en nada influyó al momento de seleccionar la pena que correspondía imponer en el presente caso.

Debemos tener presente que E..... R..... A..... fue declarado autor penalmente responsable de las conductas reprochadas en el juicio por las acusadoras, las que fueron descriptas de la siguiente forma: “...*haber abusado sexualmente y en forma*



reiterada de su hija biológica V..... L..... A....., nacida el día 21 de julio del 2003. Los abusos sexuales tuvieron inicio en fecha incierta pero ubicable en el primer semestre del año 2016 (antes de julio), cuando V..... contaba con 12 años de edad y culminaron en Enero del 2020. El primer ataque sexual ocurrió antes en un galpón que se encuentra en el patio de la casa de calle casa N° del Barrio de la Localidad de Loncopué, donde convivían. V..... con su familia, incluido el imputado (papá). En esa primera oportunidad le realiza tocamientos en la vagina de la niña, por debajo de la ropa, para luego accederla carnalmente (introdujo su pene en su vagina) Los abusos sexuales continuaron a diario, también en el interior de la casa familiar de calle casa N°, Barrio de Loncopué, en el dormitorio matrimonial (T..... – A.....), en el baño y en la cocina. A..... se aseguraba de estar en soledad con la niña y la accedía carnalmente vía vaginal, menoscabando su integridad sexual. A partir del 21 de julio del 2016 (ya con 13 años) los abusos sexuales continuaron en las mismas circunstancias de lugar e idéntica modalidad: tocamientos en vagina y acceso carnal. Estos abusos se obtenían con la violencia física y psíquica. Al resistirse la víctima, A..... la golpeaba y la agarraba de los pelos. Le decía que si hablaba o si iba preso la iba a matar antes. Como consecuencia de uno de los ataques sexuales (aproximadamente en marzo del 2017), se produce la gestación de C.... A..... quien nace el día 09/12/2017, y con quien se comprueba el vínculo biológico de paternidad con el imputado (ADN). Los abusos sexuales no consentidos por V..... ocurren antes, durante y después del embarazo. Así en Junio del 2019, cuando V..... estaba en Fundación APANC, en calle Mendoza N° 44, 1° piso, departamento del medio de la ciudad de Neuquén, donde vivía desde Febrero del 2019, en visita por A....., quien aprovecha que se encontraban solos y utilizando la misma modalidad (violencia física y



psíquica), la accede 6 carnal y vía vaginal, los tres días que permaneció en Neuquén. El último hecho ocurrió en Enero del 2020, cuando V..... fue de visitas a Loncopue, donde fue accedida carnalmente, vía vaginas por A....., su padre, en el interior de la casa familiar, más específicamente en la cama del dormitorio matrimonial...”.

Las conductas descriptas fueron calificadas como constitutivas del delito de *abuso sexual con acceso carnal continuado, agravado por el vínculo y la convivencia preexistente, con una menor de edad en calidad de autor* (Art. 119 párrafos 1,3 y 4 inc. b y f del Código Penal).

Tanto la fiscalía como la Querrela Institucional solicitaron la imposición de una pena de 15 años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, mientras que la defensa solicitó la imposición de la pena de 8 años de prisión, el mínimo legal posible. El tribunal de juicio, conforme los fundamentos que surgen de la sentencia, impuso finalmente la pena requerida por las acusadoras: 15 años de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas del proceso.

Ingresando al fondo de la cuestión planteada, analizaré de manera individual cada uno de los agravios formulados.

Respecto del primero de ellos, relativo a la **duración de los hechos imputados**, considero que no le asiste razón a la defensa en su planteo.

Recuerdo que la defensa sostuvo que la sentencia no dio cuenta de las razones que llevaron a las juezas a considerar como una agravante el período de cuatro años en el que se produjeron los abusos sexuales de la niña víctima, en razón de que la duración o persistencia del delito a lo largo del tiempo no es una agravante que haya sido incluida en el art. 41 del CP, y que tampoco explicaron porqué la reiteración de las conductas delictivas a lo largo del tiempo



las llevó a separarse “considerablemente” del mínimo de la escala penal prevista para ese delito.

El primer obstáculo que encuentro para considerar el planteo de la defensa ya fue señalado en la propia sentencia, en la que se remarcó que sobre esta agravante nada dijo la defensa, omitiendo presentar alguna objeción en su alegato de clausura. Ello se puede corroborar de la transcripción del alegato de la defensa que se hizo en la misma sentencia.

No resulta en vano recordar que la defensa no se agravió que la sentencia se hubiera apartado de los fundamentos esgrimidos por esa parte en su alegato, de lo que se concluye que la reseña efectuada por las juezas se ajusta en un todo a lo que efectivamente alegó esa parte durante el juicio. Si la defensa nada dijo durante su alegato y, como afirma la sentencia, no presentó ninguna objeción ante el tribunal que juzgó a su pupilo, mal puede intentar hacerlo en esta instancia, en la que no corresponde valorar argumentos no presentados en la etapa previa. Esta sola circunstancia me lleva a rechazar de plano este agravio, por improcedente.

Sin perjuicio de ello daré respuesta a la cuestión de fondo planteada, aun cuando no correspondería hacerlo. De la simple lectura de la sentencia se advierte que, al contrario de lo afirmado por la defensa, sí se fundamentó adecuadamente cuáles fueron las razones que llevaron a las juezas a valorar como una agravante la persistencia del delito a lo largo de cuatro años.

En la sentencia se sostuvo que “...El delito continuado es una construcción que surge para evitar la potencial irracionalidad en la escala penal que surgiría al responder con las reglas del concurso real a hechos como los juzgados en este caso. Sin embargo, de la misma forma que debemos considerar esquemas que eviten escalas penales irracionales, también debemos considerar que



la situación del delito continuado no es idéntica a la situación de un hecho único. Como señalan Fleming y López Viñals: *“creemos que quien encara una empresa delictiva ejecutándola a través de diversas actividades independientes y conducentes a un mismo fin, revela un mayor grado de culpabilidad, ya que su persistencia en el accionar ilícito, la multiplicación de sus determinaciones delictivas y su sucesiva puesta en acto determinan una mayor cuota de reprochabilidad”* (Las Penas. Ed. Rubinzal Culzoni. 2014. P. 327)...”.

Resulta evidente que cuando un acusado realiza una conducta delictiva durante un prolongado período de tiempo (cuatro años, por ejemplo), reiterándola de manera persistente (casi todos los días), no merece la misma pena que quien comete abusos en, por ejemplo, dos oportunidades. El contenido del injusto del primer caso resulta, sin duda alguna, mucho mayor que el del segundo caso, aún cuando en ambos supuestos estamos frente a un delito continuado. De allí que resulta perfectamente legítimo valorar como una agravante las circunstancias de tiempo en las que estos abusos se consumaron, tal como lo dispone expresamente el art. 41 inc. 2 del CP.

El tribunal de juicio agregó: “...En este caso, el período dentro del que sucedieron los abusos sexuales inició en el primer semestre del año 2016 (cuando la víctima tenía 12 años) y culminaron en enero del 2020; es decir: cuatro años de duración. En ese período de cuatro años, en el juicio de responsabilidad quedaron acreditados momentos concretos en que sucedieron los abusos. Adicionalmente la víctima se refirió a los abusos padecidos diciendo que ‘casi todos los días pasaban’. Esta situación me lleva a considerar que la duración de los hechos debe ser considerada como un agravante y dado el tiempo concreto transcurrido y la persistencia observada esta situación debe separarnos considerablemente del mínimo de la escala penal...”.



Queda en claro, porque así surge de una lectura integral de la sentencia, que la “separación considerable” del mínimo legal al que se refirieron las juezas, se fundó en que los hechos se reiteraron “caso todos los días, a lo largo de 4 años”. No es ni puede ser equiparable, como ya señale, un delito continuado a lo largo de un corto período de tiempo, que aquel que se repitió a lo largo de gran parte de la temprana adolescencia de la niña. Cuatro años en la vida de una niña de 16 años es un tercio del total de su vida. El impacto de esa reiteración de conductas ilícitas durante tanto tiempo es considerablemente mayor, y mucho más dañino que el que puede causar la misma conducta en un plazo de tiempo menor.

No considero que se requiera demasiado esfuerzo para comprender la diferencia entre uno y otro supuesto. Por ello considero que este agravio no merece mayor explicación.

Respecto de la supuesta falta de previsión del “transcurso de tiempo” en el que se comete un delito continuado, en las disposiciones del artículo 41 del CP, se trata, como ya dije, de un evidente error de la defensa.

El artículo 41 del CP, entro muchas otras referencias, menciona expresamente que los jueces deberán considerar “...las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestre su mayor o menor peligrosidad...”. Lo que hicieron las magistradas fue cumplir al pie de la letra con las disposiciones del art. 41, tal como surge de su simple redacción.

En función de los argumentos expuestos este agravio debe ser declarado improcedente, sin perjuicio de que de todas formas se impone su rechazo.

Respecto del segundo agravio, referido al **contexto de vulnerabilidad**, que incluye la diferencia de edad entre la víctima y su victimario, el contexto de violencia de género y la asimetría en la



relación que existía entre ellos, debo decir que, al igual que en el primero de los agravios, corresponde su rechazo porque sólo se trata de una disconformidad de esa parte con lo resuelto por el tribunal.

En relación a la **diferencia de edad** en particular, la defensa afirmó que esta circunstancia ya se encuentra incluida en el tipo penal y que por ello no puede ser nuevamente valorada.

Ese argumento fue sostenido durante el juicio, y las juezas dieron una amplia respuesta al mismo. Al respecto sostuvieron lo siguiente: “...La defensa, por su parte, ha indicado que no puede valorarse la diferencia etaria sin incurrir en una doble valoración prohibida, en tanto esa situación está reflejada en el monto del que parte la escala penal: 8 años. En este punto coincido con la acusación. Si bien es cierto que la circunstancia objetiva ‘ser menor de 18 años’ está contemplada por el agravante del inciso f del Art. 119 (tal como ‘ser menor de 13 años’ está contemplado en el primer párrafo, como lo ha indicado el defensor), no se trata aquí de una propuesta de agravamiento de la pena por el hecho objetivo de que la víctima tenía una edad inferior a los 18 años cuando los hechos ocurrieron. Lo que se ha planteado es cómo esa diferencia etaria entre el condenado y la víctima contribuyeron a incrementar la vulnerabilidad de la víctima en el caso concreto...” (El subrayado no corresponde al original).

Podrá considerarse que se efectuó una fundamentación novedosa, pero lo que no puede afirmarse es que ésta sea arbitraria. Surge claro que en la sentencia sí se dio fundamento suficiente a las razones que llevaron a las magistradas a considerar la edad, en este caso puntual, como una agravante, no por los motivos que llevaron al legislador a agravar esa circunstancia específica de manera general, sino por razones particulares que sólo se refieren al presente caso.



No puede afirmarse, como lo pretende la defensa, que en este caso haya existido un supuesto de doble valoración, porque como ya dije, en la sentencia se explicó que la diferencia de edad entre la niña y su padre fue un elemento determinante que contribuyó a incrementar la vulnerabilidad de la víctima en el caso concreto.

La sentencia lo explicó de esta manera: "...Ya en la sentencia de responsabilidad hemos referido las diversas vulnerabilidades que quedaron constatadas en la situación de la víctima. En este punto no puede obviarse que los abusos contra V..... iniciaron cuando ella tenía 12 años y cómo el contexto concreto en que se sucedieron los hechos la llevó a mantener un silencio que si bien se rompió cuando develó lo que había sufrido, aún permanece en cuanto a su capacidad de poner en palabras todo lo que le sucedió. Entiendo que la edad de la víctima y la diferencia de edad con su abusador en el contexto concreto de este caso, tiene un nivel de intensidad para configurar la situación de vulnerabilidad en que aún vive la víctima que excede ampliamente la circunstancia objetiva definida en el tipo penal agravado...". De ello surge evidente que sí fue fundada adecuadamente esta cuestión, de lo que se concluye que este agravio tampoco puede prosperar.

La defensa trató de manera conjunta la **violencia de género** y a la **asimetría en la relación** entre la víctima y el imputado, aspectos puntuales que integran el segundo agravio.

La impugnante solo se refirió a la "...supuesta dependencia económica de toda la familia con relación al Sr. A....., y que ese entorno de vulnerabilidad, reitera la sentencia, ha sido aprovechado por el imputado para darle continuidad a los abusos...". Esa circunstancia puntual en nada se relaciona con los fundamentos



sostenidos en la sentencia para valorar la “violencia de género” como agravante.

Al respecto las juezas sostuvieron que “...La querrela institucional ha solicitado que se valore como circunstancia agravante el contexto de violencia de género que se ha observado alrededor de los hechos juzgados en este caso.

La defensa se ha opuesto a esta circunstancia indicando que no se encuentra contemplada ni en el Art. 40 ni en el Art. 41 en forma específica y que, por esas razones, considerarla sería crear derecho desde la judicatura, siendo que la creación del derecho es un acto propio del poder legislativo.

Al respecto es necesario recordar que los Arts. 40 y 41 del Código Penal no exponen un catálogo estricto y cerrado de agravantes y atenuantes sino que más bien establecen fórmulas genéricas para considerar las circunstancias de cada caso concreto.

En ese contexto, hay dos aspectos del Art. 41 que permiten valorar el contexto de violencia de género en particular, como también sostener la situación de vulnerabilidad como circunstancia general que se integra, entre otros aspectos, con el contexto de violencia:

- La indicación a considerar la naturaleza de la acción y los medios empleados, por una parte.
- La obligación de tomar conocimiento directo de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso, por la otra.

La situación de permanente temor que ha marcado V..... al declarar en el juicio de responsabilidad, pese a su posibilidad limitada de brindar testimonio, no puede escapar en las consideraciones sobre la pena: los abusos ocurrían todos los días. Y cuando ella no quería, el padre la golpeaba. Ese contexto de



condicionamiento, marcado por el ejercicio de la violencia más allá de la propia violencia sexual que ha sido acreditada y por la que se ha declarado responsable al Sr. A....., constituye otro aspecto en la situación de vulnerabilidad de la víctima que no puede ser negada a la hora de valorar las circunstancias agravantes...” (El subrayado no corresponde al original).

Como se puede advertir la impugnante optó por no reiterar el argumento en el que sostuvo ese agravio, sino limitarlo a las consideraciones relacionadas con la dependencia económica, la que no fue mencionada ni por los acusadores, ni por las juezas en relación a la agravante de violencia de género. Esa agravante se fundó en otras razones distintas, y no cuestionadas por la defensa en esta instancia. Al no haber argumentos concretos de la defensa que cuestionen los fundamentos específicos sostenidos en la sentencia respecto de esta cuestión puntual, nada puedo decir al respecto.

En referencia a la **relación asimétrica**, cuestionada por la defensa, debo decir que sí se menciona, entre otros aspectos, el fundamento relativo a la dependencia económica a la que refirió antes. Sobre esta cuestión en la sentencia se sostuvo que “...La querrela institucional ha mencionado en su alegato la existencia de una relación asimétrica entre la víctima y el condenado. Considero que esa es la conclusión en términos de la situación vulnerable de V.-

La relación asimétrica se ve concretamente en el aprovechamiento de la corta edad de V....., el ejercicio de otras formas de violencia para mantener el sometimiento sexual y el silencio de la víctima, la dependencia no sólo de V..... sino de toda su familia en términos económicos con relación al Sr. A....., la imposibilidad generada en V..... de vivir la vida de cualquier persona de su edad. Encuentro que ese entorno de vulnerabilidades no sólo ha sido propiciado sino que también ha sido aprovechado por el Sr. A..... para



darle continuidad a los abusos. Y es en esas circunstancias en las que se observa concretamente la situación totalmente asimétrica entre V..... y el condenado...” (El subrayado no pertenece al original).

Sobre este tópico la defensa consideró que, a su modo de ver, “...debe priorizarse el principio de culpabilidad ante un Derecho Penal de acto basado precisamente en la retribución de culpabilidad... para finalmente arribar a una reacción estatal proporcionada a modo de cuantificación racional de la culpabilidad ante un acto ilícito y en razón entonces de la concreta posibilidad de actuación conforme a derecho y ámbito de reproche consecuente (culpabilidad como medida de la pena y puente entre el injusto y la sanción concreta)...”.

El argumento general utilizado por la impugnante no refuta el argumento puntual y concreto utilizado en la sentencia. Ninguna referencia hizo para afirmar que esa relación asimétrica alegada en realidad no existía, o por lo menos no se encontraba probada. Tampoco dijo nada del **contexto de vulnerabilidad** que no solo fue tenido en cuenta, sino que fue aprovechado por el acusado para darle continuidad a los abusos. Solo se hizo una referencia genérica referida a que el tribunal debió considerar el principio de culpabilidad, sin especificar de qué modo las magistradas habrían omitido merituar dicho principio.

Al referirse a este agravio la defensora agregó que “...al momento de evaluar las diferentes circunstancias para efectuar la determinación de la pena, deben excluirse de esa valoración las que ya ha considerado el legislador al establecer el tipo penal y que constituyen el fundamento del ilícito. De otro modo, tendría lugar una doble valoración de la misma circunstancias, primero en la subsunción en un tipo penal y luego en la fijación de la pena...”. En ningún momento mencionó a qué doble valoración se refiere, respecto de la



relación asimétrica referida y valorada en la sentencia como agravante de la pena.

En la sentencia no solo se expusieron los motivos que llevaron a las juezas a considerar esa circunstancia puntual, sino que además se dio cuenta de las razones que las llevaron a ello.

Respecto de la **relación asimétrica** existente entre víctima e imputado en la sentencia se afirmó: "...Esto no sólo se ha visto en la declaración de V..... en el juicio, sino también en las declaraciones de Canales y Diez en el juicio de responsabilidad, indicando que era muy difícil hablar con la víctima dado que el Sr. A..... siempre buscaba estar presente. Y en el testimonio de Diez en esta audiencia, relatando nuevamente las dificultades de V..... para poner en palabras lo que le sucede.

Ese contexto de vulnerabilidad, vinculado también con la afirmación de la fiscalía en términos de la imposibilidad de encontrar alguna motivación aceptable, fue acreditado y debe ser valorado como una circunstancia agravante de peso importante para despegarse aún más del mínimo de la escala penal...".

Nada discutió la defensa sobre las cuestiones puntuales y objetivas a las que se hizo referencia en la sentencia. La impugnante solo hizo referencia genérica a supuestos de doble valoración, sin especificar de qué forma la relación asimétrica acreditada en el juicio influyó de alguna manera en una supuesta doble valoración.

En función de todos estos argumentos no corresponde hacer lugar a este agravio.

El tercer agravio es la **extensión del daño causado** por el delito. Dentro de este agravio se mencionan el embarazo y sus consecuencias, la situación de desarraigo, los efectos



de la extensa intervención estatal, y las dificultades de la menor para pensar una vida futura y sus proyecciones.

Respecto del **embarazo** la defensa sostuvo que “...más allá del dato objetivo de la existencia de un embarazo... lo cierto es que, en la determinación de la pena, se considera al embarazo como una situación dañosa que no puede ser obviada y que ha sido totalmente acreditada, en tanto considera los testimonios de la Lic. Diez y Navarro, en donde en ambos testimonios se afirmó que no existe ningún indicador ni se ha realizado ningún estudio o pericia específica para establecer la forma de existencia de un daño cierto...”. Llamativamente afirmó que el embarazo no deseado de una niña por parte de su padre no le genera ningún daño. Evidentemente resulta discutible dicha afirmación.

En la sentencia se dieron suficientes fundamentos para rebatir la alegada inexistencia de pruebas del daño causado en la niña por el imputado en función del embarazado no deseado que debió soportar a tan corta edad, con el plus de ser su propio padre el responsable.

Las juezas sostuvieron: “...entiendo que a través de los testimonios de las Lics. Diez y Navarro se ha presentado una situación actual y una proyección futura en términos de la salud de V..... que excede en mucho al daño propio del tipo penal y que se ve bastante concreta... La Lic. Diez ha referido aspectos concretos sobre la situación de V.....:

- El tratamiento con V..... siempre ha sido muy difícil dadas las dificultades que ella presenta para ubicar a otro en el lugar de cuidado, de protección.

- Eso genera un grave daño a la posibilidad de hacer un tratamiento como corresponde para revertir las situaciones de



daño. Y es una situación que se extiende del espacio terapéutico a otros ámbitos de su vida.

- La imposibilidad de hablar, de poner en palabras, hace que el pronóstico sea bastante complicado para la reparación del daño y la recuperación de la persona. Abre la posibilidad de infinitos problemas de salud, tanto orgánicos como psicológicos, psiquiátricos.

- Sostener durante mucho tiempo esa sumisión ante una situación que genera daño en la persona va socavando todas las áreas de funcionamiento.

Es real que la Lic. Diez ha sido cautelosa al manifestar que no puede hacer futurología. Sin embargo, la descripción que ha realizado y el conocimiento que tiene sobre la situación de V..... permiten sostener que existe un daño cierto en ella a partir de las circunstancias que ha padecido.

Y el punto más preciso respecto de este daño y su proyección cierta aparece en el embarazo de V..... Tal como lo ha mencionado la fiscal en su alegato, el embarazo no fue una elección de V..... ni tuvo una posibilidad real de decidir el curso del mismo. Esta es una situación dañosa que no puede obviarse y que ha quedado totalmente acreditada...” (El subrayado no pertenece al original).

De esta descripción surgen fundamentos muy concretos y objetivos que permiten acreditar el daño alegado. Sostener lo contrario importa un recorte arbitrario del contenido de los testimonios producidos durante el juicio.

A esa situación concreta en la sentencia se suman argumentos respecto de las adversidades que deberá afrontar la niña-madre en un futuro cercano, todas muy reales y concretas. Dice la sentencia: “...aparece a través de la declaración de la Lic. Diez y la Lic. Navarro una circunstancia futura pero bastante cierta: la situación del incesto. La Lic. Navarro lo ha mencionado específicamente: Por ahora



C.... es pequeño, pero cuando tenga mayor edad va a preguntar por sus datos de filiación: quién es su papá, qué sucedió. Por eso es necesario el acompañamiento psicológico tanto en el niño como en la madre. Por lo disruptivo que es el lazo en sí: hay una ruptura de lazos familiares... Por ello aun cuando no exista un diagnóstico de patología psiquiátrica, sí considero que se ha acreditado un daño en la salud psíquica de V..... real, con consecuencias a futuro difíciles de evitar...”.

El agravio de la defensa, en definitiva, solo constituye una crítica sustentada en una valoración diferente de las pruebas producidas. Sin embargo, dicha apreciación de su parte de ninguna manera torna arbitraria la resolución adoptada por el tribunal de juicio. Es por ello que este agravio también debe ser desechado.

La defensa trató de manera conjunta la **situación de desarraigo** y la **multiplicidad de intervenciones** que V..... ha padecido, o como menciona la defensa, la **extensa intervención estatal**.

Más allá de citar un párrafo textual de la sentencia, en el que hizo referencia a la “...marginalidad simbólica en la que V..... se encuentra...” y a la “...multiplicidad de intervenciones que V..... ha tenido que vivenciar para poder contar lo que le sucedió... la dificultad de pensar una vida futura al menos en lo inmediato...”, lo cierto es que la impugnante se limitó a hacer una crítica muy genérica, afirmando en definitiva que “...los tópicos desarrollados para acreditar la extensión del daño causado, carecen de pruebas que la sustenten y el incremento de la reacción penal por la gravedad del hecho y la afectación de la integridad sexual de la víctima ya forman parte del tipo penal calificado...”.

En definitiva reiteró la infundada afirmación referida a la “carencia de pruebas” y de que todas las agravantes forman parte



del tipo. Lo resume afirmando que "...toda persona víctima de un delito de esta naturaleza, claramente se ve gravemente afectada por su calidad de damnificada, pero la mera remisión a la extensión del daño para elevar la escala penal de un delito agravado y sin referencia al tipo de daño específico que se atribuye, debe ser excluido por falta de pruebas...". Nuevamente una crítica imprecisa y genérica, que omite el análisis de lo que se sostiene en la sentencia.

De la sentencia, a la inversa de lo afirmado por la defensa, surge de manera concreta que "...Con relación al desarraigo la defensa se ha referido a la cuestión física: el traslado a Neuquén no puede atribuirse al condenado en tanto se realiza a causa de la enfermedad de C.-

Sin embargo, obvia una segunda situación que fue relatada en la audiencia y tiene un carácter diferente: la situación de 'marginalidad simbólica' en la que V..... se encuentra.

No se da un desarraigo sólo por el traslado de una ciudad pequeña a otra, sino que se presenta una situación de desarraigo con relación a la posibilidad de una vida con algún grado de normalidad para una adolescente de su edad. El encierro, el abuso, el embarazo. Ha dicho la Lic Diez: Sostener durante mucho tiempo esa sumisión ante una situación que genera daño en la persona va socavando todas las áreas de funcionamiento. Eso lo han podido ver en la carencia de grupo de pares, el no poder circular por donde transitan normalmente los adolescentes en la localidad, el no participar de actividades, de cuestiones propias de la adolescencia. Por ello el desarraigo de V..... es algo que va mucho más allá del traslado de una ciudad a otra y se vincula con la imposibilidad que ha tenido de generar relaciones por fuera de ese entorno dominado por A.. Por ello encuentro que este aspecto debe ser también considerado dentro de la extensión del daño..." (El subrayado no pertenece al original).



Es evidente que no existió falta de fundamentación, o falta de acreditación; lo que existe es una mera disconformidad de la defensa con los argumentos del tribunal, sustentados en las evidencias producidas a lo largo del juicio.

Lo mismo ocurre con la extensa intervención Estatal que debió padecer la menor. Nada puntual refirió la defensa, más allá de reconocer que la sola circunstancia de ser víctima de un delito de esta naturaleza importa una evidente afectación. La sentencia, a diferencia de lo afirmado genéricamente por la defensa, sí dio cuenta de los aspectos tenidos en cuenta para valorar esta circunstancia puntual como una agravante.

Al respecto se sostuvo: “...en esta situación particular estamos bastante más allá de la sola intervención judicial: trabajadoras/es del sistema de salud, psicólogas, trabajadoras sociales, agentes de diversas áreas del poder ejecutivo provincial y municipal marcan los últimos años de la vida de V. No se trata de un caso en el que la víctima fue citada a brindar una declaración previamente al juicio y posteriormente citada a declarar en la audiencia oral; tampoco se trata de un caso donde a nivel de intervención judicial se suma algún tipo de pericia específica. Hemos visto el trabajo previo, durante y posterior a la develación de V..... y hemos escuchado a múltiples voces relatar cuál ha sido su vínculo con ella y su caso. Incluso hemos visto que para presentarse a declarar en el juicio debió ser acompañada por una psicóloga y una operadora de desarrollo social. Esta situación que ha descrito la Lic. Diez como socavamiento de todas las áreas de funcionamiento de V..... se evidencia en la cantidad de profesionales que han concurrido a la audiencia a acompañar su voz. Y es una situación originada en los hechos por los que A..... resultó condenado...”.



En función de todo ello consideraron que sí correspondía valorar como un componente en la extensión del daño causado la multiplicidad de intervenciones que la niña tuvo que padecer para poder contar lo que le sucedió. Por todo ello este agravio también debe ser desatendido.

Respecto de la **posibilidad de una vida futura y sus proyecciones** no dijo nada puntual la defensa, más allá de reiterar una referencia genérica e imprecisa de la inexistencia de corroboración puntual que permita un incremento punitivo más allá de las previsiones del tipo penal, referencia genérica que ya fue ampliamente desacreditada conforme los fundamentos que surgen de la sentencia.

En función de todo ello este agravio también debe ser desechado por completo.

Otro agravio al que hizo referencia la defensa se relaciona con la valoración efectuada por el tribunal respecto del **comportamiento procesal del acusado** frente a otros procesos distintos al sustanciado en el presente caso.

La defensa al respecto sostuvo que "...Finalmente otra circunstancia agravante considerada por el tribunal fue sobre el comportamiento procesal respecto de una denuncia de 2016, que fue archivada en el juzgado de familia en 2018. Existiendo una segunda situación, con vinculación con este proceso (tratándose de una medida de protección sobre el niño C... en 2019), lo cual sin fundamento alguno, solo aparente por haber repercutido en la situación procesal del imputado que devino en una prisión preventiva, se consideró como agravante de la pena a imponer. Esta conclusión, claramente es arbitraria por afectar el principio de contradicción, y que oportunamente ya tuvo su consecuencia justamente el dictado de una medida de coerción, que se discutió en la audiencia correspondiente, y la



sentencia vuelve a considerarlo, en una doble valoración en cuanto el incremento punitivo, afectando el derecho de defensa...”.

Tal como lo remarcaron las acusadoras en el alegato ante este Tribunal, es evidente que la impugnante incurrió en un error porque, a diferencia de lo que afirmó, el tribunal de juicio no valoró el comportamiento procesal del imputado como una agravante, sino que, a la inversa, lo desechó dándole la razón a la defensa en ese punto. En función de ello no existe ningún agravio que tratar sobre esta cuestión.

El último agravio intentado por la defensa se refirió a la valoración que hizo el tribunal de juicio de las **atenuantes postuladas** por esa parte, y en particular la inexistencia de antecedentes penales del acusado al momento de determinar la pena a imponer.

La defensa afirmó que “...no se ha considerado su falta de antecedentes penales, y su baja instrucción, acreditada con el informe socio ambiental ofrecido por la defensa, para merituar la pena, aplicando el máximo solicitado por los acusadores públicos y en el límite de la competencia del tribunal...”.

La impugnante no explicó cuáles son sus críticas concretas respecto de este agravio, más allá de su queja relativa a que dichas atenuantes no fueron consideradas por el tribunal. De hecho, la falta de antecedentes penales sí fue considerada como una atenuante por el tribunal, a pesar de que al momento de determinar la pena, ningún efecto concreto tuvo sobre el monto de la pena impuesta.

Respecto de la baja educación el tribunal desechó ese agravio por considerar que aún cuando su instrucción formal finalizó con los estudios primarios, ello no le impidió vincularse social y laboralmente. Por ello consideró que no resulta evidente que el



acusado hubiera atravesado dificultades en términos de comprensión de la convivencia comunitaria por su falta de estudios.

A ello sumaron el hecho objetivo de que el delito reprochado no es de aquellos que requiera algún conocimiento específico para comprender su configuración, en función de lo cual dicha atenuante fue descartada.

El análisis efectuado se ajustaba a las previsiones de los artículos 40 y 41 del CP y a los hechos que se acreditaron en el juicio de pena. No encuentro ni arbitrariedad, ni apartamiento de la ley. Las disposiciones del inciso 2do del artículo 41 del CP deben ser analizadas en relación al delito que se le reprocha. Su falta de educación formal, en este caso puntual, ninguna relevancia tuvo en relación con el delito al que sometió a su hija.

La defensa no acreditó (ni siquiera alegó) que su falta de educación hubiera influido o lo hubiera condicionado de alguna manera respecto de la comisión del delito de abuso sexual con acceso carnal.

La edad, la educación, las costumbres, etc., todos elementos incluidos en el inc. 2do del art. 41 del CP, no son elementos que se aplican automáticamente, cualquiera sea el delito reprochado. Se deben analizar en cada caso puntual, considerando cómo la falta de educación, o, a la inversa, la educación superior, pueden influir, sea atenuando o agravando la pena.

Quien comete un delito contra la propiedad puede verse condicionado por su falta de educación, en relación a la imposibilidad real y concreta de proveerse el sustento necesario. A la inversa, la estafa que comete la persona que cuenta con estudios universitarios puede agravar su responsabilidad e influir directamente en los motivos que lo llevaron a delinquir.



En este caso, tal como se sostuvo en la sentencia, la falta de estudios formales no influyó de ninguna manera en las circunstancias fácticas que lo llevaron al condenado a delinquir. De allí que no corresponde, en este caso puntual, considerar esa circunstancia ni como atenuante, ni como agravante.

Distinta es la situación respecto de la falta de antecedentes penales. Al respecto las juezas expresamente valoraron a favor del acusado esa situación puntual. Dijeron "...la única circunstancia atenuante acreditada es la falta de antecedentes penales...", agregando luego que "...la inexistencia de antecedentes penales, no tiene un peso sustancial tal que permita disminuir considerablemente el monto de pena. Adicionalmente, no puede obviarse que tanto la fiscalía como la querrela al formular sus pedido de pena han establecido expresamente que tienen en cuenta esa circunstancia en su solicitud...". Luego de ello concluyeron que la pena solicitada por la acusación (15 años) era la pena justa a imponer en el caso.

En este punto encuentro una falta absoluta de fundamentos. Por un lado las juezas reconocieron expresamente que la falta de antecedentes es, en sí mismo, una atenuante, pero por el otro dijeron que ese atenuante no tiene un peso "considerable" para disminuir el monto de la pena.

En primer término no dijeron porqué consideraron que ese atenuante carece de peso "considerable" para disminuir la pena. Ningún fundamento intentaron siquiera. Sólo fue una afirmación dogmática. No dieron cuenta de porqué decidieron proceder de esa manera.

En segundo lugar dijeron que ese atenuante no tiene un peso "considerable", lo que implica que algún peso tiene, aunque no sea significativo. Sin embargo al momento de definir la pena



a imponer, optaron por el máximo posible, restando así ese poco “peso considerable” que al menos le otorgaron a la falta de antecedentes.

El análisis que efectuaron sobre esta cuestión no respeta ninguna lógica posible. Si es un atenuante, de alguna manera debe verse reflejado en la pena, aún cuando el peso que se le atribuya sea escaso, o incluso mínimo. Lo que no pueden es reconocer esa circunstancia como un elemento a tener en cuenta en favor del acusado, y al momento de definir la pena, restarle el valor que afirmaron tenía dicha circunstancia.

Intentan explicarlo atribuyéndoles a las acusadoras el hecho de que ellas ya lo habían tenido en cuenta, y a pesar de ello solicitaron la pena máxima de 15 años de todos modos.

En primer término debo decir que la circunstancias de que las acusadoras hayan o no incluido en el monto máximo de pena esa atenuante no exime al tribunal de fundar razonablemente su decisión sobre esta cuestión puntual. A pesar de ello, como ya señalé, nada dijeron al respecto, más allá de atribuirles la responsabilidad a las acusadoras, como se indicó.

En segundo término, aun cuando las juezas pretendieran ampararse en el pedido de pena de las acusadoras, no pueden omitir dar una explicación objetiva a la evidente contradicción en la que la fiscal y la querrela incurrieron al afirmar que tuvieron en cuenta esa atenuante y, simultáneamente, la descartaron al solicitar la pena máxima posible. Es una contradicción absoluta afirmar que se reconoce y se tiene en cuenta una atenuante, pero se descarta de hecho al solicitar la pena máxima posible. Como señale, nada dijeron las juezas sobre esta cuestión; es más la consintieron, otorgándole plena validez al no mencionar siquiera esa contradicción.

Si se considera que existe una 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 falta de fundamentación de parte de las juezas, y una manifiesta contradicción al admitir la existencia de una atenuante y simultáneamente restarle toda trascendencia, al momento de determinar la pena. El hecho de que sostengan que esa circunstancia ya había sido considerada por las acusadoras cuando solicitaron el máximo de la pena, no las exime de explicar porqué esa atenuante no influyó, aunque sea de un modo menor, en la fijación de la pena a imponer.

A ello debo sumar que dentro de todos los agravantes solicitados por las acusadoras hubo uno que no fue tenido en cuenta: el comportamiento procesal del acusado. A pesar de ello las juezas impusieron el máximo de la pena solicitada.

Es decir que receptaron todas las agravantes a excepción de una, y receptaron también una única atenuante, y a pesar de ello la pena impuesta fue la máxima que legalmente podían imponer. Es evidente que esa atenuante no tuvo ninguna consecuencia real y concreta en la fijación de la pena. De lo contrario ¿Qué pena le hubieran impuesto si hubieran receptado todas las agravantes sin excepción y ninguna de las atenuantes? La única respuesta posible es la pena de 15 años. Ello es prueba de que esa pena no se condice con el análisis efectuado por las juezas en relación a la agravante que no tuvieron en cuenta, y a la atenuante que sí consideraron a favor del acusado. La pena en definitiva no puede ser de 15 años de prisión.

En función de todo ello corresponde revocar parcialmente la sentencia de pena dictada en contra de E..... R..... A....., solo respecto de la falta de fundamentación existente en



relación a la valoración de la atenuante identificada como “falta de antecedentes penales”, debiendo confirmarse el resto de la sentencia impugnada.

Tal es mi voto.

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

El **Dr. Federico 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 continuado, agravado por el vínculo y por la convivencia preexistente con una menor de edad en calidad de autor (Art. 119 párrafos 1, 3 y 4 inc. b y f 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, el que en el presente caso sólo 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 resolver 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 en el que la víctima es una menor de edad, y habilitar una nueva instancia de juzgamiento necesariamente implicaría reiterar una situación de estrés, ansiedad y nerviosismo para la niña víctima, la que puede perfectamente ser evitada y así ahorrar angustia a la niña y su familia.

La pena a imponer ahora, luego de revocar parcialmente la sentencia de pena, sigue teniendo un mínimo de 8 años de prisión y un máximo de 15 años. Resulta importante aclarar que no corresponde considerar agravantes o atenuantes que no hubieran sido tenidos en cuenta por las partes y debatidos a lo largo del juicio.

Corresponde ahora analizar cuál es la pena que corresponde imponer teniendo en cuenta la atenuante "falta de antecedentes" que fue solicitada por la defensa, y tenida en cuenta tanto por las acusadoras como por las juezas, a pesar de que -al momento de fijar la pena- ningún valor real se le otorgó.



Ha quedado suficientemente claro que A.... fue condenado por el delito de abuso sexual con acceso carnal continuado, agravado por el vínculo y por la convivencia preexistente con una menor de edad en calidad de autor (Art. 119 párrafos 1, 3 y 4 inc. b y f del CP), y que las agravantes tenidas en cuenta fueron la duración de los hechos reprochados como delito continuado, el contexto de vulnerabilidad de la víctima, referido a la edad de la niña y en particular a la diferencia de edad con el acusado, la violencia de género en el que las conductas se desplegaron, el aprovechamiento de la relación asimétrica, la extensión del daño causado que incluyó el daño causado por el embarazo y sus consecuencias, la situación de desarraigo ya descripta, la extensa intervención estatal a la que se vio sometida la niña, las posibilidades de su vida futura y sus proyecciones; y como atenuante la falta de antecedentes penales del acusado.

En función de estas consideraciones, y teniendo en cuenta como atenuante la falta de antecedentes penales, considero que ésta admite una reducción en seis meses 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 14 años y 6 meses de prisión de cumplimiento efectivo, inhabilitación absoluta por igual período de tiempo y demás accesorias legales.

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

El **Dr. Federico 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. Liliana Deiub**, manifestó: Adhiero a lo manifestado en el voto del señor Vocal preopinante.

El Dr. Federico 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 **E.... R..... A.....** (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 “falta de antecedentes penales” del acusado al momento de individualizar la pena que correspondía imponer, confirmando el resto de la sentencia de pena dictada en contra de **E.... R..... A.....** (Arts. 246 CPP).

3. IMPONER A E..... R..... A..... la pena de **CATORCE (14) 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 continuado, agravado, por el vínculo y por haber sido cometido contra una menor de edad**, cometido en perjuicio de su hija **V..... A.....**(Arts. 119 párrafos 1, 3 y 4 incs. b y f del CP, y 246 in fine del CPP).

4. Sin costas en esta instancias (268 CPP).



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

6. **Regístrese** y notifíquese por medio de la Oficina Judicial y, oportunamente, **ARCHÍVESE**.