



**SENTENCIA N° sesenta y tres /2022.** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintiocho días del mes de septiembre del año dos mil veintidós, se reúne esta Sala del **Tribunal de Impugnación Provincial**, integrada por la Señora Magistrada Liliana Deiub y los Señores Magistrados Richard Trincheri y Andrés Repetto, presidida por la primera nombrada, para dictar sentencia en instancia de Impugnación en el **Legajo Nro. 34.700/21**, del Registro de la ciudad de Zapala, caratulado "**N.N. S/ Abuso sexual**", en la que se juzgó a **D. A. H.**, de nacionalidad argentina, DNI Nro. ..., jornalero, con domicilio en el paraje ....., Departamento Aluminé, provincia del Neuquén, quien llegó a esta instancia condenado por haber sido considerado autor penalmente responsable del delito de **abuso sexual con acceso carnal** (Art.119 primer y tercer párrafo y 45 del CP), imponiéndosele la pena de **diez años de prisión de efectivo cumplimiento** y las **costas del proceso**.

En la audiencia de impugnación intervinieron por la Fiscalía Marcelo Jofré, por la querrela Natalia Díaz y por la defensa de D. A. H. Fredy Morate y Jorge Oscar Gorordo.

**ANTECEDENTES:**

I. El Tribunal de juicio integrado por el Juez Leandro Nieves y las Juezas Leticia Lorenzo y Bibiana Ojeda, el día 16 de mayo del año 2022 resolvió, en lo que aquí interesa, *"...1. Declarar autor penalmente responsable a D. A. H., argentino, DNI ..., de demás datos existentes en el legajo por el delito de abuso sexual con acceso carnal (Arts. 119 primer y tercer párrafo y 45 del Código Penal..."*.

Como consecuencia de dicha sentencia las juezas Leticia Lorenzo y Bibiana Ojeda, y el juez Maximiliano Bagnat, dictaron sentencia de pena el 4 de agosto del año 2022, en la que resolvieron *"...1) Imponer a D. A. H., argentino, DNI ..., de demás datos consignados en el Legajo, la pena de 10 años de cumplimiento efectivo, por el delito que fuera declarada autora penalmente responsable, según la declaración de responsabilidad que forma parte de la presente sentencia, esto es abuso sexual con acceso carnal (Arts. 119 primer y tercer párrafo y 45 del Código Penal, con más las costas del proceso Art. 268 y 270 del Código Procesal Penal..."*.

## **II. IMPUGNACIÓN DE LA DEFENSA:**

Los defensores de confianza del condenado interpusieron recurso de impugnación en contra de la sentencia que declaró la responsabilidad penal de D. A. H. por el delito ya indicado, y contra la sentencia que le impuso la pena de diez años de prisión de efectivo cumplimiento.

### **Agravios:**

Los defensores afirmaron que la decisión que impugnan causa un gravamen irreparable a su asistido en razón de que ellos postularon se declare la responsabilidad penal de su pupilo en los términos del art. 120 del CP, y el tribunal de juicio desoyó su petición y lo condenó como responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (Arts. 119 primer y tercer párrafo y 45 del Código Penal), en función de lo cual le impuso la pena de diez años de prisión, como ya se indicó.

La defensa esgrimió dos agravios. El primero se refiere a la errónea calificación de los hechos imputados a su pupilo, los que a su modo de ver debieron ser tipificados bajo la figura legal del estupro.

Al respecto afirmaron que existió una relación consentida entre la menor y el acusado, la que se habría prolongado hasta que la madre de la niña se enteró de que estaba embarazada.

A criterio de la defensa *"...lo que debería haber sido enrostrado a H. tendría que haber sido el hecho de aprovecharse indebidamente de la inmadurez sexual de la víctima. En este sentido, la única prueba que el Tribunal considera para condenar a nuestro asistido por esta conducta, es el testimonio de la víctima y lo que tres testigos refieren que ella les dijo, más no existen otros elementos coadyuvantes o periféricos que hagan pensar en que el consentimiento de PCP no fue otorgado libremente..."*.

Consideraron que el tribunal de juicio cometió un error al condenar a su pupilo por el delito de abuso sexual con acceso carnal "...basándose únicamente en la declaración de la víctima, sin tener en cuenta las limitaciones en la exposición de la niña que impidieron aportar elementos suficientes para acreditar la hipótesis acusatoria y sin considerar los numerosos antecedentes existentes en nuestra Provincia...", citando el precedente "A.E.R. S/ Abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo" (Leg. 57.156/15, Sentencia 18/2017 del 10/03/2017).

Insistieron en que "...las únicas pruebas que el Tribunal toma para condenar a H., son los testimonios de PCP, de su madre (sobre el que volveré más abajo), de Leonardo Darago y de Julia Comparada, más no existen otros elementos de constatación de los hechos propuestos por la fiscalía. Los últimos dos, no aportan prueba directa, sino que transmiten el relato de los hechos según la víctima...".

Agregaron luego que "...la declaración prestada por Leonardo Darago, es necesario expresar que el profesional refiere que tuvo 3 entrevistas de manera ocasional, refiere que es convocado a instancias de otro profesional y expresa que en una de las entrevistas, PCP le comenta que "un día del mes de mayo iba camino a visitar una familiar de ella y que en el transcurso de ese camino se encuentra con H., comienza a acercarse a ella y en un momento me acuerdo claramente que este Sr. le dice "Te voy a hacer un Hijo', es ahí donde ella relata que el SR.

*H. le saca la ropa quedando el relato inconcluso, un poco por la angustia". Dicho testimonio no es congruente con el relato de la víctima, ya que no menciona que H. le bajó el pantalón en forma violenta, ni que la tomara de las manos en forma violenta, por lo que sostenemos que el relato de la víctima a los distintos interlocutores no es persistente. Es decir que ante distintas personas, la menor relata distintas circunstancias. No existe unicidad en el relato..."*

*Insistieron en que "...el tribunal en forma arbitraria consideró probada la ausencia de consentimiento basándose en el relato de la víctima y en el testimonio de tres testigos indirectos, elementos que consideramos insuficientes para sostener esa teoría y hacer caer la presunción de inocencia de la cual goza el Sr. H..."*

*Consideraron que no se acreditó la existencia de violencia física en el acceso carnal. Al respecto dijeron que "...si hay ausencia de consentimiento hay abuso, y si hay abuso necesariamente debe existir algún tipo de violencia, ya sea física o psicológica y de ninguna manera ha sido probada por la parte acusadora la existencia de la misma. No hay prueba periférica como lo pudo haber sido una Pericia Ginecológica o Pericia Médica que acredite evidencia de la violencia física supuestamente ejercida por H., como tampoco en ningún momento se solicitó una Pericia Psiquiátrica a nuestro asistido, lo que hubiera*

*podido determinar si es una persona que presenta rasgos psicopáticos, carácter violento, manipulador y que hubiera determinado características compatibles con las de un abusador. Nada de lo anteriormente expuesto fue aportado por la parte acusadora en el transcurso del debate oral...”.*

En función de todo ello concluyeron:  
*“...Creemos que es evidente la orfandad probatoria existente para pretender encuadrar la conducta del Sr. H. en lo establecido en el Art. 119, primer y tercer párrafo, motivo por el cual solicitamos a vuestro excelentísimo tribunal, que se revoque la sentencia dictada por el tribunal de juicio, y se condene a nuestro asistido por el delito previsto en el Art. 120 del Código Penal y que teniendo en cuenta su falta de antecedentes penales, su edad, su falta de educación, su lamentable condición socioeconómica y por ser padre de tres bebés de uno, dos y tres años y se le aplique el mínimo de la pena prevista para dicho delito...”.*

El segundo agravio se refiere a la pena impuesta. La defensa sostuvo que, a su modo de ver, el tribunal de juicio realizó un análisis arbitrario de las pautas agravantes, las que se sustentaron en hechos que no fueron probados durante el juicio.

Consideraron que *“...no quedó evidenciado en el debate por medio de algún elemento de prueba, que el Sr. H. haya ejercido algún tipo de violencia, tanto física como psicológica sobre la víctima. Debemos mencionar que la condena de*

*culpabilidad se sostuvo en base a la ausencia de consentimiento que el tribunal dio por acreditado, fundado en el relato de la víctima, sin prueba periférica alguna que así lo acredite...”, reiterando argumentos sostenidos en el primer agravio.*

Consideraron que el agravante relativo a la asimetría de poder, a la que hizo referencia el tribunal de juicio, forma parte de los elementos del tipo penal por el que fue condenado, en razón de lo cual no corresponde su consideración.

Respecto de la agravante referida a la extensión del daño, dijeron que, a su criterio, *“...no existe un daño que pueda persistir en el tiempo, por cuanto si bien es cierto que el hecho de ser madre a tan temprana edad ocasiona un cambio de vida, de ninguna manera podemos decir que la crianza de un hijo es un daño extensivo. Máxime teniendo en cuenta que la menor pudo terminar sus estudios secundarios, como así también es de resaltar que no se encuentra afectada por lesiones físicas ni psicológicas, siempre que no se han practicado una pericia o informe médico que demuestre lo contrario...”*.

En relación a los atenuantes se quejaron de que el tribunal considerara como un elemento neutro la falta de educación del acusado, a pesar de encontrarse expresamente prevista en el art. 41 del CP.

Dijeron que *“...el tribunal desestimo las circunstancias alegadas por esta defensa vinculadas con la carencia de educación y a las condiciones personales en general del Sr. H....., ,*

sosteniendo que no tienen impacto en relación al hecho por el que se lo juzgó, por lo que ésta falta de consideración para con el texto de la norma agravia a esta defensa. D. H., como lo hemos mencionado anteriormente, es un joven integrante de una comunidad Mapuche, desocupado (Realiza en forma ocasional tareas de trashumancia), analfabeto funcional, con una integración social muy limitada, reside en una casilla de madera en condiciones de indigencia, único sostén de familia, padre de tres hijos menores. Datos que fueron acreditados por la Lic. Silvina Dalesson. Trabajadora social del equipo interdisciplinario del Ministerio Público de la Defensa, por lo tanto, consideramos que debe tenerse en consideración esta segunda circunstancia atenuante presentada oportunamente y fuera desestimada por el tribunal de juicio por ser considerada como "ATENUANTE NEUTRO", palabras textuales de la Dra. LORENZO...".

Por ello solicitaron que se revoque la pena impuesta de 10 años de prisión de cumplimiento efectivo y que, ejerciendo competencia positiva, este Tribunal le aplique el mínimo de la pena establecido para el delito por el que fue condenado por el tribunal de juicio, que es de seis años de prisión. No solicitaron la imposición de la pena mínima prevista para el delito de estupro, tipo penal que solicitaron se aplique al presente caso.

**III.** En atención 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 contra la sentencia impugnada, los cuales a mayor abundamiento se encuentran disponibles en los soportes audiovisuales respectivos.

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 los Jueces debían observar el siguiente orden de votación: En primer término el **Dr. Andrés Repetto**, en segundo lugar el **Dr. Richard Trincheri** y finalmente la **Dra. Liliana Deiub**.

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

**VOTACIÓN:**

**PRIMERA CUESTIÓN:** El juez **Andrés Repetto** dijo: En lo que respecta a la admisibilidad formal de la impugnación presentada por la defensa se advierte que la vía recursiva intentada satisface las exigencias legales, 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 declaró a D. A. H. autor penalmente responsable del delito de **abuso sexual con acceso carnal** (Art. 119 primer y tercer párrafo y 45 del CP), y en contra de la sentencia por la que se le impuso la pena de **diez años de prisión de efectivo cumplimiento y costas del proceso.**

La fiscalía y la querrela, a su turno, no opusieron reparo alguno sobre la viabilidad formal de la impugnación intentada.

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).

El Juez **Richard Trinchero** manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La Jueza **Liliana Deiub** expresó: Por compartir lo resuelto, adhiero a los fundamentos expuestos en el primer voto.

**SEGUNDA CUESTIÓN:** El juez **Andrés Repetto** dijo:

a) La defensa en su presentación oral durante la audiencia del art. 245 del CPP reiteró los agravios previamente presentados por escrito, a excepción de algunos de los fundamentos expuestos relativos a la pena impuesta al acusado.

Respecto del primero de los agravios sostuvieron que el tribunal de juicio desestimó la teoría jurídica planteada por esa defensa y consideraron que la conducta del acusado no debía encuadrarse en el art. 120 del CP, es decir en el tipo penal de *abuso sexual por el aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima*.

A su modo de ver se hizo una incorrecta valoración de la prueba. Consideraron que la misma no alcanza para superar el estándar requerido para acreditar la autoría reprochada, conforme el encuadre jurídico sostenido por la acusación, ello en razón de que toda la prueba se sustenta únicamente en el testimonio de la víctima, y en el de tres testigos indirectos.

Dijeron que el acusado negó los hechos tal como fueron reprochados. Afirmaron que éste reconoció haber mantenido relaciones sexuales con la niña víctima, pero por mutuo consentimiento.

La defensa sostuvo que durante el juicio la niña declaró muy nerviosa, que al principio no pudo hacerlo por lo que se dispuso un cuarto intermedio, y que finalmente expuso un relato inconsistente. Agregaron que a grandes rasgos comentó que el acusado la atacó, que la había querido usar, sin perjuicio de lo cual el relato no fue muy completo ni esclarecedor.

Refirieron que luego declaró una asistente social, Julia Comparada, que intervino luego de la derivación del médico que constató el embarazo. Dijeron que la menor le contó que había

sido víctima de un abuso, que el acusado en el momento le dijo que *"...le iba a hacer un hijo..."*, y consideraron que tampoco se trató de un relato muy claro debido a la situación de la menor, sin aclarar en qué aspecto no fue claro.

Mencionaron que luego declaró el Lic. Darago, psicólogo y compañero de la Lic. Comparada, quien también sostuvo que la menor le contó que fue abusada, que el acusado le dijo que *"...le iba a hacer un hijo..."*, a pesar de lo cual la defensa lo consideró un relato inconcluso, el que no lo pudo desarrollar ampliamente, sin aclarar tampoco a qué aspectos del relato se refería.

Sostuvieron que luego declaró la madre de la menor, R. L., quien dijo que se enteró del embarazo cuando cursaba el octavo mes, aclarando que el hecho se produjo el 16 de mayo y que ella se enteró en el mes de diciembre cuando la llevó a un control médico.

Dijeron que la madre también aclaró que el acusado se presentó en su domicilio y reconoció ser el padre del bebé, ofreciendo hacerse cargo de la manutención del niño. Además que ella se enteró por terceros que supuestamente el acusado mantenía una relación con su hija. Agregó que no notó en ella ninguna lesión.

Mencionaron también el testimonio de N. L., esposa del acusado, quien dijo que ella sabía que entre su pareja y la niña víctima había una relación. Los defensores se quejaron de que ese testimonio fue desestimado por el tribunal.

Reiteraron que la sentencia solo se basó en el testimonio de la menor, a partir de lo cual dio por acreditada la falta de consentimiento de la víctima. Para el tribunal hubo una corroboración externa de la madre de la niña, de la Lic. Comparada y del Lic. Darago. Para los defensores, sin embargo, esos testimonios no son prueba de corroboración externa de los hechos, por lo que -a su modo de ver- la calificación legal fue errónea.

Insistieron en que no fue tenido en cuenta el precedente "Zambrano" de marzo de 2014, el que, según afirmaron, fijó el criterio que debe seguirse para sostener una condena a partir del testimonio único de la menor víctima. Sostuvieron que conforme dicho fallo el relato debe ser persistente frente a diferentes interlocutores, y debe ser validado a través de exámenes médicos y de evaluaciones diagnósticas. Agregaron que la coherencia externa del relato debe estar apoyada por elementos de corroboración periféricas, los que en este caso, a su modo de ver, no existieron. Dijeron que las limitaciones en el testimonio de la niña impidieron acreditar dichos elementos.

Consideraron que cuando hay ausencia de consentimiento hay abuso, y que si hubo abuso cometido con violencia, como sostuvo la acusación, debió existir algún tipo de prueba física que lo corrobore, lo que a su criterio no fue acreditado en el transcurso del debate.

Sostuvieron que tampoco existió una pericia psicológica o psiquiátrica del acusado, la

que hubiera podido determinar si presentaba rasgos psicopáticos, si es violento o manipulador, o si tiene características compatibles con las de un abusador. Nada de ello fue acreditado, concluyeron.

Afirmaron que tampoco se realizó una pericia ginecológica de la menor, la que hubiera podido determinar algún tipo de herida, como secuela del abuso.

Por todo ello solicitaron que el hecho atribuido sea recalificado como constitutivo del delito previsto en el art. 120 del CP.

Respecto del segundo agravio, relativo a la pena impuesta, sostuvieron que a su criterio hubiera correspondido imponer el mínimo legal, o una pena intermedia entre el mínimo de 6 años y los 10 impuestos, en atención a que en los fundamentos de la sentencia se hizo referencia a circunstancias que para la defensa no se acreditaron.

A su criterio no se probó la extensión del daño aludido, porque en ese caso debió haber existido un plus en el perjuicio causado a la persona, o a su psiquis. Debió existir una pericia psicológica que determine que la niña tuvo consecuencias más graves de las que son tipificadas en el injusto penal. Dijeron que el informe del Lic. Darago, a su criterio, no da cuenta de un daño más extenso del que el legislador prevé en la norma penal.

Sostuvieron que muchas circunstancias de la vida del acusado no fueron siquiera

consideradas, a pesar de encontrarse previstas en el art. 41 del CP.

Solicitaron que en función de todo ello se recalifique la conducta atribuida, y subsidiariamente se disminuya la pena impuesta.

**b)** A su turno el fiscal dijo que la defensa durante el juicio sostuvo -como teoría legal alternativa- la aplicación del tipo penal previsto en el art. 120 del CP, y esta fue tratada, contestada y descartada por el tribunal en la sentencia. A su modo de ver la defensa intenta reeditar lo que ya se discutió en el debate.

Consideró acreditada la falta de consentimiento de parte de la víctima. Refirió que su relato fue extremadamente claro al respecto. Dijo que la defensa tergiversó los dichos de la madre de la menor, la que solo manifestó que se enteró del abuso cuando ya estaba embarazada y que no sabía nada de que hubiera habido una relación previa, y que solo le hicieron comentarios terceras personas.

Remarcó que la víctima dijo "*...no, no quería tener una relación sexual...*", y de hecho no sabía lo que era un abuso sexual. Recordó que la niña les contó a Comparada y a Darago que el acusado le dijo "*...te voy a hacer un hijo...*", y que ella no sabía qué era eso. Aclaró que a su criterio no se trata de una cuestión de ser rico o pobre, educado o no, y que incluso la defensa durante el juicio afirmó que este tipo de conductas eran comunes y estaban aceptadas dentro de la comunidad mapuche, lo que el fiscal negó rotundamente.

Afirmó que la sentencia no es arbitraria ni absurda, y que ello no fue siquiera alegado por la defensa. Dijo que la defensa solo se limitó a sostener que los testimonios no fueron claros, sin siquiera mencionar en qué consistía esa falta de claridad.

Respecto de la jurisprudencia citada por la defensa, dijo que debe considerarse el fallo "Torres" del TSJ, el que determina que el testimonio de un menor puede ser utilizado como prueba única para acreditar los hechos reprochados, cuando existe prueba periférica que lo corrobore, como en el caso de autos. Agregó que la propia víctima refirió a la violencia física y su relato se mantuvo a lo largo del tiempo.

Con respecto al segundo agravio consideró que existe una contradicción evidente en el planteo de la defensa, porque por un lado solicitan el cambio de calificación legal, y por el otro la reducción de la pena respecto de la calificación escogida por el tribunal.

Sostuvo que los jueces tomaron como agravantes la profundización de la violencia de género, la diferencia de edad entre el autor y la víctima, la situación familiar entre la víctima y el acusado, y respecto de la extensión del daño el embarazo y el nacimiento del niño.

A su criterio la defensa no aportó argumentos que justifiquen disminuir la pena impuesta al acusado. Consideró además que la condición

sociocultural del acusado no justifica su consideración para disminuir la pena.

Por todo ello solicito que se rechace la impugnación y se confirme la sentencia dictada en todos sus términos.

**c)** A su turno la Querrela institucional adhirió a lo expresado por el fiscal. Sostuvo que, a su criterio, la defensa no trajo un agravio concreto respecto de la forma en que la sentencia afecta al acusado. Afirmó que hablan de arbitrariedad en la valoración de la prueba y simultáneamente reconocen que la menor refirió a la violencia que sufrió, y que su relato se condice con lo que le contó a la Lic. Comparada y al psicólogo Darago, quienes confirmaron los dichos de la niña.

Refirió que en el juicio se presentó una prueba directa, que es el testimonio de la menor, y pruebas periféricas que corroboraron lo que dijo la niña. Concretamente el relato de la madre, de un psicólogo del hospital y de una trabajadora social.

A su criterio no es necesaria la existencia de lesiones en la víctima para acreditar la falta de consentimiento.

Respecto del segundo agravio dijo que la defensa se quejó de que no existe una pericia psicológica que acredite un daño a la psiquis que justifique la pena impuesta, cuando en realidad en la sentencia se tuvo como extensión del daño el hecho de que la menor tuvo que enfrentar un embarazo sin haber podido elegir ello, lo que implica un cambio rotundo en su vida, viéndose obligada a la maternidad no

buscada. Dijo que ella no eligió gestar al niño y tener que asumir la obligación de criarlo.

Respecto de la atenuante que dicen los defensores que no fue tenido en cuenta, el contexto de vulnerabilidad del acusado, los jueces dijeron que lo consideran neutro porque es el mismo contexto en el que se encontraba la víctima, siendo miembros ambos de la misma comunidad.

Consideró que no hay ninguna fisura en ambas sentencias, por lo que solicitó que sean confirmadas.

**d)** En su réplica la defensa dijo que, a su criterio, no existe ninguna prueba de la violencia alegada en la consumación del abuso, y que los dichos de los testigos solo repiten lo que escucharon de la menor.

**e)** Habiendo quedado en claro cuáles son los agravios de la defensa, y cuáles son los argumentos de las partes, en favor y en contra de la sentencia, corresponde ahora resolver el fondo de la cuestión planteada.

Debo iniciar el análisis de procedencia o no de los agravios señalados, refiriendo que la defensa optó por no mantener en esta instancia todos los argumentos en los que sostuvo el agravio relativo a la pena impuesta, manteniendo únicamente aquel que se refiere a que no se habría acreditado la extensión del daño, en razón de no haberse realizado una pericia psicológica que diera cuenta de un daño permanente en la víctima.

Aclarado este punto, debo dar cuenta de que el Tribunal de Impugnación Provincial constituye el órgano jurisdiccional con función de practicar una revisión integral de la sentencia de grado. En tal sentido la jurisprudencia local estableció que en la labor revisora el Tribunal de Impugnación Provincial 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..." (in re: 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**").

f) Ingresando al tratamiento del **primer agravio** debo decir que la defensa no cuestionó el hecho de que el acusado mantuvo relaciones sexuales con la menor de autos, más allá de que esa circunstancia quedó de todos modos acreditada en razón de que la niña quedó embarazada y se acreditó que el padre biológico del bebé es el acusado, ello a partir de una prueba de histocompatibilidad genética. Además R. L., madre de la niña, dijo que el acusado se presentó en su domicilio reconociendo la paternidad del bebé y ofreciendo hacerse cargo de su manutención. En función de todo ello es que no fue cuestionado por la defensa que el acusado accedió carnalmente a la menor.

Lo que la defensa sí cuestionó es que, a su criterio, el tipo penal enrostrado (abuso sexual con acceso carnal) es incorrecto, toda vez que consideró que no se acreditó debidamente la existencia de "violencia", elemento objetivo que requiere el tipo penal señalado. Textualmente dijeron "*...no existe ninguna prueba de la violencia alegada en la consumación del abuso...*".

En razón de este argumento (falta de prueba de la *violencia* para consumir el delito)

sostuvieron que correspondería aplicar el tipo penal de *estupro*, previsto en el art. 120 del CP, por considerar que en realidad el acceso carnal se produjo en el marco de un aprovechamiento de la inmadurez sexual de la niña.

Para las juezas y el juez que dictaron la sentencia el elemento objetivo del tipo penal sí quedó debidamente acreditado a partir del propio testimonio de la niña, y de los dichos de la trabajadora social Julia Comparada, el Psicólogo Leonardo Darago y la Sra R. L., madre de la víctima.

Sobre este punto en la sentencia se sostuvo: *"...Como prueba contamos con el testimonio directo de PCP, quien relató que el 16 de mayo de 2020 cuando iba a la casa de su madrina, en un sector donde hay pinos se encontró con H. quien la tomó por la fuerza de la mano y la llevó hacia el lugar de los pinos. Que le dijo que la quería abusar, aclarando que ella no sabía lo que era abusar. Después de decirle eso le desabrochó el pantalón, la tiró al suelo, se desabrochó el pantalón él, se lo bajó un poco, se tiró encima de ella y la abusó. Cuando se bajó el pantalón y se tiró encima de ella la terminó de abusar, se subió el pantalón y se fue. No le dijo nada. Ella tampoco dijo nada, estaba con miedo. Señaló que recién contó lo que le había pasado cuando fue al médico y supo que estaba embarazada y que no había dicho nada por miedo a que le volviera a pasar..."*. Es evidente que el testimonio de la niña da cuenta de que no se trató, como afirmó la defensa, de

una relación sexual consentida, sino todo lo contrario. La menor pudo relatar que el acusado la sorprendió en un lugar alejado y solitario, y que allí la tiro al suelo y se tiró encima de ella, accediéndola carnalmente de manera violenta.

El reclamo de que no existe prueba de los dichos de la niña debe ser completamente descartado. El propio tribunal de juicio hizo referencia a la existencia de prueba indirecta de corroboración, al señalar lo siguiente: *"...Como pruebas indirectas que corroboraron lo dicho por PCP recibimos tres testimonios:*

*-El de su madre, la señora R. E. L. que corroboró que cuando su hija le dijo que estaba embarazada le contó también que H. la había agarrado a la fuerza. También señaló que la madre de H. y su hermana N. L. le dijeron que H. tenía una relación con su hija. Sobre este punto volveremos más adelante.*

*-El de la Licenciada Julia Comparada, trabajadora social que interviene junto al Lic. Darago por pedido del médico que detecta el embarazo de PCP. Señala que cuando intervienen PCP estaba con un embarazo de 37 semanas y que les contó algo similar a lo que relató en el juicio: que había salido caminando por un lugar poco transitado, que de repente apareció el Sr. H., que se abalanzó sobre ella y la abusó. Indica que PCP les dijo que H. le dijo "que le iba a hacer un hijo" y que ella no quería. Les indicó que esto había pasado el 16 de mayo de 2020 y que no había tenido relaciones sexuales antes. También indica que PCP les dijo que*

*no había dicho nada por miedo, vergüenza, culpa. Estaba en un estado de angustia cuando lo relataba: voz temblorosa, llanto, diciendo algo con lo que ella no estaba consensuando. No era una relación sexo afectiva aceptada. El estado emocional que ella manifestaba presentaba indicadores de abuso.*

*- El del Licenciado Leonardo Darago, psicólogo que también intervino por solicitud del Dr. Gancedo. Indica que tuvieron una entrevista en que con angustia y pesar PCP les comentó que un día en mes de mayo ella iba camino a visitar a una familiar. En el transcurso de ese camino se encuentra con H. que comienza a acercarse a ella y en un momento le dice "te voy a hacer un hijo". Relata que H. le saca la ropa. El relato queda inconcluso por la angustia, pero se entiende que ahí pasó el acto sexual. Ella no lo pudo explicar ni en ese ni en otro momento. Indica que PCP dejó muy en claro que iba camino a visitar a su pariente y se encontró con esta situación que relataba con mucha angustia...".*

Es llamativo que se afirmé que el testimonio de la niña, acompañado de la declaración de tres personas que la escucharon directamente contar el suceso de la misma manera, en diferentes momentos, no sea suficiente para acreditar el hecho reprochado, máxime cuando es una verdad incuestionable que este tipo de delitos suelen cometerse por sorpresa y fuera de la vista de terceros, ello en razón de las propias circunstancias en las que los abusos normalmente se cometen.

Resulta absolutamente habitual que no existan testigos directos de una violación, ya que no es esperable que los perpetradores busquen cometerla frente a terceros. Siempre ocurren bajo circunstancias en las que la víctima se encuentra sola y desamparada. Es en función de ello que el TSJ

ha establecido una doctrina legal, amplia y habitualmente aplicada, respecto de la validez del testimonio de la víctima de delitos contra la integridad sexual, y los alcances de su valoración. En el precedente **"T., N. s/Violación Reiterada (2 Hechos), Abuso Deshonesto Agravado e Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar en Concurso Real"** (AC. N° 1/1998; doctrina ratificada por el mismo TSJ en "L., A. N. S/Abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente", Exp. 60/10, de fecha 01/03/10 y "G., F. D. s/Abuso Sexual con acceso carnal gravemente ultrajante", Exp. 04/09, de fecha 23/06/11), el Tribunal Superior Justicia resolvió *"...que nada impide la reconstrucción histórica del hecho teniendo como única base el relato de la víctima menor de edad... nada hay de reprochable en construir decisivamente la culpabilidad del imputado, sobre la base del testimonio de la... víctima. Es que esta actitud en absoluto colisiona con los principios generales que rigen la prueba en el proceso penal. En éste sentido, el sistema de enjuiciamiento penal vigente en nuestra provincia, al adscribir al sistema de libertad probatoria, como verdadero axioma que, en una causa criminal, todo se puede probar y por cualquier medio, con lo que, y dejando a salvo las prohibiciones y limitaciones taxativas que la misma ley establece... no se advierte ningún impedimento legal, para basar el juicio de certeza que exige un pronunciamiento condenatorio, aún en la sola versión de quien fuera la víctima del delito, cuando tal versión -a juicio del magistrado-, resulta creíble a la luz de la sana crítica racional..."*. Esta es la doctrina judicial vigente que corresponde aplicar al presente caso.

Por otra parte, la defensa no solo

consideró insuficiente el testimonio de la menor para acreditar los hechos reprochados, sino que además pretende que se desestimen las declaraciones de los testigos que corroboraron ese testimonio, aun cuando la declaración de la menor se repitió de la misma manera, ante diferentes interlocutores y en diferentes momentos. A contrario de lo que sostiene la defensa, la persistencia del relato es un indicador a tener especialmente en cuenta al momento de valorar el testimonio de la víctima del delito, particularmente cuando estamos frente a una niña.

De cualquier manera, debo remarcar que la sentencia impugnada también cumple con las exigencias del precedente "Zambrano" -mencionado por la defensa-, ya que, como dije, el testimonio de la víctima menor de edad fue persistente en el tiempo y reiterado frente a diferentes interlocutores, y además de validado a través de un examen de ADN, en el que se acreditó que el acusado es el padre biológico del niño que dio a luz la víctima de autos.

La defensa también sostuvo de manera tácita que la menor faltó a la verdad (sin decir explícitamente que mintió), al afirmar que entre el acusado y la niña existía una relación afectiva previa, y que el encuentro sexual "consentido" fue producto de esa relación, la que no fue reconocida por la víctima en su declaración.

En apoyo de su tesis, los defensores sostuvieron que existían cartas de amor entre la niña y el acusado, y mensajes de texto que acreditarían esa circunstancia. Para sostener ello ofrecieron como testigo a la pareja del acusado. Esa testigo dijo haber visto esas cartas y mensajes, a pesar de lo cual ninguna prueba de su existencia fue presentada para corroborar esa tesis. Las cartas supuestamente las habría quemado la testigo, y los mensajes se borraron al cambiar de teléfono.

Además de ello los defensores no dieron ninguna explicación plausible de porqué razón la niña víctima pudo haber mentido respecto de la existencia de un delito tan grave, inculpando a quien -según ellos- sería objeto de su afecto, siendo que conforme la propia defensa el embarazo fue como consecuencia de una relación consentida. Es más, según la testigo N. L., esposa del acusado, la menor se habría burlado de ella cuando ésta le pidió que dejara de ver a su compañero, lo que daría cuenta de que la niña estaba dispuesta a enfrentar a la esposa de su amante para mantener esa relación afectiva.

No solo aparece como irrazonable ese planteo, sino que incluso suena contradictorio el hecho de que una niña que mantiene una relación consentida con el acusado, y como consecuencia de ella queda embarazada de él, luego lo denuncie por ser el autor de una violación, sin que exista una mínima explicación que justifique por qué la menor buscaría perjudicar a la persona destinataria de su afecto. Nada se intentó explicar, solo se dijo que existió una relación sexual consentida y que luego, inexplicablemente, la niña lo denunció por haberla violado.

No hace falta aclarar o explicar que el acusado nada tiene que probar en su favor, y que no está obligado a producir prueba de descargo, y que si decide no hacerlo ello bajo ninguna circunstancia puede ser interpretado como un reconocimiento de responsabilidad. Sin embargo esto no exime a la defensa de dar alguna mínima explicación plausible sobre la teoría que decidió presentar en el juicio ante el tribunal, como explicación de la conducta de su asistido, especialmente cuando su afirmación no se condice en

lo absoluto con un mínimo de sentido común. Si la joven mantenía una relación consentida con el acusado, al punto de haber enfrentado a la esposa de éste, burlándose de ella y afirmando con ello que no pensaba terminar "su relación" con H. (conforme el relato de la defensa), es ilógico que luego lo denuncie por la comisión de un delito tan grave como el de violación, cuando producto de "esa relación consentida" quedó embarazada de la persona con la que supuestamente ella quería estar.

Esta falta de credibilidad en la tesis de la defensa fue resaltada también en la sentencia. Allí se sostuvo que *"...con relación a la versión indicada por el Sr. H. en sentido que PCP era quien lo buscaba y prácticamente lo obligaba a estar con ella, resulta muy poco creíble. Ello por varias circunstancias:*

*-Pudimos ver a PCP declarar y observamos la dificultad enorme que tuvo para poder articular su relato. Se la vio como una persona tímida e introvertida, a la que resulta muy costoso imaginar obligando con 15 años a un hombre de más de 30 a una situación sexual.*

*-Esta observación directa que tuvimos como tribunal es compatible con las características de PCP que presentaron tanto la Lic. Comparada como el Lic. Darago en sus respectivas declaraciones.*

*Algo similar ocurre con la declaración que presenta la pareja del Sr. H., la Sra. N. L.: aun cuando asumamos como cierto que quemó los mensajes que señala que PCP le enviaba a H., se mencionaron también mensajes telefónicos que no fueron presentados como corroboración de la afirmación "tenían una relación". La defensa técnica indicó en su alegato de clausura que esto se debe a que H. cambió*

de teléfono y perdió los mensajes; aun así podría haberse obtenido algún registro de tráfico de llamadas que permitiera cotejar si existió alguna vez ese intercambio de mensajes entre ambas personas. Y nada de eso se presentó. Se trata, en definitiva, de la palabra en soledad de la pareja del acusado quien, como señalamos, aun sin ánimo de faltar a la verdad tiene una comprensible posición en sentido de favorecer la situación del Sr. H.

Pero lo más relevante respecto de este punto controvertido es la palabra de PCP. Ella claramente indicó ante el tribunal que no quiso ser penetrada vaginalmente. Aún sin poder relatar el abuso sí describió la secuencia previa ese día: que la tomó de la mano con fuerza, que le desabrochó el pantalón, que la tiró al piso. Todas descripciones que no tienen ninguna posibilidad de correspondencia con una relación sexual consentida.

Esto mismo se lo dijo a su madre, se lo dijo a la trabajadora social y al psicólogo que la entrevistaron. El psicólogo describió la angustia con la que relató lo sucedido (angustia observada también por el tribunal, dado que dos veces se detuvo la declaración para darle el tiempo y espacio para poder contar lo que le pasó). En el mismo sentido declaró la trabajadora social.

La circunstancia concreta que se discute no deja lugar a dudas sobre la inexistencia del consentimiento de parte de PCP. Y a ello se suma la cuestión contextual: PCP también indicó que no había tenido relaciones sexuales previas. Dijo que no sabía qué le decía H..... cuando le dijo "te voy a

*abusar". Esas circunstancias sólo refuerzan la conclusión del tribunal en sentido que no existió ningún tipo de consentimiento de parte de PCP ante la penetración que sufrió de parte de H....".*

La sentencia ahondó en profundidad sobre el planteo de la defensa y descartó por completo sus explicaciones con fundamentos que se ajustan completamente a las pruebas producidas en el juicio.

El hecho de que no se hayan acreditado en el debate lesiones físicas en la víctima, ocho meses después de que la violación se consumó, no implica que ésta no haya existido.

El ejercicio de actos de fuerza o violencia sobre la víctima no necesariamente conlleva a la producción de lesiones, como condición *sine qua non* de comisión del delito bajo esas circunstancias típicas. El autor puede haberla accedido carnalmente de manera violenta, obligándola a tirarse al suelo, a desabrocharse el pantalón y a bajárselo sin que ello necesariamente implique que ese proceder debió necesariamente dejarle marcas o lesiones constatables. Además, como ya sostuve, la víctima relató que el abuso al que fue sometida ocurrió muchos meses antes de su denuncia, cuando se enteró que estaba embarazada, lo que explica por qué no se intentó siquiera verificar si tenía o no lesiones de aquel episodio ocurrido muchos meses antes. De ello se concluye que la no existencia de lesiones en el caso de autos no resulta ser una prueba o indicio concluyente de que no existió el acceso violento que

denunció la víctima, como pretende sostener la defensa.

A diferencia de ello, el testimonio de la víctima, sostenido a lo largo del tiempo frente a diferentes interlocutores, sí acredita las circunstancias en las que el abuso se cometió. No existe duda alguna de que el relato de la niña puede y debe ser considerado prueba esencial de los hechos juzgados, y corresponde valorarlo en toda su dimensión para acreditar el modo en el que el delito se cometió. Afirmar que no se acreditó la violencia porque la sentencia se sustenta "solamente" en el testimonio de la menor y de tres personas que corroboraron sus dichos es objetivamente un error de interpretación respecto del alcance del testimonio de cualquier víctima en el marco de un proceso penal.

Descartada así la tesis conforme la cual se pretende afirmar que el acceso carnal del acusado a la víctima tuvo la anuencia de ésta, debe descartarse la aplicación del tipo penal del art. 120 propuesto por la defensa.

Como se sostuvo en la sentencia, sí se acreditó el acceso carnal violento, y por ello corresponde encuadrar la conducta endilgada en las disposiciones del art. 119 1er y 3er párrafo del CP.

Por todo ello concluyo que debe desestimarse el primero de los agravios señalados por la defensa y confirmar la sentencia de responsabilidad en todos sus términos.

En lo que respecta al **segundo agravio**, debo decir que la sentencia fundó adecuadamente todas

y cada una de las agravantes tenidas en cuenta para determinar la pena impuesta.

Conforme lo expuesto por la defensa en la audiencia de impugnación, a su criterio correspondería revocar la pena impuesta y en su lugar debería este Tribunal imponer de manera directa y sin reenvío una pena menor en razón de que no se habría acreditado la extensión de un daño extraordinario que justifique una pena como la impuesta.

Consideraron que debió existir un plus en el daño de la persona, o de la psiquis de la víctima, para justificar una pena superior al mínimo legal. A su criterio el informe del Lic. Darago no dio cuenta de un daño más extenso del que el legislador prevé en la norma penal.

A mi modo de ver la defensa yerra en su argumentación, en razón de que en la sentencia no se valoró la existencia de daño alguno en el cuerpo o en la psiquis de la niña. Lo que se valoró como *extensión del daño* fueron las consecuencias objetivas que el embarazo no deseado causó en la vida de la menor.

En la sentencia se sostuvo que *"...dentro de la **extensión del daño** presente en el caso, encontramos dos circunstancias puntuales que por el contexto y el conocimiento que el Sr. H. tenía con relación a la víctima no podían ser desconocidas y/o previstas por él:*

*a. **La situación del embarazo y nacimiento del niño.** Aun cuando la víctima haya decidido continuar el embarazo en forma voluntaria, el*

*tribunal no puede perder de vista que ese embarazo es la consecuencia de una agresión sexual. No se trata de una decisión voluntaria a partir de un acto deseado, de una búsqueda. Se trata de una decisión que PCP se ve obligada a tomar en razón del ataque del que fue víctima.*

*b. **La repercusión del maternaje** en una adolescente y hacia el futuro. Pese a los argumentos presentados por la defensa, encontramos acreditado el cambio de vida que significó maternar para la víctima. Concretamente la directora del CPEM en que culminó sus estudios indicó el problema de asistencia que tuvo, la necesidad de desplegar estrategias para que retornara a las clases y se recibiera, cómo recién se reincorporó en el tercer trimestre cuando supo que podía llevar a su bebé porque otra compañera estaba en la misma situación. La necesidad de contar con apoyos para continuar con su vida y a la vez ejercer un maternaje que, aunque en este momento sea querido, no fue buscado ni deseado es una circunstancia concreta que debe considerarse en este caso. Y es una circunstancia que el acusado no puede desconocer en función a que conocía la situación de PCP por su relación familiar...".*

La sentencia fundó adecuadamente los extremos valorados para considerar como agravantes las circunstancias señaladas. Es obvio que un embarazo importa un cambio rotundo en el plan de vida de una mujer, y ello implica un perjuicio cuando ese cambio se produce como consecuencia de un embarazo

producto de una violación, el que se ahonda aún más cuando la víctima es una niña.

Por otra parte, el hecho de que la menor hubiera decidido continuar el curso de su embarazo no borra los efectos y las consecuencias de tener que afrontar una maternidad no buscada, debiendo además afrontar la responsabilidad de la maternidad a una edad absolutamente inconveniente.

El resto de los argumentos expuestos en el escrito de impugnación, relativos a la pena impuesta, no fueron sostenidos en la audiencia ante este Tribunal de Impugnación, por lo que no correspondería su tratamiento. Sin perjuicio de ello debe decir que las circunstancias vinculadas al aspecto socio-cultural del acusado fueron correctamente valoradas en la sentencia.

En ella se sostuvo que *"...las circunstancias vinculadas con la edad, la composición familiar, la situación socioeducativa del acusado nos resultan neutras para valorar la pena a imponer en este caso en función a dos razones:*

*-El contexto de vulnerabilidad socio económica que se presentó a través del testimonio de la Lic. Dalesson no es una situación exclusiva del Sr. H. sino que hemos podido observar carencias similares con relación a la víctima.*

*-Las circunstancias alegadas por la defensa vinculadas con la carencia de educación del Sr. H. no tienen impacto en relación al hecho por el que se lo juzgó...".*

Las circunstancias personales del acusado enunciadas en el art. 41 del CP deben ser valoradas y consideradas al momento de imponer la pena en la medida en que esas circunstancias sean aspectos relevantes de la conducta reprochada. Por ejemplo, quien comete un robo en el marco de un contexto socio económico marcado por la dificultad de ganarse el sustento, en función de su escasa educación y preparación profesional, deberá responder considerando esa circunstancia como un atenuante. A la inversa, el profesional que abusando de sus conocimientos académicos comete una estafa podrá responder penalmente considerando esa circunstancia socio educativa como una agravante. En el caso de autos el hecho de que el acusado tenga mayor o menor nivel socio educativo en nada se relaciona con el reproche penal por el injusto cometido.

En razón de los argumentos expuestos considero que tampoco se acreditó el segundo de los agravios, por lo que corresponde confirmar la sentencia de pena.

En función de todo ello deben desestimarse la totalidad de los agravios, correspondiendo en consecuencia confirmar ambas sentencias en todos sus términos.

Tal es mi voto.

El **Juez Richard Trincheri** manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La **Jueza Liliana Deiub**, expresó: Por compartir lo resuelto, adhiero a los fundamentos expuestos en el primer voto.

**TERCERA CUESTIÓN:** ¿Es procedente la imposición de costas?

El **Juez Andrés Repetto**, dijo: que no obstante el resultado del presente caso y la calidad de parte vencida de los recurrentes, estimo que corresponde eximirlos de las costas de esta instancia (arts. 268 y 270 a *contrario sensu* del CPP). Mi voto.

El **Juez Richard Trincheri** manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La **Jueza Liliana Deiub** expresó: Por compartir lo resuelto en relación a las costas, adhiero a los fundamentos expuestos en el primer voto.

Conteste con las posturas señaladas, esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial del Neuquén, por unanimidad,

**RESUELVE:**

**I.- DECLARAR ADMISIBLE** la impugnación deducida por la defensa en favor de **D. H.**, DNI Nro. ... (arts. 227, 233, 236 y 239 del CPP).-

**II.- RECHAZAR LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA** en contra de las sentencias recurridas y, en consecuencia, confirmar la sentencia que declara penalmente responsable a **D. H.** (DNI

.....), como **autor** del delito de **abuso sexual con acceso carnal** (Art. 119 primer y tercer párrafo y 45 del CP), y la sentencia que impone la pena de **diez (10) años de prisión de efectivo cumplimiento y las costas del proceso** impuestas.

**III.- EXIMIR DEL PAGO DE LAS COSTAS** por el trámite derivado de la presente instancia de impugnación ordinaria de sentencia condenatoria (arts. 268 y 270 del CPP).

**IV.** Se deja constancia que la Dra. Liliana Deiub participó de la deliberación pero no firma la presente por encontrarse en uso de licencia.

**V.** Remitir la presente sentencia a la Dirección de Asistencia a Impugnación y Coordinación General para su registración y ulteriores notificaciones pertinentes.

Firmado digitalmente  
por: REPETTO Andres

Firmado digitalmente  
por: TRINCHERI  
Walter Richard

**Reg. Sentencia n° 63 Año 2022.-**