

SENTENCIA N° treinta y uno /2022.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los **veintinueve días del mes de abril del año dos mil veintidós**, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por los **Dres. Richard Trincheri, Federico Augusto Sommer** y la **Dra. Liliana Deiub**, presidida por el primero de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en el caso judicial "**C., H. W. F. s/Abuso Sexual con acceso carnal agravado por la edad de la víctima conviviente**", Legajo **MPFNQ 103.610 Año 2018** seguido contra **H. W. F. C., D.N.I.- ...**, hijo de ... y de ..., nacido el 24/4/79 y domiciliado en Manzana ... Lote ... del Barrio ... de Centenario. Intervinieron en la instancia el Dr. Maximiliano Breide Obeid (fiscal jefe), Dra. Celina Fernández (querellante) y Dra. Laura Giuliani, defensora pública del imputado.

ANTECEDENTES:

I.- Por sentencia del 8 de febrero de 2022, el Dr. Leandro Nieves resolvió : "**...IMPONER a H. W. F. C.... la pena de 16 años de prisión, con más las accesorias legales por el plazo de la condena y las costas del proceso,** como autor penalmente responsable de

los delitos de abuso sexual con acceso carnal y abuso sexual gravemente ultrajante (por el tiempo de realización), agravado por la convivencia preexistente con una víctima menor de 18 años y la guarda, respecto de C. L. H. y abuso sexual gravemente ultrajante (por el tiempo de realización), agravado por la convivencia preexistente con una víctima menor de 18 años y la guarda, respecto de J. L. C., respectivamente, cometidos en la ciudad de Centenario entre Agosto de 2005 y septiembre de 2010, momento en que las víctimas tenían entre 7 y 10 años de edad y entre 9 y 14 años de edad, respectivamente..”.

La defensa impugnó en tiempo y forma la sentencia de imposición de pena. Luego de entender cumplidos los requisitos de admisibilidad, comienza considerando arbitraria la valoración probatoria realizada por el magistrado y en consecuencia excesivo el monto de pena referido (p.2). La letrada informa que los acusadores solicitaron 21 y 22 años de prisión, en tanto la defensa petitionó el mínimo (8 años). Agrega que a pesar de advertir -el magistrado- sobre la prohibición de tomar como agravantes pautas ya contenidas en el tipo legal, porque se violenta el Non Bis In Idem, lo cierto es que culmina

haciéndolo y en virtud de ello se alejó del mínimo previsto en la escala penal.

Expresa la impugnante que el daño ocasionado a las niñas fue considerado por el juez en la mensuración punitiva, en virtud de lo cual ha incurrido en la doble valoración que declama prohibida. Por otro lado, no se reflejan en el quantum punitivo las circunstancias atenuantes que según el Dr. Nieves deben considerarse: los escraches sufridos por el condenado en redes sociales y que es sostén de familia y padre de tres hijos menores de edad (9, 11 y 13 años). Manifiesta la defensora que es excesiva y cruel la pena de 16 años para quien es padre sostén de familia y con trabajo estable, entendiéndose que el interés superior del niño se encuentra alcanzado cuando, como en el presente caso, hay menores alcanzados por la situación de sus padres (p.4/ 5).

En lo que resulta una queja central sobre el monto de pena establecido, la Dra. Giuliani expresa que en su visión el juez aplicó un mínimo por cada víctima, extrayendo tal conclusión de una manifestación asentada en la sentencia: "...se trata de dos víctimas distintas, a mi juicio el mínimo legal prevé una sola víctima" (p.5). Vuelve la impugnante a su crítica sobre la cuestión de la

extensión del daño, debido a que el Dr. Nieves menciona que tal circunstancia no era objeto del juicio de cesura pero valora el testimonio del ex novio y del padre de C., y también la declaración de la licenciada Mamani (p.5).

Finalmente, la funcionaria hace mención a distintos principios y garantías que entiende aplicables en la ocasión: intervención mínima del derecho penal, necesaria armonía entre el fin de la pena y la ejecución y el principio Pro Hómine como regla interpretativa. Repite que una pena de 16 años para una persona de 42 años que trabaja, que tiene familia y 3 hijos menores, resulta cruel, inhumana y degradante (p.6).

Pide que se revoque la sentencia de cesura impugnada y se aplique el mínimo legal, ejerciéndose competencia positiva, haciendo reserva del Caso Federal (p.7).

II.- En función de lo dispuesto por el artículo 245 del CPP, las partes el día 13 de abril de 2022 argumentaron a favor y en contra de los agravios sostenidos por la defensa en su impugnación.

Dio inicio la Dra. Giuliani quien se expresó respetando los ejes descriptos precedentemente, puntualizando sobre determinadas circunstancias. Afirma que

el juez valoró más atenuantes que agravantes (4:33). Insistió en que la sentencia no respeta el interés superior del niño y reitera su postura sobre la importancia de los atenuantes registrados en el caso (5:17). Agrega la defensora que el magistrado sumó ocho más ocho a pesar de afirmar que no se probó en el juicio de cesura la extensión del daño en las víctimas que mencionaban los acusadores (6:50-7:30). A diferencia del criterio aplicado por el juez, la letrada considera que la pena a aplicar debe ser resultante de una correcta aplicación del art.55 del Código Penal, esto es, el mínimo mayor y una composición sobre los máximos. Reitera que considera conculcados los principios y garantías ya mencionados en el escrito y petitiona que esta Sala ejerza competencia positiva e imponga una pena de ocho (8) años de prisión (12;50).

El fiscal jefe, a su tiempo, dijo que se allanaba a la admisibilidad formal aunque se oponía a la procedencia de la impugnación de la defensa. Manifestó el Dr. Breide Obeid que la defensa postula que el juez debió haber realizado una composición de penas y no una suma aritmética (13.42) pero sin embargo no demuestra dónde se encuentra la arbitrariedad en lo resuelto. Incluso el magistrado desechó agravantes pretendidos por la fiscalía,

no se hizo lugar a la extensión del daño en las víctimas e incluso valoró como atenuante el escrache sufrido por el condenado, considerándolo como pena anticipada, aspecto este último en el cual no hubo acuerdo con la querrela (14:11 a 15:04). Reitera el fiscal jefe que el Dr. Nieves tomó diversas circunstancias como atenuantes, incluso algunas sobre las cuales su parte no estaba de acuerdo, como por ejemplo la cuestión de padre "sostén de familia" dado que no encuadraba en su parecer con lo previsto en los art.40 y 41 del Código Penal (15:26).

Seguidamente, el acusador estatal comienza de lleno su defensa de la decisión judicial impugnada. Expresa que existe una escala penal para el agravante pero no es igual tener un agravante que tener dos, no se puede valorar como si fuera uno. Lo que hace el juez es dar "la medida justa" a cada uno de los agravantes (15:42 a 16:16). En segundo lugar, el fiscal jefe alega que debe tenerse en cuenta que los abusos sufridos por C. y J. no fueron en el mismo tiempo, más aún, una se enteró de lo sucedido con su hermana en el mismo juicio. Remarca esto para significar que los hechos fueron separados, escindidos (17:10 a 18:31). Aduce el funcionario que -dada esta "separabilidad"- los juicios podrían haberse

realizado también separados. De haber sido así, se pregunta cuanta pena hubiera correspondido por cada condena. Menciona que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria no acepta perforar mínimos, con lo cual no se habría aplicado por cada caso menos de ocho años (18:47 a 19:39). Sin embargo, este supuesto (de dos juicios separados) hubiera superado aún la cuenta de ocho cada condena porque existen agravantes, pocas pero existen y el Dr. Nieves las tuvo en cuenta (19:54). Acá sucede que la defensa invita a hacer una composición haciendo "desaparecer" una agravante y componiendo en ocho años (20:20). Culmina pidiendo el rechazo de la impugnación dado que no existe arbitrariedad, reiterando que se hizo una composición porque hay agravantes e incluso era razonable la pena que solicitó su parte en el juicio (23:00).

A continuación se dio la palabra a la querellante quien coincidió en lo sustancial con el restante acusador. Recordó que el juez valoró como atenuantes el escrache sufrido, la falta de antecedentes penales, la buena conducta procesal, el trabajo estable y ser sostén económico de familia (25:05). Justificó también la pena establecida porque se trató de dos víctimas diferentes, calificadas en agravantes diferentes, y la

solución dada no tiene que ver con violentar el Non Bis In Idem sino con valorar un menor o mayor reproche penal (26:50), agregando que no hubo total coincidencia temporal en las agresiones sufridas por las víctimas (27:34). La Dra. Fernández puso de resalto que existieron otros agravantes, entre ellos la vulnerabilidad de las damnificadas, con 7 y 9 años de edad cuando comenzaron los abusos y además como agregado presenciaban la violencia que ejercía el imputado a la madre, lo cual ocasionaba que ellas no rompieran el silencio (29:00 a 30:25).

También manifestó la querellante que los acusadores explicaron al comienzo del juicio porqué debía partirse del "justo medio", al fijarse pena en esta ocasión, merituando que la escala -considerando el concurso- oscilaba entre los 8 y los 40 años de prisión (31:10). Asimismo explicó su postura sobre cómo trató el magistrado en la sentencia la cuestión de la extensión del daño: en su impresión, si bien no se tuvo en cuenta la circunstancia con la entidad que las partes acusadoras lo pretendían, igual el juez lo ponderó, es como que hizo lugar "parcialmente" a lo pedido (32:37 a 34:20). Por otro lado, en relación a lo que la contraparte señala sobre el interés superior del niño, aun respetando la situación de

los menores invocados por la defensa, la letrada resalta que no puede perderse de vista que en este caso existieron dos víctimas, niñas y mujeres que fueron abusadas, completándose la situación con la violencia que sufría la madre (36:30). Culmina peticionando la confirmación de la sentencia impugnada por no observar ninguna arbitrariedad y, en caso de hacerse lugar a lo solicitado por la defensa, acuerda en que la Sala ejerza competencia positiva sin reenvío (38:20).

La Dra. Giuliani, haciendo uso del derecho a réplica, manifiesta que debe haber una concientización de los operadores judiciales en estos casos de abusos sexuales, culminados mediante jurados populares y con penas con montos superadores de los quince años de prisión (39:20). Insiste con su temperamento para interpretar el art.55 del Código Penal (40:05). Refuta a la querellante en lo referido sobre los derechos del niño, dice que se trata de un concepto dinámico, que le interesa poner de manifiesto que en este supuesto los niños afectados verían sus expectativas de desarrollo frustradas con una pena de dieciséis (16) años (41:12).

El Juez Sommer pidió precisiones. Los acusadores reafirmaron que su petición tenía base en el

“justo medio” (42:12) pero el magistrado no asentó en la sentencia que seguía ese criterio u otro (43:06). En relación al tratamiento dado en la sentencia a la extensión del daño, la Dra. Giuliani dijo que el magistrado fue confuso en ese aspecto porque si bien expresó que no se había probado tal daño, en el juicio de cesura terminó valorando el testimonio de personas que declararon en el juicio de responsabilidad (45:40).

Por último el imputado expresó que pedía que se tome una decisión correcta, que no tenía nada más para decir.

III.- Habiendo sido escuchadas las partes, este tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia (art. 246 CPP), por lo que cumplido el proceso deliberativo y efectuado sorteo entre los magistrados resultó que se debía observar el siguiente orden de votación: En primer término el **Dr. Richard Trincheri**, en segundo lugar la **Dra. Liliana Deiub** y finalmente el Juez **Federico Augusto Sommer**.

CUESTIONES: I.- ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por la defensa?, II.- ¿Qué decisión corresponde adoptar? III.- ¿Procede la imposición de las costas?.

VOTACIÓN:

I.- A la **primera cuestión** el Dr. **Richard Trincheri**, expresó:

Sin perjuicio que no existió oposición se advierte que la vía recursiva intentada satisface exigencias de impugnabilidad, tanto en la faz objetiva como subjetiva. El recurso fue presentado por parte legitimada, revistiendo el pronunciamiento censurado carácter definitivo pues pone fin al caso judicial (arts. 227, 233, 236 y 239 del CPP). Es mi voto.

La **Dra. Liliana Deiub**, manifestó:
Comparto lo manifestado en el voto del vocal preopinante por coincidir con los argumentos. Mi voto.

El **Juez Federico Augusto Sommer**, dijo:
Hago propio lo expuesto por el colega que liderara el sufragio. Así voto.

II.- A la **segunda cuestión** el Dr. **Richard Trincheri**, expresó:

A fin de dar respuesta al agravio de la defensa, quede claro de inicio que se ha intentado hacer un relato lo más fiel posible de lo litigado por las partes ante esta Sala, como paso previo al análisis de la

sentencia impugnada para finalmente dar la solución correspondiente.

De la lectura de la decisión judicial en cuestión surge lo siguiente: se asentaron las instrucciones dadas al Jurado Popular y el resultado de la votación que concluyó con la declaración de culpabilidad (p.1/16); luego se describe lo acontecido en la audiencia de cesura, la recepción de la prueba, los alegatos, la calificación legal y el veredicto sobre la imposición de la pena (p.25); después el desarrollo sobre los límites del Estado para imponer pena por razones constitucionales, por el monto de la escala penal, por la solicitud de los acusadores, por las pautas mensurativas de los art.40 y 41 del Código Penal, por el irrestricto respeto al principio de culpabilidad y finalmente por la prohibición de la doble valoración (p.25/27 primer párrafo).

En la p.27 segundo párrafo el magistrado comienza la incursión directa en el caso a resolver. Enumera cuales son las atenuantes que valorará: no registro de antecedentes, buena conducta procesal, escraches sufridos, trabajador estable y sostén de familia. A continuación, aborda lo atinente a los agravantes y los fundamentos que dio para arribar al quantum del que se

queja la defensa: dieciséis (16) años. Se transcribe para evitar equívocos: **"...Respecto de las circunstancias agravantes, la Fiscalía plantea para alejarnos del mínimo legal, diversas cuestiones, algunas de las cuáles serán receptadas y otras no. Comparto que debe valorarse como agravante el hecho real y objetivo que en ambos casos las conductas encuadran en dos agravantes diferentes, largamente tratadas durante todo el juicio, la guarda y la convivencia preexistente. Entiendo que al encajar en dos agravantes diferentes la intensidad del reproche aumenta. También valoro como agravante, que se trata de dos víctimas distintas. A mi juicio, el mínimo legal prevee una sola víctima del delito..."** (p.27 último párrafo y 28 primer párrafo).

Siguió diciendo el Dr. Nieves que consideraba agravante el estado de vulnerabilidad de las dos víctimas (p.28 tercer párrafo) y luego escribió: **"...Los acusadores también propusieron como agravante la extensión del daño causado con el delito. Está claro que un abuso sexual (en este caso varios y de mucha intensidad), genera un daño, pero la gravedad de esta conducta ya forma parte de lo que tuvo en cuenta el Legislador al sancionar el Código Penal y agravar las penas, con un mínimo de ocho**

años de prisión. En este caso corresponde analizar si esos hechos de abuso sexual se apartan del caso testigo contemplado en la Ley, y generaron un daño que se extiende en el tiempo y requieren tratamiento. Sabido es que la carga de la prueba la tiene la parte acusadora y sobre este punto, no hay un informe actualizado de esa extensión del daño, que de cuenta del diagnóstico, pronóstico, tratamientos realizados, etc. (p.28 último párrafo y p.29 primer párrafo) y luego: "... Sin perjuicio de ello, no podemos obviar que durante la primera etapa del juicio ambas jóvenes, el padre de C., el ex novio de ella y fundamentalmente la Lic. Mamani, hicieron referencia a los diversos tratamientos que C. ha realizado -sin mucho éxito- y a los problemas que ambas jóvenes sufren actualmente en su vida sexual. Por lo que -sin el peso que le dieron los acusadores, reitero- será otro elemento que se valora como agravante..." (p. 29 penúltimo párrafo).

Finalmente también dijo el juez: "...corresponde apartarse del mínimo punitivo previsto por la legislación, y a la pena mínima propuesta por la Defensa, valorando la pena como medida del reproche individual por los actos juzgados, a modo de cuantificación racional de la culpabilidad evidenciada y a partir del concreto hecho

juzgado (p.29 último párrafo y 30 primer párrafo)... **En cuanto a la graduación concreta de la pena, debemos tener presente que la ley no otorga magnitudes fijas expresadas en cifras específicas para cada tipo de agravante o atenuante, por lo que la tarea judicial debe sujetarse a la mayor razonabilidad posible para que la individualización y evaluación punitiva no aparezca dependiente del mero arbitrio de los jueces y por el contrario permita luego el control de la decisión** (p.30 tercer párrafo). Luego, solo el número de años y el resuelvo.

Como síntesis de lo relatado hasta aquí podemos decir que el magistrado tomó como agravantes: 1) se presentan dos agravantes diferentes (guarda y convivencia preexistente); 2) hay dos víctimas; 3) existió estado de vulnerabilidad en la situación de ambas jóvenes y 4) la extensión del daño (parcialmente). Y como atenuantes: 1) no registro de antecedentes; 2) buena conducta procesal; 3) escraches sufridos, 4) trabajador estable y 5) sostén de familia. Tampoco guardo espacio para la duda respecto a que el magistrado partió del mínimo de la escala penal aplicable (ocho años). No lo escribió pero lo colijo de razones muy fuertes: primero una expresión de la sentencia ya transcripta ("**...corresponde apartarse del mínimo punitivo**

previsto por la legislación, y a la pena mínima propuesta por la Defensa...") y además, porque si hubiera seguido el temperamento sugerido por los acusadores (esto es, el denominado "justo medio", p.23 y 24), no solamente lo debería haber asentado sino - sobre todo- fundado porque es jurisprudencia pacífica en los jueces de la provincia, incluido el TSJ, que debe partirse del mínimo legal.

Ya quedaron descriptas las posturas de las partes en la audiencia ante esta Sala y en que consintió la litigación, la cual fue interesante. Los acusadores defendieron la sentencia. La querellante apeló a generalidades y el fiscal jefe lo hizo a partir de trazar un escenario imaginario, concretamente, lo que pudo haber sucedido si en lugar de un juicio se hubieran realizado dos, atento que las circunstancias temporales de sucesión de los abusos lo permitían. Entonces, siempre según su razonamiento, como la perforación de los mínimos es excepcional, en ambas supuestas condenas a lo sumo se habría aplicado el mínimo (a pesar que existen agravantes) y, entonces, finalmente se arribaría al guarismo determinado por el Dr. Nieves, esto es, dieciséis (16) años de prisión. Hay mucho de alea en la suposición (por ejemplo que no habría sido un juicio por jurados, que la prueba no

se habría valorado en forma separada, etc.), igualmente la idea puede aceptarse hasta el momento en que acontecería la segunda condena: se impondría una segunda pena pero inmediatamente habría que unificar y es muy forzado aventurar (siempre con los datos probatorios litigados) que producto de la aplicación del art.58 del Código Penal surgiría número igual al que arribó el Dr. Nieves en esta oportunidad. En contrapartida, y siguiendo con la hipótesis de dos juicios, tampoco es posible suponer que se aplicaría el mínimo, esto es, que composición a realizar en la unificación culminaría con la imposición de ocho (8) años de pena.

Es verdad, como sostiene el magistrado, que las pautas de mensuración, entregadas en los artículos 40 y 41 del Código Penal, no están acompañadas de cifras específicas pero, a pesar de esa realidad, lo cierto es que no termina (la sentencia recurrida) de dar razones justas y suficientes para justificar el número final establecido. Por supuesto que esta apreciación dando por sentado que partió del mínimo legal, cuestión que descarto sucedió en el razonamiento del juez (conforme ya lo adelantara).

Si ha valorado cinco (5) atenuantes y cuatro (4) agravantes (sin contar que la extensión del daño

lo ha sido solo "parcialmente"), se ha partido de ocho (8) años y, además, no hay un desarrollo en la sentencia donde el magistrado justifique la mayor intensidad de alguno de los agravantes de mención por sobre algún otro y tampoco por encima de los atenuantes, no hay explicación razonable que permita llegar a dieciséis (16) años.

En virtud de lo dicho hasta aquí, debe ser revocada la sentencia puesta en crisis y fijarse un nuevo monto.

En relación a cómo debe seguir lo actuado, considero aplicable al caso la solución adoptada por esta Sala, con idéntica integración, en "G. H. E. s/ abuso sexual agravado" legajo 20487/2018, sentencia Nro. 44 del día 13/9/2021: **"...Llegado el momento de reenviar o asumir competencia positiva (facultad que surge del art.246 in fine del CPP) estimo más que justificado optar por la última alternativa. Sin perjuicio de encontrarse previsto legalmente, lo cierto es que existen poderosas razones para excepcionalmente actuar en consecuencia. En principio fue solicitado por la parte impugnante en la audiencia pero, además, no se observan vicios en la resolución revocada que solamente pudieran repararse con la intermediación y contradicción de una nueva**

audiencia ante el Tribunal de juicio. Por el contrario, se trató de una deficiencia que es posible sanear por esta Sala, que reparará al mismo tiempo el error de fundamentación en el que se incurrió..." (p.38/39). Incluso, a diferencia del precedente citado, en esta oportunidad la propia querellante acordó con el pedido de la defensa respecto a que esta Sala asuma competencia positiva. También dijimos en esa ocasión: "...La IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la mujer, celebrada en Beijing el 15/9/95, La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer- Convención de Belem Do Pará- aprobada por Argentina por Ley 24.632 y la Ley argentina 26.485 de protección integral a las mujeres son instrumentos que no pueden quedar al margen en la toma de decisiones como las que nos ocupa, y orienta decidir en dirección a evitar la revictimización ..." (p.39/40).

Ponderando todo lo litigado en el juicio de cesura, las pautas agravantes y atenuantes meritadas por el Dr. Nieves, que no han sido impugnadas, limitándose la queja estrictamente al monto de pena determinado, considero adecuado imponer a H. W. F. C. la pena de once (11) años y seis (6) meses de prisión de

efectivo cumplimiento más la inhabilitación absoluta prevista en el art.12 del Código Penal.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: me pronuncio igual que el colega preopinante por coincidir con sus argumentos. Mi voto.

El **Juez Federico Augusto Sommer**, dijo: adhiero a la solución propuesta por el vocal que principiara en la votación. Así voto.

III.- A la **tercera cuestión** el **Dr. Richard Trincheri**, dijo:

Sin costas, en función del derecho del imputado a obtener una revisión integral de su sentencia de condena además del resultado obtenido (art. 268 CPP). Es mi voto.

La **Dra. Liliana Deiub**, manifestó: Adhiero a lo manifestado por mi colega precedentemente. Mi voto.

El **Juez Federico Augusto Sommer**, expresó: Comparto lo expuesto por el primer vocal opinante. Así voto.

De lo que surge del Acuerdo, por **unanimidad** se

RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano formal la impugnación ordinaria deducida por la defensa de **H. W. F. C.** (arts. 233, 236, 239 y 242 del CPP).

II.- REVOCAR la sentencia impuesta el día 22 de febrero de 2022 e **IMPONER a H. W. F. C.** la pena de **once (11) años y seis (6) meses de prisión de efectivo cumplimiento** más la inhabilitación absoluta prevista en el art.12 del Código Penal.

III.- SIN COSTAS en esta instancia (cfr. art. 268 del CPP).

IV.- SE DEJA CONSTANCIA que la Jueza Liliana Deiub participó de la deliberación y redacción de la presente, pero no suscribe la presente por estar en uso de licencia.

V.- Regístrese y notifíquese por medio de la Dirección de Asistencia a Impugnación.

Firmado digitalmente
por: TRINCHERI Walter
Richard

Firmado digitalmente por:
SOMMER Federico Augusto
Fecha y hora: 29.04.2022
08:11:34

Reg. Sentencia n° 31 Año 2022.-