

**SENTENCIA**.- En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los dieciséis días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, quien suscribe, Dr. Diego H. PIEDRABUENA, en el carácter de juez técnico del juicio, paso a dictar sentencia de imposición de pena en el Legajo del MPFNQ Nro. **127118/2018**, caso "**L. H. G. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO**", audiencia celebrada los días 11 y 12 de diciembre del año 2019, en la cual intervinieron, por la parte acusadora: representando al Ministerio Público Fiscal, la fiscal María Eugenia TITANTI y la asistente letrada Verónica L. ZABALA; a la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente, las defensoras Andrea RAPPAZZO y Natalia S. STORNINI; y a la Querrela, la Sra. E. d. C. L., madre de M. T. L., patrocinada por el abogado particular Marcelo E. HERTZRIKEN VELASCO (MPNQ 1583) y la abogada Mariana Luz ROTTER (MPNQ 1376); y por la contraparte, el Defensor Público de Circunscripción Héctor R. CAFERRA y la Defensora pública Ivana C. DAL BIANCO, en defensa de H. G. L., DNI ..., nacido el 23/MAYO/1985 con último domicilio en calle ... de la Ciudad de Plottier, quien llega a esta instancia declarado responsable por un jurado popular en fecha 27/SEPTIEMBRE/2019 de **TENTATIVA DE HOMICIDIO EN CONCURSO REAL CON ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR RESULTAR DE ELLO UN GRAVE DAÑO A LA SALUD**, en carácter de **AUTOR** (arts. 79, 42, 55, 119 -primer, tercer y cuarto párrafo inc. a- y 45 del Código Penal), en perjuicio de M. T. L., hecho cometido el 25 de diciembre de 2018, conforme lo que surge de la sentencia de fecha 1/OCTUBRE/2019.

Concluida la audiencia y luego de deliberar en privado conforme las normas del artículo 193 del Código Procesal Penal, habiéndose dictado el veredicto oportunamente, se dispuso comunicar esta sentencia en el día de la fecha.

## **RESULTANDO:**

### **a. ALEGATOS DE APERTURA.**

Que los días 11 y 12 de diciembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de imposición de pena prevista en el artículo 179 del CPP, y, luego de haber sido debidamente informado el imputado de la finalidad de la misma y sus derechos, la partes hicieron conocer que solo la defensa haría alegatos de apertura, la cual explicó que sostendría la teoría del caso que planteó desde el principio del juicio, según la cual se debería analizar, bajo las pautas del principio de culpabilidad, cual es el grado de reproche adecuado para las circunstancias particulares del imputado, sosteniendo que se estaría frente a un supuesto de imputabilidad disminuida.

En este sentido, alegó la defensa que se tendrían que analizar las circunstancias particulares del imputado, el cual es discapacitado, conjuntamente con su historia institucional, de la cual surge que estuvo internado y preso, concluyendo que esto implica que no podría haber un igual reproche para él que para cualquier otro que no tenga esas condiciones.

### **b. PRODUCCIÓN DE PRUEBA.**

Seguido a ello las partes iniciaron con la producción de prueba que ofrecieron para esta parte del juicio, empezando por los testigos comunes de la Fiscalía y la Querrela, luego el de la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente; y, finalmente, los de la Defensa.

En este sentido, se escucharon a los siguientes testigos:

#### **1. E. d. C. L. (Fiscalía):**

Quien dijo ser la hermana del imputado y madre de la víctima, explicó que no tenía mucha relación antes del hecho con su

hermano, que solo hablaba con él, nada más, y que solo sabía que estaba trabajando como pintor, aunque no sabía con quién.

La testigo contó que el acusado vivía en el Barrio ..., sobre la calle ..., junto con su otro hermano, M. L., a una cuadra y media del lugar donde ella vivía cuando ocurrió el hecho.

Preguntada por la fiscalía, la testigo dijo que no sabía quién le manejaba el dinero al acusado, que estaba a cargo de M., pero que sabía que no tenía problemas para conocer el dinero, que sabía lo que valía, ya que lo había visto yendo a comprar, y que también sabía su número de DNI, y que no tenía dificultades para hablar con ella.

Dijo la testigo que su hijo, la víctima de este caso, tiene actualmente 4 años de edad, y que tiene otro hijo más grande, S., y contó que el niño actualmente tiene pesadillas, que hubo un tiempo en que no dormía bien, pero que ahora está mejor, aunque recuerda lo que pasó.

Relató la testigo que su hijo sabe hablar, que tuvo algunos problemas en el jardín, y que se hace pis y caca encima. Respecto a esto último, dijo la testigo que su hijo había aprendido a controlar esto, pero que, luego del hecho, retrocedió, y que las incontinencias le pasaban en el jardín y en la casa.

Sostuvo la testigo que su hijo suele tener recaídas, que cada "dos por tres" se acuerda de lo que le pasó, que sabe quién se lo hizo y que fue lo que pasó, que se mira al espejo y se toca la cicatriz, recordando lo que le pasó y pregunta al respecto.

Contó la testigo que actualmente su hijo está realizando tratamiento, que está yendo a la psicóloga, la cual le dice que lo ve bien al nene.

Dijo la testigo que toda la familia está con mucha bronca por lo que pasó, que esto no fue algo normal, y que no sabía que su hermano tenía declarada una discapacidad.

Preguntada por la fiscalía, la testigo dijo que veía al imputado como una persona normal, pero que cuando desapareció el nene "pensó" en que él se lo había llevado porque durante la cena tuvo una discusión con su hermano, y después desapareció el nene.

Sostuvo la testigo que cuando no vio a su hijo se le vino a la cabeza la idea de que el imputado se había querido desquitar porque los había amenazado que les iba a hacer daño, pero se la agarró con su hijo.

Preguntada por la fiscalía, la testigo contó que todos los hermanos se criaron en hogares, que su vida no fue fácil.

Preguntada por la Defensoría de los Derechos del Niño, la testigo dijo que luego de que encontraron a su hijo, su hermano L. se lo sacó al imputado, golpeándolo, y llamaron a la ambulancia y a la policía.

Dijo la testigo que a su hijo lo llevaron primero al Hospital de Plottier, y después lo trasladaron a Neuquén, donde lo vieron y lo llevaron al quirófano.

Sostuvo la testigo que su hijo estaba con miedo, que se acordaba de lo que le había pasado, que estaba muy violento,

muy agresivo, que se tocaba las heridas y se miraba su cuerpo lastimado.

Preguntada por la Defensoría de los Derechos del Niño, la testigo dijo que su hijo estuvo cerca de un mes internado en el Hospital Castro Rendón, y que luego lo trasladaron al Bouquet Roldán, no pudiendo precisar con exactitud la fecha en que le dieron el alta.

Preguntada por la querrela, la testigo refirió que el acusado ya había protagonizado un hecho similar con otra sobrina y que trataban de que no se acercara a los niños, pero que no sabía en que había quedado eso.

Sostuvo la testigo que el acusado fue a una escuela especial, pero por lo que sabía, creía que no había terminado.

2. **Manuela Marti VENTOSA SCHULMEISTER** (Fiscalía).

Quien dijo ser acompañante terapéutica y estudiante, habiendo trabajado en la provincia en un programa provincial, contó que fue acompañante de la víctima, y que lo conocía por esta situación, en donde acompañó a la familia en el proceso que estaban pasando durante abril o marzo de este año.

Relató la testigo que le habían dicho que el niño había sido víctima de un abuso sexual, que su tío lo había violado y que luego lo había intentado asesinar.

Dijo la testigo que ella acompañaba a la víctima y a su grupo familiar directo (a la madre, E. L., y al otro hermano, S. de 9 años de edad), y que estos se habían tenido que ir del pueblo donde vivían a raíz de esta situación; tarea que realizaba junto con otra chica, siendo que una iba a la mañana y la otra por la tarde, ayudándolos

porque no tenían familiares en Neuquén, ni un círculo de conocidos.

Sostuvo la testigo que la víctima es un niño que sufrió una situación muy agresiva, que tiene una marca en el cuello que se nota a simple vista, y que veía que tenía dificultades para relacionarse con otros niños.

Dijo la testigo que la madre del niño le contó que este tenía pesadillas, lo cual lo afectaba en el día a día porque no podía dormir bien.

Contó la testigo que hubo un hecho que le llamó la atención que fue que el nene se autolesionaba en sus partes íntimas, en su pene, golpeándolo, que se generaba "cosas" en su cuerpo, y que había retrocedido en el control de esfínteres.

Dijo la testigo que le llamaba la atención que el niño tenía juegos "simbólicos", que simulaba con su hermano que venía la ambulancia, que se hacía el desmayado mientras jugaba al fútbol.

Respecto a la familia, la testigo refirió que esta era de muy pocos recursos, que su mamá no había podido estudiar mucho, que había estado institucionalizada, y que la provincia los tenía que ayudar.

Preguntada por la fiscalía, la testigo dijo que su intervención como acompañante finalizó por decisión propia, que se decidió avocar a su estudio, dado que esto era una situación muy intensa para ella, que la movilizaba, y por eso no quiso seguir.

Preguntada por la defensa, la testigo dijo que su apreciación sobre la cicatriz es de carácter personal, que la ve muy grande, que no tiene título profesional de nada, que es estudiante, y que su trabajo no requería título de nada.

Preguntada por la defensa, la testigo aclaro que no era acompañante terapéutica, sino acompañante externa, y que su trabajo era parte de un equipo de apoyo.

3. **Carlos Jorge GORDILLO** (Fiscalía).

Quien dijo desempeñarse en el Poder Judicial como médico forense, explicó que su función era hacer autopsias y pericias médico-legales, habiendo conocido al imputado en septiembre en el marco de una evaluación médico legal que se le había solicitado por una investigación por vejaciones a pedido del fiscal AZCARATE.

Dijo el testigo que realizó, en aquel caso, el procedimiento habitual, y que como este no había entrado por mesa de entradas realizó las preguntas para identificar a la persona en forma directa y luego le hizo el examen físico.

Sostuvo el testigo que el acusado le contestó todo lo que le preguntó, que le dio su nombre completo, su número de documento y los antecedentes médicos, que solo no recordaba su fecha de nacimiento, y que este le dijo que tenía un síndrome convulsivo, que tenía antecedentes de consumo de tóxicos (alcohol y fumaba tabaco), y que no estaba operado, explicando que este no había tenido problemas para contestar.

Relató el testigo que el acusado le contó que fue agredido por personal policial, especificándole el día que había ocurrido y la hora (cerca de las doce del mediodía), habiendo sido muy colaborador.

Dijo el testigo que encontró en su pericia una pequeña equimosis que había evolucionado, de dos o tres días atrás, por lo cual se habría constatado la lesión que manifestó.

4. **G. S. R.** (Querella).

Quien dijo conocer al imputado por haber sido pareja de una hermana de este, contó que había conocido a su ex-pareja en un hogar donde ambos estuvieron, y que tuvo hijos con ella, habiendo trabajado con el imputado en el rubro de la construcción.

Preguntado por la querella, el testigo relató que el acusado había "tocado" a su hija, que esto ocurrió en un lapso de 10 o 15 minutos en los que él había ido a hacer unas compras a un negocio que estaba en la esquina de su casa, y que cuando volvió encontró a su hija desmayada, llena de sangre, y que el imputado le dijo que la niña se había golpeado con la cama jugando.

Contó el testigo que llevó a su hija al hospital, y que allí le dijeron que había sido abusada sexualmente (posteriormente aclaró que con esto refería que su hija había sido accedida carnalmente), por lo que fue a su casa y confrontó al acusado, llegando luego la policía y deteniéndolo.

Dijo el testigo que conoce al imputado desde hace 12 o 13 años, y un poco más también, que lo conoció por la hermana, ya que estaba en un hogar distinto.

Preguntado por la querella, el testigo sostuvo que el acusado era una persona normal, que lo único que tenía eran convulsiones, pero que si se medicaba no tenía problemas, que

manejaba su plata y hacía las compras, habiendo vivido un año en su casa.

Dijo el testigo que conocía a la víctima, y que se enteró de lo sucedido por los diarios, y que, pese a que en estos no aparecía el nombre, supuso que se trataba del acusado, por lo cual luego fue a darle su apoyo al niño.

Preguntado por la fiscalía, el testigo dijo que había estado en un hogar por problemas familiares, que su padre era alcohólico, que tuvo una infancia muy "jodida", difícil, que su madre falleció cuando tenía 10 años, momento en el que su padre empeoró, por lo que decidió irse de su casa y terminó en un hogar, y que no tenía antecedentes penales.

A preguntas de la fiscalía, el testigo dijo que, por lo que él sabía, el imputado también había tenido una infancia difícil, con un padre golpeador y alcohólico, desconociendo si alguno de los hermanos tiene antecedentes, aunque sabía que la mayoría no lo tenían.

Preguntado por el caso de su hija, el testigo dijo que la misma sufrió un abuso sexual con acceso carnal por parte del mismo imputado de este caso, que estaba desgarrada, que la policía le sacó al acusado, y que fue llevado a juicio, luego de dos años, habiendo sido condenado por este hecho a 8 años de prisión, condena que cumplió casi en su totalidad.

Sostuvo el testigo que, entre este caso y el de su hija, la única diferencia que hay es que en este último trato de matar a la víctima, pero que ve un patrón común.

5. Lic. **Diana Verónica RONIS** (Defensoría de los Derechos del Niño).

Quien dijo ser licenciada en psicología desde el año 2006, contó que conocía a la víctima por una interconsulta que se le realizó desde pediatría, de salud mental, cuando el niño estaba internado en el Hospital Bouquet Roldán, después de haber sido trasladado desde el hospital Castro Rendón.

Explicó la testigo que se trataba de un caso de abuso sexual cometido por el tío, con un corte en el cuello, secuela de un intento de asesinato.

Contó la testigo que primero entrevistó a la madre del niño, y luego empezó a conocer a la víctima, que su misión era asistirlo y acompañarlo, explicando que la primera entrevista fue muy *cortita* porque el niño se cayó al piso y se lastimó.

Sostuvo la testigo que, durante los primeros días, el niño tuvo medicación, que fue reconocida por este desde el inicio, que jugaba y tenía juegos repetitivos, que prefería los autos, y que solía jugar a chocar y volcar los autos, siendo que en una oportunidad rompió uno de ellos, alegando que había un auto malo que había chocado a un auto bueno donde iba su mamá, lo cual entendía que era una elaboración por una experiencia traumática, la que relacionaba con el hecho que había ocurrido.

Manifestó la testigo que en estos casos el daño es muy alto y hay riesgos de problemas en la salud mental, siendo la idea de suicidio en estos casos muy alta, incluso cuando crecen y resignifican lo que les pasó.

Preguntada por la fiscalía, dijo que la madre de la víctima era distante, no muy colaboradora, que no aportaba mucha información, que su nivel sociocultural era limitado, que le

contó lo que le había pasado a su hijo, pero que fue muy reticente al hacerlo, y siempre muy breve.

Preguntada por la fiscalía, la testigo explicó que la cicatriz que le quedó al niño era un estigma que impacta mucho porque no se va a ir y es difícil de ocultar, la cual siempre le va a recordar su vivencia.

Refirió la testigo que el niño, antes del hecho, había logrado controlar sus esfínteres, pero luego se provocó un retroceso, lo cual incluso lo vio personalmente una vez que fue a verlo y se hizo pis, sin poder siquiera registrar lo que le había pasado.

6. **Nancy Eliana RUBILAR** (Defensa).

Quien dijo trabajar en la municipalidad de Plottier y conocer al acusado desde su infancia, al igual que a su entorno familiar, contó que intervino luego de la excarcelación de este, que le buscó vivienda alejada de su entorno familiar, buscando la re-vinculación, y le puso un acompañante domiciliario.

Explicó la testigo que fue directora de familia, y que conocía todo el contexto familiar, y que conocía también a E. L., y su historia de internación en hogares, y a M., otra hermana que tiene a cargo a un hijo de E..

Contó la testigo que se le pidió al imputado una pensión por invalidez a partir de los 14 años, no pudiendo precisar cuánto tiempo estuvo en hogares, porque hay épocas en que se fugan o son externados, explicando que estos lugares no siempre son adecuados, que allí hay falta de cuidado y no buen trato.

Preguntada la testigo por la defensa, esta sostuvo que el imputado estuvo en el hogar Amancay, el cual no podía precisar si era adecuado a la discapacidad que este tenía.

Explicó la testigo que el proceso de excarcelación estuvo vinculado con los informes que venían de población judicializada, donde se pedía que el mismo fuera con acompañamiento, y lo derivaron a Plottier, donde se lo manejó como una cuestión ambulatoria y se le dispuso un acompañante domiciliario, que los informes decían que tuvo buena conducta, que no implicaba un riesgo, que había perdido el manejo de dinero por el encierro, y que tenía que tener un acompañante para la reinserción, pero no había tratamiento con medicamentos.

Manifestó la testigo que el acompañante era porque el imputado había perdido toda relación con la familia, que no los pudieron contactar, que solo encontraron a dos hermanas, y a un hermano, y a otro que estaba trabajando fuera.

Respecto de las hermanas, dijo la testigo que éstas le dijeron que lo podrían ayudar desde afuera, porque habían logrado salir de todo esto, y que lo harían con ropa y dinero, porque tenían necesidad de preservarse a ellas mismas y a sus hijos.

En cuanto a la cercanía con niños, la testigo dijo que lo único que se había indicado era que se buscara un alquiler en un lugar sin presencia de niños, la cual venía de los profesionales que habían trabajado con él en la cárcel.

Preguntada por la defensa, la testigo refirió a que el imputado tenía una certificación de discapacidad emitida por

el JuCAID, el cual se tramitó para que pudiera tener los beneficios de la ley y la pensión.

Respecto a esto, dijo que se determinó que el acusado tenía un retraso mental de leve a moderado, y que se procedió a extender la certificación, que fue solicitada por ellos.

7. Lic. **Silvana Beatriz GARCÍA** (Defensa).

Quien dijo ser psicóloga y trabajar en el equipo interdisciplinario de familia desde hace más de 10 años, dijo conocer al imputado por requerimientos en el fuero de familia, específicamente en el expediente denominado "LEIVA HÉCTOR GABRIEL S/CAPACIDAD JURÍDICA", y contó que su primera intervención fue en mayo del año 2016, donde lo entrevistó en forma conjunta con la Lic. PARADA, siendo que esta luego lo volvió a entrevistar con el psiquiatra.

Manifestó la testigo que en sus informes se refieren a las capacidades civiles y cuáles serían las figuras de apoyo por su problemática, explicando que no es habitual su intervención con personas detenidas, como en este caso, que tuvieron que pensar a donde iba a ir cuando saliera, aunque sostuvo que esa no era su función.

Dijo la testigo que además tuvieron que pensar en el tipo de delito por el cual cumplía pena, y desaconsejaron la reinserción al seno familiar por entender que no era conveniente, al igual que la proximidad con niños, siendo esto algo que tuvieron en cuenta al momento de buscar el lugar.

Explicó la testigo que, no obstante la entrevista tenía que ver con las capacidades civiles, estas cuestiones no las podían soslayar, e hicieron el informe en fecha 16 de mayo de

2016, evaluando a la persona en forma interdisciplinaria, donde se vieron los antecedentes del mismo, si bien la finalidad era ver que actos de la vida civil podía hacer y cuáles no.

Sostuvo la testigo que se determinó que el retraso mental que tenía el imputado era de leve a moderado, y que la privación de la libertad había incrementado sus incapacidades.

Preguntado por la defensa respecto a cuáles eran las limitaciones concretas que se advirtieron, dijo que en la vida civil no podía administrar sus bienes, ni hacer contratos, pero podía votar, y para juicio debía ir con apoyo, no pudiendo vivir solo, que tenía que estar acompañado.

Respecto al efecto de la privación de la libertad, dijo que es una cuestión abarcativa, que no es la cuestión psicopatológica la que prima, sino la dificultad para adaptarse por el desconocimiento, explicando que su determinación de discapacidades tenía que ver desde el punto de vista del fuero civil, pero que el mismo no tiene una capacidad cognitiva plena, que está limitado.

Respecto a la recomendación de que no estuviera cerca de niños, dijo la testigo que fue por lo que se consideró de sus antecedentes, y que las medidas dispuestas tuvieron que ver con la vulnerabilidad propia del acusado, como una forma de resguardarlo, siendo que la familia no era aconsejable, teniendo en cuenta que nadie lo había visto durante el encierro, alegando que se sorprendió cuando lo pusieron con sus hermanos como figuras de apoyo, ya que no se le consultó a ella, ni a los otros profesionales.

Respecto al consumo de alcohol, dijo que esto fue mencionado como antecedente, y se trató de evitar situaciones que pudieran propiciar recaídas, funcionando bien con el acompañante.

Preguntada por la fiscalía, la testigo dijo que el retraso mental es un diagnóstico que está desde el inicio, donde se contemplan su vulnerabilidad y sus impulsos, y que podía votar y disponer de dinero en menor cuantía.

8. Dr. **Ángel Guillermo LOMBINO** (Defensa).

Quien dijo ser médico psiquiatra y trabajar en el gabinete de psiquiatría forense, dijo que hizo una evaluación del imputado que comprendió el legajo, el anexo del historial clínico y el expediente de familia sobre la incapacidad jurídica, e hizo una entrevista, diagnosticando, en concordancia con otros siete psiquiatras que el mismo tiene un retraso madurativo moderado, que es atravesado por otras cuestiones.

En este sentido, explicó el testigo que el imputado tiene un trastorno en el desarrollo intelectual, social y práctico, explicando que el trastorno adaptativo es un déficit en su comportamiento, el cual se tabula en base a lo esperable por la edad, lo cual se empieza a manifestar desde la etapa del desarrollo.

Sostuvo el testigo que el imputado tiene una discapacidad intelectual moderada, que lo afecta en el lenguaje, el razonamiento, el pensamiento abstracto y la posibilidad de resolver problemas; que en lo social no puede establecer vínculos estables o parejas; y que en lo práctico, no puede deambular, desplazarse o desenvolverse fuera del grupo de apoyo.

Asimismo, explicó el testigo que hay una vulnerabilidad de la persona, que el imputado cumple con los criterios de vulnerabilidad, que es una persona en riesgo, con dificultad para afrontar impactos, explicando que estos parten de cuestiones biológicas y estructurales. En este sentido, dijo que, en lo biológico, el imputado tuvo problemas en su nacimiento, que nació en un parto anóxico, que tuvo que ser reanimado, y tuvo desnutrición durante la infancia, lo cual provocó problemas del desarrollo intelectual, que tuvo una anemia carencial por déficit nutricional; además de padres con problemas de alcohol, los cuales fallecieron cuando tenía 15 años, y fue parte de una familia numerosa; que fue institucionalizado y luego integrado a familias sustitutas; y que fue escolarizado en educación especial, no pudiendo ser capacitado en lectoescritura, siendo solo capaz de sumar cifras de un dígito.

Dijo el testigo que, todas las cuestiones que mencionó previamente, son factores de riesgo que se engloban dentro de la vulnerabilidad social.

En cuanto a la capacidad de adaptarse socialmente, dijo el testigo que tiene una dificultad (vulnerabilidad social), y que sus informes fueron aceptables en el hogar, en la escuela y en situación de encierro, que tuvo una evolución aceptable, que su problema es para el desempeño autónomo, razón por la cual se le puso un dispositivo de apoyo.

Preguntado por la defensa respecto a cómo influye su historia de vida en el diagnóstico, el testigo dijo que el mismo deviene de problemas congénitos y adquiridos, que existieron cuestiones que lo predisponían, a lo cual se le sumó el tema de la familia, el alcoholismo y el consumo de sustancias.

Asimismo, el testigo refirió que el imputado no concluyó la educación primaria, que tuvo educación especial, con limitaciones, ya que no accedió a la lectura.

Preguntado por detalles, dijo el testigo que la discapacidad intelectual del acusado es de grado moderado, lo cual se basa en los criterios del manual de diagnóstico, que abarca lo conceptual, social y práctico, explicando que la diferencia entre leve y moderado tiene que ver con las capacidades adaptativas, que con una discapacidad leve se puede tener una vida aceptable, formar pareja, tener trabajos simples, etc.; siendo que en este caso, se ve un nivel muy bajo de conocimiento, con dificultades para ubicarse, que no tenía vínculos fuera de lo familiar, y que solo lo logró con el acompañante, mientras se sostuvo el dispositivo, y que había que tratar el riesgo de reincidencia, lo cual surgía de un análisis integral.

Preguntado el testigo, dijo que no era su función determinar la imputabilidad del acusado, y que entendía que el mismo había sido considerado tal por la justicia, aclarando que la peligrosidad no define a la persona, aunque si da una probabilidad de violencia, por eso las particularidades.

En cuanto a las recomendaciones del caso, dijo el testigo que el imputado no tuvo tratamiento durante el encierro, pese a que se recomendó.

Oportunamente, las partes desistieron de los restantes testigos que habían ofrecido en su momento.

**c. ALEGATOS DE CIERRE.**

La **FISCALÍA** inició su alegato refiriendo a la declaración de responsabilidad que pesaba sobre el imputado, abuso sexual con acceso carnal agravado por haber causado grave daño a la salud, en concurso real con tentativa de homicidio, lo cual implicaba, en base a la regla del artículo 55 del Código Penal, una escala que partía del mínimo mayor de los delitos, 8 años, hasta la suma matemática de los máximos, que en este caso sería de 36 años y 8 meses.

En cuanto a las agravantes y atenuantes, la fiscalía dijo que estas debían dividirse en dos grandes grupos, empezando el análisis por la vulnerabilidad del imputado, la cual consideraba que era un atenuante.

En este sentido, la fiscalía refirió que el imputado padecía una discapacidad mental leve, pero que había circunstancias agravantes que son muy graves, que tienen que ver con la naturaleza de la acción y sus consecuencias.

Asimismo, dijo que consideraba como una agravante la reiterancia, y que el nivel de educación del imputado era una cuestión neutra, que tuvo la posibilidad de seguir con su educación mientras estaba preso, que tuvo acceso a la misma.

Dijo la fiscalía que reconocía que existía un atenuante, la debilidad mental o discapacidad del imputado, tal como surgió de los profesionales que expusieron durante el juicio, tres en la primera parte y uno aquí.

En este sentido, la fiscalía refirió al testimonio del Dr. BLASCO dado durante el interlocutorio de responsabilidad frente al jurado popular, donde se explicó que el imputado era capaz de desenvolverse en su vida, que solo requería de un acompañante, pero que comprendía perfectamente que es lo que está bien y que es

lo que está mal, sobre todo en este tipo de hechos que no requieren ningún nivel de abstracción, y teniendo en cuenta que ya cometió un hecho así y, por lo tanto, conocía la respuesta estatal frente a ello.

Asimismo, dijo la fiscalía que tuvo en cuenta, para determinar la comprensión de la criminalidad de la conducta, lo que dijo durante la primera parte del juicio el hermano del acusado, L., cuando contó que el imputado, al ser sorprendido en flagrante delito, pedía que lo maten y manifestaba que se la había mandado, luego de haber intentado fugarse.

Al respecto, sostuvo la fiscalía que no hay una relación directa entre la limitación que tiene el acusado y la comprensión del hecho, que esa limitación tiene que ver con cuestiones civiles, por lo que tenía un acompañante domiciliario que le indicaba que hacer y no hacer en estas cuestiones.

Sostuvo la fiscalía que esta cuestión que dijo el testigo BLASCO, fue confirmada por lo que dijo ZUNINO, quien explicó que el acompañante era para guiarlo y tenía un horario reducido, cuyo objetivo era lograr que el imputado tenga una rutina ordenada, donde se reconoce que es más vulnerable socialmente, y que los trabajos que puede realizar condicionan su calidad de vida, pero que esto es una cuestión social que es abordada desde el fuero de familia con el fin de resguardar a la persona.

Dijo la fiscalía que la cárcel, como ámbito de encierro, si bien restó en las condiciones sociales del acusado, también lo mantuvo controlado y contenido, por lo que se lo consideró una cuestión ambigua, ya que fue beneficiosa respecto a esto último.

Sostuvo la fiscalía que la capacidad civil no obsta a la cuestión penal, y recordó que ya en el 2011 esto estaba presente, y sin

embargo se determinó que el acusado comprendió la criminalidad del acto, y que en esto no había habido cambios.

Por otra parte, aludió la fiscalía que se habló de que el imputado simulaba, y refirió que el testigo GORDILLO contó que este le dio sus datos personales, contándole que era lo que había pasado (en referencia a un hecho de vejaciones que habría ocurrido en su perjuicio).

Manifestó la fiscalía que la restricción civil que se declaró era para proteger al imputado de otras personas, pero que nunca se lo declaró insano o incapaz, que nunca se le puso un curador, y que el acompañante era para que este con él y lo contenga.

Dijo la fiscalía que no negaba estas circunstancias, pero que las mismas no pueden reducir considerablemente el reproche merecido, y refirió a falencias del testimonio del Dr. LOMBINO, quien depuso como testigo de la defensa, y que el mismo había sido en base a lo que le dijo el propio imputado, quien simulaba.

Entre las cuestiones que agravan el reproche, dijo la fiscalía que había valorado la reiterancia, explicando que este hecho tenía la misma naturaleza que uno anterior, donde el imputado fue condenado, el cual tenía la misma metodología y afectación del bien jurídico, solo que aquí hubo mayor violencia, superando al anterior en este aspecto.

En este sentido, la fiscalía hizo hincapié en que el imputado cometió nuevamente una conducta que ya conocía que estaba prohibida, recordando que en diciembre del año 2009 cometió un acto igual, por el cual fue condenado mediante un acuerdo de juicio abreviado, y se le fijó una pena de 8 años de prisión.

Asimismo, la fiscalía refirió a la naturaleza de la acción, alegando la existencia de una violencia desmesurada en este caso, explicando que si bien los tipos penales por los cuales se declaró la responsabilidad lo incluyen, aquí se fue más allá, porque no solo existieron las lesiones del abuso directas, sino que también hubo mordidas, marcas de sujeción, golpes en el rostro, en tórax, y que la herida en el cuello tenía signos de retome, recordando la profundidad de estas y que, de no haber sido por la rápida intervención médica, hubieran producido la muerte, existiendo un riesgo real de vida del niño.

En igual sentido, la fiscalía marcó que la víctima se encontraba en un absoluto estado de vulnerabilidad, no solo porque tenía 3 años y era su sobrino, sino porque cuando fue llevado estaba durmiendo en su casa y no estaba alerta, no habiendo ningún signo de alarma ni nada que haga advertir el ataque, lo cual puso en cero al grado de defensa que podía tener la víctima, el cual fue aberrante, repugnante y atroz.

Asimismo, dijo la fiscalía que a la falta absoluta de defensa, debe sumársele la consideración que se actuó en plena nocturnidad, aprovechándose de la misma, donde cualquier pedido de auxilio puede ser ignorado porque no es un horario en la que la gente camina por la vía pública.

También consideró la fiscalía que el acusado actuó movilizado por una especie de rencor, cuando ya se había ido de la casa, volviendo para llevarse a pie al niño y cometer el hecho.

En este punto, la fiscalía agregó que también debía considerarse que el acusado actuó con un grado de planificación y preparación, pues, luego de discutir con sus hermanos e irse, volvió, tomó al niño, se lo llevó, y usó un colchón que había dejado afuera, buscando una crema y un cuchillo para perpetrar el acceso, lo cual

evidenció que no fue una conducta azarosa o espontánea, lo cual se suma a la vulnerabilidad de la víctima, y la utilización de un arma blanca.

Dijo también la fiscalía que debe valorarse la extensión del daño, tanto el físico como el psíquico, y el de todo el grupo familiar, no desconociendo que ya estamos frente a un tipo penal que se encuentra agravado por esta circunstancia, pero que ello no significa que, dentro de esa escala, no se pueda analizar y mensurar el mismo.

La fiscalía en este punto hizo referencia a la cicatriz que dejó el intento de homicidio, la cual es vista por el niño cada vez que se levanta, haciéndole recordar lo que le sucedió, y que otras personas lo vean y le pregunten, marca que llevara de por vida, y que es algo que hoy puede estar dormido, pero que implica en un futuro serios riesgos de salud mental para este.

Mencionó la fiscalía que quizás una operación de estética le podría quitar la cicatriz, pero que, aun cuando ello fuera posible, ello no cambiaría el daño, y refirió a lo que dijo la Lic. RONIS respecto al tratamiento psicológico del niño, donde se advierten manifestaciones del trauma, tanto en los juegos como en el control de esfínteres, que, si bien controlaba antes del hecho, había dejado de controlar.

En este último punto, la fiscalía mencionó el testimonio de la acompañante de la víctima, quien dijo que a este no solo lo desgarraron físicamente, y refirió a la angustia que este sentía por la situación, y la movilización que causó en la testigo, habiéndole provocado un daño de por vida.

En cuanto a la intervención del Estado en el caso del acusado, la fiscalía dijo que se vio el caso cuando estaba por recuperar la

libertad, que no le daban bien los informes y se le buscó un lugar para que esté, destacando que siempre tuvo ayuda, y que no tenía motivación alguna para cometer este hecho, que estaban sus hermanos, que no estaba solo, que estaba trabajando, que iba a la Iglesia, y era independiente.

Sostuvo la fiscalía que el niño, cada vez que se mire al espejo, iba a recordar lo que le pasó, y cada navidad, en vez de festejar, iba a recordar lo que hizo su tío, marcando que el mismo tiene toda la vida por delante porque es solo una criatura de cuatro años de edad, y que esto puede derivar en un serio trastorno mental, que le arruinó la vida tanto al niño como al resto de la familia.

Marcó la fiscalía que la discusión respecto a si el imputado es imputable o no está superada, que el jurado popular ya decidió que sí, lo cual no es un desconocimiento de la vulnerabilidad del mismo.

Dijo la fiscalía que el caso "Barahona" al cual se refirió la defensa es diferente al que nos ocupa, ya que en aquel se perforaron los mínimos en base a un acuerdo y había informes complementarios que aquí no existen, y aquel no tenía antecedentes penales.

Por todas estas razones, la fiscalía petitionó la pena de veinticinco años de prisión, más la declaración de reincidencia, justificando esto último en el expediente 21/2010 (Expte. Cámara 35/2011), en donde la Ex Cámara Criminal segunda le impuso una pena de 8 años de prisión, que el imputado cumplió hasta el 31 agosto del año 2017; más las costas y accesorias legales.

Luego se expresó la **DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE**, quien inició su alocución mencionando la declaración

de responsabilidad que pesaba sobre el imputado, y que se había ceñido a las pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal para mensurar la pena concreta que entendía que correspondía para este caso.

En este sentido, empezó refiriendo a que la escala dentro de la cual debía moverse iba de los 8 años a los 36 años y 8 meses, conforme los delitos por los que se había declarado la responsabilidad y la regla del concurso real, y se refirió a la naturaleza de la acción, haciendo hincapié que el hecho fue cometido contra un niño de apenas 3 años de edad, que por su sola condición de tal es vulnerable, y que existió violencia física y sexual.

Sostuvo la Defensoría de los Derechos del Niño que el acusado aprovechó para perpetrar el hecho su vínculo con la víctima, recordando que este era el tío del mismo, que lo tomó de su vivienda, que se lo llevó, lo golpeó fuertemente, y luego preparó el escenario para accederlo y matarlo.

Asimismo, la Defensoría de los Derechos del Niño refirió a las consecuencias en la víctima que el hecho implicó, destacando la existencia de pesadillas, actitudes violentas y el retroceso en el control de esfínteres, más la cicatriz permanente que le haría recordar el suceso.

Dijo la Defensoría de los Derechos del Niño que la familia del niño se tuvo que ir de Plottier por este hecho, y que la cicatriz no podría ser ocultada, generando preguntas por parte de terceros y provocando un recuerdo permanente del hecho traumático del cual fue responsable el acusado, la cual sería difícil de tratar, además que marcó que sería poco probable que la familia pueda acceder a una cirugía eventualmente por su condición social.

En este punto, la Defensoría de los Derechos del Niño recordó que se hizo conocer durante el debate conductas del niño catalogadas como "raras" y el daño auto-infligido en sus partes íntimas, la encopresis y la enuresis del niño y los juegos simbólicos que daban cuenta de las secuelas, entre los que destacó el que hacía con su hermano en donde venía la ambulancia.

Sostuvo la Defensoría de los Derechos del Niño que el hecho era tan traumático que llevó incluso a que la acompañante dejara de prestar el servicio que daba por no poder soportarlo, remarcando que el niño sabía que fue lo que le pasó, quien fue, y lo que se dijo que esto podría causar en el futuro.

Remarcó la Defensoría de los Derechos del Niño que la vida del niño estuvo en peligro real, y que el acceso carnal deja huellas psíquicas que no se borran, refiriendo a ello como "la muerte del alma", todo lo cual, la llevaba a entender que este caso se encontraba en el máximo de la escala, el cual, no obstante, no podía ser alcanzado en este caso, porque había que considerar que no desconocía que había atenuantes, entre los que marcó la edad del imputado y su situación mental.

Sin perjuicio de ello, recordó la Defensoría de los Derechos del Niño que, si bien en la audiencia el acusado decía tímidamente su nombre y decía no recordar datos personales de él, y se lo quiso mostrar como que no podía valerse por sí solo, estas cuestiones fueron desacreditadas por los testigos, entre los que mencionó a GORDILLO, quien contó que, en ocasión que lo examinó, el mismo no tuvo problemas en darle estos datos y darle detalles sobre su vida personal y contarle el hecho que habría padecido, relacionando esta situación con lo que explicó el Dr. KUTNOWSKI en cuanto a la capacidad de simular de este.

Asimismo, la Defensoría de los Derechos del Niño mencionó que el diagnóstico del imputado fue de leve a moderado, y que tenía capacidad para votar y manejar dinero en pocas cantidades, que conocía cosas como por ejemplo quien era el Presidente de la Nación y de River Plate, que había adquirido habilidades como pintar, cocinar, etc., y, principalmente que tenía capacidad de comprender; indicando que, a su entender, lo que sostuvo el Dr, LOMBINO era contradictorio.

En este punto, dijo la Defensoría de los Derechos del Niño que había que ponderar que hubo premeditación en el accionar del acusado, que buscó un cuchillo y un pote de crema, que se sacó la ropa y la dejó en el interior de la vivienda, que sabía que lo que hacía era un delito, teniendo posibilidades de desistir, ya que recorrió 200 metros con el niño, y que después tuvo, dentro de la casa, que hacer acciones que le dieron tiempo para recapacitar.

En cuanto a los motivos que lo llevaron a delinquir, dijo la Defensoría de los Derechos del Niño que no había justificación alguna en su conducta, y que tenía antecedentes por cometer un hecho contra el mismo bien jurídico protegido, el cual fue expuesto por el testigo RIVAS, el padre la primera víctima del acusado, marcando la diferencia que aquí quiso matar al niño.

Respecto a la posición de la Defensa, la Defensoría de los Derechos del Niño dijo que la imputabilidad disminuida no existe en la ley, que es una creación jurisprudencial, que lo que debe determinarse, conforme la ley, es si el acusado es imputable o no, cuestión que ya fue juzgada, concluyéndose que sí lo era.

En este sentido, dijo la Defensoría de los Derechos del Niño que el imputado es verdad que tiene un retraso madurativo y la condición de persona vulnerable, y que esto fue evaluado al mensurar la pena, por lo cual pidió la pena de treinta años de

prisión, más la declaración de reincidencia, costas, accesorias legales y la inscripción en el RIPECoDIS.

A su turno, la **QUERELLA** dijo que no reiteraría los argumentos de los otros dos acusadores, adhiriendo a todo lo que ellos dijeron previamente, y sostuvo que el grado de injusto tenía que valorar la prevención general y particular del caso.

Sostuvo la Querella que la posición de la Defensa pretendía la "misericordia" del acusado a los fines de evaluar la pena en concreto, haciendo referencia a la ausencia de tratamiento carcelario, lo cual lo habría llevado a reincidir, y el retraso madurativo, como una circunstancia que le implique un menor reproche.

En este sentido, dijo la querella que el acusado tiene una compulsión, y que categorías de pedófilos hay muchas, con más o menos desarrollo intelectual, siendo que aquí se pretende poner el énfasis en la condición de disminuido mental para que se lo entienda menos culpable.

En cuanto a la extensión del daño, dijo la Querella que se acredita el mismo, tanto físico como psíquico, y que de casualidad no causó la muerte del niño por peritonitis, ni logró matarlo con el cuchillo.

Refirió la querella al precedente rionegrino "Briones", según el cual se debería partir de la mitad de la escala para fijar la pena en concreto, pero aclaró que no estaba de acuerdo con esto, pero que en este caso, la pena a imponer igual sería importante, arrancho desde el mínimo como punto de entrada.

En este sentido, refirió la querella a la conducta del acusado, como se lo llevó de la casa al niño y realizó un sinnúmero de

acciones que lo alejan de la compulsión instantánea, por lo que pidió la pena de treinta años de prisión, más la declaración de reincidencia, costas y accesorias legales.

Por último, la **DEFENSA** dijo que entendía que había algunas cuestiones importantes que marcar, y que reiteraba su desacuerdo a la imposibilidad de que esta cuestión de plantear la imputabilidad disminuida pudiera ser discutida frente al jurado popular, lo cual era, a su juicio, la solución justa para el caso.

En este caso, dijo la Defensa que debe considerarse para imponer la pena por parte del Estado el "principio de culpabilidad", "la igualdad" y el fin de la pena.

Al respecto, se preguntó retóricamente la Defensa que posibilidad de reproche tiene el Estado en este hecho concreto, y afirmó que debía mirarse a la persona humana que recibiría la pena, sosteniendo que los acusadores estarían soslayando el problema de fondo, y que existiría una negatividad para no mirar la profundidad del caso, que está relacionada con el problema, y se buscaría simplemente satisfacer lo que "dicen" los diarios, lo cual no sería una resolución acorde a derecho, ni una pena justa.

Refirió la defensa a lo que dijo la junta del JuCAID sobre el imputado, en la cual se indica que el mismo tiene un retraso mental moderado y se le requirió acompañante, lo cual va más allá de sostener si recuerda la fecha de su nacimiento o si se hace el "tonto" o simula, alegando que esto fue ignorado en la etapa anterior.

Dijo la Defensa que el problema aquí es que se está frente a una persona con discapacidad, y que, pese a que es verdad que toda la familia de este se crió igual, su condición lo predispuso a lo que es, marcando que estuvo en un hogar, pero este (el hogar Ayelen)

no es uno común, sino uno para gente con discapacidad, y que fue a una escuela especial, la cual no terminó. Asimismo, refirió la Defensa que el imputado es una persona limitada, que estuvo en una cárcel provincial, habiendo cumplido una pena de 8 años, saliendo apenas tres meses antes de terminarla.

En este punto, la Defensa refirió a que lo único que se hizo fue poner un dispositivo de reinserción para el acusado en el momento de su vuelta a la libertad, donde se lo mantuvo controlado, cuando antes no se había hecho nada, y que luego esto se le quitó, no considerándose el riesgo de reincidencia o peligrosidad.

Sostuvo la Defensa que el imputado no tenía vínculos familiares, y que se lo dejó a la deriva, cuando ya había sido condena a una pena de 8 años de prisión por un hecho similar, alegando que lo que pasó el 25 de diciembre del año pasado fue una consecuencia de todo lo que el Estado no hizo, y que ahora se está en una situación peor que cuando fue condenado la primera vez.

Alegó la Defensa que no se le puede hacer un reproche similar al imputado que el que se le haría a una persona que no haya pasado por todo lo que él pasó, sosteniendo que esto no es un capricho de esa parte, sino un principio de igualdad, porque debe haber un trato diferenciado porque es una persona distinta, ya que este tiene una discapacidad y que el Estado no puede mirar para otro lado, pensando que alcanza con mandarlo a la cárcel.

Por estas razones, dijo la Defensa que solicitaba la declaración de imputabilidad disminuida, aclarando que no sostienen que el imputado sea inimputable en los términos del artículo 34 del Código Penal, que admite que el mismo entiende la diferencia entre el bien y el mal, y no se puede decir que no comprendía lo que hacía, pero sí que le corresponde un reproche menor, lo cual tiene que ver con el principio de culpabilidad.

En este sentido, la Defensa recordó el precedente "Barahona", sosteniendo que el mismo resulta aplicable al caso, y que este demuestra que esa posibilidad existe, y que, si los jueces quieren, se puede aplicar.

En cuanto a los agravantes que nombraron los acusadores, la Defensa sostuvo que los mismos son parte del tipo penal por el cual se declaró la responsabilidad, que todo lo que se dijo ya está contemplado en la norma como parte de ella, indicando que el grave daño a la salud ya se tomó en cuenta para declarar la responsabilidad penal del abuso en forma agravada, y que se hizo concursar la figura con la tentativa de homicidio, lo cual comprende el riesgo a la vida real al cual aludieron.

Alegó la Defensa que lo antes dicho no excluye la responsabilidad del acusado, pero si la atenúa, pero no como una circunstancia contemplada en los artículos 40 y 41 del Código Penal, sino como un caso de justicia, explicando que el reproche penal debería ser menor, porque así surgiría de la Constitución, teniendo en cuenta el fin de la pena y el grado de culpabilidad.

De esta manera, la Defensa solicitó que se trate el caso del acusado como un supuesto de imputabilidad disminuida, considerando la historia específica de este y su individualidad, considerando que el mínimo legal supera el nivel de culpabilidad, por lo cual pidió la declaración de inconstitucionalidad del mismo.

A los efectos de sostener el pedido de inconstitucional del mínimo legal de pena, dijo la Defensa que el mismo es en este caso una pena inhumana, cruel y degradante, que no tiene como finalidad la reinserción del mismo, por lo cual pidió la pena de 4 años de prisión, y que se ordene que se le haga al acusado un tratamiento individualizado criminológico y pormenorizado, que tenga en cuenta

su discapacidad, condiciones de vulnerabilidad y el riesgo a fin de evitar que vuelva a reiterar.

Subsidiariamente, frente al supuesto que no se hiciese lugar al pedido de inconstitucionalidad, la Defensa pidió el mínimo legal.

Atento al planteo de inconstitucionalidad, se le dio traslado a la **FISCALÍA**, la cual dijo que entendía que no se daban los presupuestos para ello, y que el caso "Barahona" es diferente a este, pues allí se habilitó el mismo para bajar la pena un año y permitir una pena de ejecución condicional, porque se entendió que la prisión efectiva podía propiciar la muerte del acusado, y que este no tenía antecedentes penales, que lo único en común es la existencia de un retraso mental.

La **DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO** dijo que entendía que el mínimo no era inconstitucional, que se pretende un espacio terapéutico, y que no se probó que el imputado tenga una discapacidad que merezca ser valorada, para el caso, conforme las pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal, ni que la pena fuera cruel o inhumana.

Por su parte, la **QUERELLA** adhirió a lo dicho por los acusadores preopinantes.

Haciendo uso de la última palabra, la **DEFENSA** dijo que había hecho una crítica razonada del caso, que entendía que "Barahona" era un caso similar a este, y que tratar igual a una persona con discapacidad que a otra sin esta condición es una desigualdad, que es injusto.

Marcó la Defensa que la situación de que el imputado haya reincidido, en un hecho casi igual que el anterior, no es algo

casual, recordando que se había indicado por los profesionales intervinientes que no tuviera contacto con niños.

A todo esto, reiteró la Defensa que el mínimo es inconstitucional en base al "principio de igualdad", ya que tratar de forma igual a personas que están en circunstancias distintas es inconstitucional porque afecta esa igualdad; el "nivel de culpabilidad", porque solo se puede reprochar en base al nivel de comprensión que puede asumir; y la finalidad de la pena, donde treinta o veinticinco años, considerando que el acusado no tiene siquiera posibilidad de acceder a la condicionalidad de alguna parte de la pena, es cruel e inhumana porque es un discapacitado.

d. **MANIFESTACIONES FINALES DEL IMPUTADO.**

Finalizados los alegatos, se le preguntó al imputado si deseaba hacer manifestaciones finales antes de pasar a deliberar, y este dijo que no.

Se deja constancia que, a tenor del sistema procesal vigente, se han mencionado solo sucintamente los argumentos fundamentales de las partes, por cuanto, la totalidad de lo plasmado en la audiencia llevada a cabo se encuentran debidamente registrado en los soportes informáticos a resguardo de la Oficina Judicial, quedando a disposición de las partes y eventuales terceros a sus efectos.

**CONSIDERANDO:**

1. Lo primero que se ha tenido en cuenta a los fines de mensurar la pena en concreto que ha de corresponder son las circunstancias que marcan los artículos 40 y 41 del Código Penal, que resultan ser las pautas a las que se deben ceñir los jueces para graduar la pena aplicable al caso concreto frente a penas temporales, considerando las circunstancias

agravantes y atenuantes particulares que surgieron en este capítulo de punición y fueron alegadas por las partes.

2. Con estas pautas, conjuntamente se ha tenido en cuenta que el imputado fue declarado penalmente responsable por los delitos de **TENTATIVA DE HOMICIDIO EN CONCURSO REAL CON ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR RESULTAR DE ELLO UN GRAVE DAÑO A LA SALUD**, en carácter de **AUTOR**, de conformidad a lo normado y reprimido en los artículos 79, 42, 55, 119 -primer, tercer y cuarto párrafo inc. a- y 45 del Código Penal, a los efectos de determinar la escala penal dentro de la cual se puede graduar la pena concreta.
3. En cuanto al reproche específico, se ha analizado, en primer lugar, la escala que tienen conminada en abstracto los delitos por los cuales se declaró la responsabilidad penal, lo cual conlleva algún grado de discusión, respecto a la aplicación de la escala concreta para el caso del delito tentado.

En este sentido, se observa que la Fiscalía y la Defensoría de los Derechos del Niño receptaron la posición de que en el caso del delito tentado, se debe reducir a la mitad el mínimo, y en un tercio el máximo, por lo cual interpretan que el monto máximo del homicidio simple en grado de tentativa alcanzaría los dieciséis años y ocho meses de prisión, lo cual, llevaría a que el máximo para el concurso real por el cual se declaró la responsabilidad alcance los treinta y seis años y ocho meses de prisión, sumando los veinte años de prisión que tiene como máximo el tipo agravado del abuso sexual con acceso carnal.

Respecto de la querrela, no quedó muy claro a cuál de las interpretaciones adhiere, porque dijo adherir a lo que

manifestaron los otros dos acusadores, pero mencionó, en una parte de su alegato de cierre, que el máximo sería de treinta y dos años y seis meses, lo cual solo podría surgir de interpretar que es el máximo el que se reduce en la mitad.

En cualquiera de los casos, el mínimo legal para el concurso no estaría discutido que sería el del abuso sexual con acceso carnal agravado, que inicia en los ocho años de prisión, porque en cualquiera de las interpretaciones posibles, el mínimo del homicidio tentado sería menor.

En cuanto a la graduación de la escala correspondiente para el delito de homicidio simple en grado de tentativa, se observa que el artículo 44 -primer párrafo- del Código Penal prescribe que *"La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad"*, lo cual, por su redacción, se presta a diversos criterios de interpretación, siendo tres los principales que la doctrina y la jurisprudencia han receptado mayoritariamente.

Una de las posturas sostiene que el mínimo de la escala correspondiente al delito consumado debe reducirse a los dos tercios y el máximo a la mitad; en tal sentido, se afirma que el sistema de la pena de la tentativa no significa un apartamiento de lo que el Código dispone en la parte especial en abstracto, para cada infracción en particular, expresando las escalas en ese orden -primero el mínimo y luego el máximo-.

Otra opinión sostiene que las disminuciones prescriptas por la ley deben ser efectuadas sobre la pena que correspondería al agente "si hubiese consumado el delito", de modo que se acude a un procedimiento hipotético, por el cual el juez

determina en abstracto -dentro de la escala respectiva, la pena que, conforme con las circunstancias de los arts. 40 y 41 del Código Penal se hubiese aplicado, y, tras definir esa pena que le correspondería al sujeto -si el delito se hubiera consumado-, le debe imponer una sanción concreta, disminuyendo aquélla en un tercio hasta la mitad, es decir, que, en definitiva, llega a una nueva escala que tiene un mínimo (la mitad de la pena que se hubiera aplicado) y un máximo (las dos terceras partes de esa pena hipotética).

El problema de esta postura radica en que uno de los criterios para mensurar la pena es la extensión del daño, siendo que, en los delitos de resultado (como el homicidio) cuando son tentados, esto es un problema, porque hay que hipotetizar cuál sería el daño y sus consecuencias, cuando en la realidad este no se ha producido porque la finalidad criminal quedó truncada por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

Un tercer criterio postula que la reducción de la pena debe practicarse disminuyendo el mínimo a la mitad y el máximo en un tercio -postura asumida por los acusadores estatales-, la que cual conduce a las escalas de mayor amplitud, y la que, en general, ha seguido la jurisprudencia, cuando esto propiciaba conceder la posibilidad de la ejecución condicional de pena o la suspensión de juicio a prueba, para que el mínimo sea menor y permita la aplicación de estos institutos, en una interpretación en favor del imputado.

Sin embargo, esta interpretación, en nuestro caso, al reducir el máximo en un tercio, implica que la escala aplicable a la tentativa de homicidio simple, sería de entre cuatro años a dieciséis años y ocho meses de prisión, lo cual conlleva sistemáticamente un problema, pues ese máximo es mayor al que

rige para la tentativa de homicidio agravado que esta reprimido con prisión perpetua, pues, como lo dice el segundo párrafo del artículo 44 del Código Penal, en ese caso, la pena sería de entre diez a quince años de prisión.

Considerando esto último, en definitiva, entiendo que, el criterio que propone reducir el monto mínimo de la pena a los dos tercios y el máximo a la mitad, aparece como el más compatible con la sistemática del Código -la cual expresa primero el mínimo y luego el máximo de la escala penal en cada delito- y la que deja menos margen para la arbitrariedad.

Asimismo, entre esta interpretación y la que postularon los acusadores públicos, entiendo que, en rigor de lo establecido en el artículo 23 del CPP, se debe elegir, para este caso, la que implica disminuir en un tercio el mínimo y a la mitad el máximo, por ser la más benigna, conforme, conlleva una escala menor, en nuestro caso.

De esta manera, conforme lo antes dicho, la escala en abstracto para la declaración de responsabilidad que recayó luego del interlocutorio de responsabilidad de nuestro caso, considerando la regla del artículo 55 del Código Penal, nos lleva a que la pena conminada en abstracto deberá oscilar entre un mínimo de **OCHO (8) AÑOS y un máximo de TREINTA Y DOS (32) AÑOS y SEIS (6) MESES DE PRISIÓN.**

Esto último debe considerarse, eventualmente, toda vez que los acusadores, al menos la Fiscalía y la Defensoría de los Derechos del Niño, al peticionar pena, lo han hecho dentro de una escala más amplia.

4. Asimismo, se ha tenido en cuenta la pretensión punitiva de los acusadores, en los términos del segundo párrafo del artículo 196 del CPP, conforme lo cual el juez no puede aplicar una pena más grave que la requerida por estos, que en nuestro caso ha sido la que han requerido los querellantes, que fue de TREINTA AÑOS DE PRISIÓN, lo que implica que, en definitiva, más allá de haberse cuestionado los mínimos legales del código de fondo (punto al cual me referiré a continuación), la pena de prisión a imponerse en este caso concreto se encuentra circunscripta, por lo menos legalmente (de no receptarse la perforación de los mínimos por la inconstitucionalidad de estos), a un mínimo de OCHO (8) AÑOS DE PRISIÓN, y un máximo de TREINTA (30) AÑOS.
  
5. Por una cuestión de orden, entiendo que, conforme se recepta el principio que la pena se debe empezar analizar desde el mínimo, resulta importante determinar, en definitiva cual será ese mínimo, si el que establece la norma legal o el que propuso la defensa, luego de plantear la inconstitucionalidad del mismo.

En primer lugar, este análisis debe partir de que la declaración de la inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional, a través del cual se manifiesta una de las formas más eminentes de la dimensión política del Poder Judicial dentro del sistema de control difuso, por lo cual la misma es de carácter estrictamente excepcional y de última ratio.

En este sentido, tal como lo ha señalado la jurisprudencia, la primera regla de interpretación de un texto legal es la de asignar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya fuente principal es la propia letra de la ley, y su inconsecuencia o contradicción con una norma fundamental no

puede presumirse, sino que tiene que surgir claramente de un análisis racional de la misma, pero no de forma aislada, sino integral, atendiendo a la finalidad de la misma.

En este sentido, se analiza que la Defensa plantea la inconstitucionalidad del mínimo legal que surge de la regla del artículo 55 del Código Penal en los delitos que concursan en forma real en el presente caso, bajo la base que la misma afectaría los principios de igualdad, culpabilidad y finalidad de la pena, imponiendo una que resultaría cruel, inhumana y degradante.

En cuanto al principio de igualdad, la Defensa plantea que, para el caso que nos ocupa, se rompería el principio de igualdad, toda vez que se estaría tratando en forma igual a una persona diferente, lo cual merece algunas aclaraciones.

Si bien es verdad que darles lo mismo a personas que se encuentran en circunstancias diferentes podría resultar algo injusto, ello no es lo mismo que decir que las simples diferencias entre las personas justifiquen la no aplicación de la misma regla, pues, de ser así, habría que ver que, en rigor de verdad, ninguna persona es igual a otra, como tampoco lo son sus historias de vida, y así tendría que haber una regla diferente para cada persona.

En este sentido, lo que debe analizarse, a los fines de establecer una pena equitativa, no son los accidentes o diferencias individuales entre los sujetos, sino las diferencias en las circunstancias de la conducta reprochada y el nivel de culpabilidad del sujeto, en base a la capacidad de discernir y dirigir sus acciones para el caso específico, y no en forma genérica o hipotética.

En este sentido, una discapacidad o capacidad diferente, no implica per se el trato diferente frente a la ley penal, si esta circunstancia no ha gravitado en la realización de la conducta reprochada o ha implicado una anulación o una obnubilación en la capacidad de discernir entre lo que está bien y lo que está mal, lo correcto e incorrecto, y de dirigir la misma en base a ello.

En nuestro caso, si bien no está discutida la existencia de una debilidad mental en el acusado (incluso considerando está en el grado de moderado), no se ha demostrado que ello haya impedido o mermado la comprensión de la criminalidad de la conducta realizada, ni que haya impedido que este dirija sus acciones o haya condicionado las mismas; sino por el contrario, los acusadores han demostrado la existencia de una especie de "planificación", que si bien podría considerarse rústica no escapa de esta clasificación, considerando que se aprovechó la nocturnidad y distracción de los adultos que podían proteger al niño para llevárselo de su propia cama en su casa, sin ser visto (indistintamente si esto fue producto de una represalia o no, como se sugirió que habría sido, considerando una discusión previa con los hermanos que implicó que lo echaran del lugar), y trasladarlo a otro domicilio, para perpetrar el hecho, acondicionando el lugar con un colchón, preparándose, y buscando los elementos para consumir la finalidad sexual y homicida, con mayor facilidad.

Esta especie de planificación indica entendimiento de la criminalidad de la conducta que ha realizado ya desde el inicio, y, obviamente, un alto grado de dirección y concatenación de acciones destinadas a un fin, que no resultan posibles de ser catalogadas como automáticas o meramente impulsivas, toda vez que la sustracción del menor ocurre en forma furtiva, lo que muestra una comprensión de

que ello no sería permitido, al igual que el traslado a otro domicilio, donde no había personas.

A su vez, la actitud al ser sorprendido en flagrante comisión del hecho, la de querer escapar en primera instancia, y luego pedir que lo maten y alegar que se la "mandó" nuevamente, también hablan de una comprensión de esta criminalidad de la conducta desplegada, como así también, de la posibilidad de dirigir su conducta.

Vale aclarar que, la imputabilidad es un presupuesto de la posibilidad de que se declare la responsabilidad penal de una persona, y, en este caso, ello ya ha ocurrido, y, tal cuestión, fue debatida durante el interlocutorio de responsabilidad, y, correctamente instruidos los jurados, entendieron que ello se había acreditado, por lo cual, esto no está en discusión en esta instancia.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, y de que no se desconoce la discapacidad o debilidad mental que padece el imputado, lo cierto es que no se ha acreditado que ello haya sido una circunstancia que haya impedido o mermado la comprensión de la criminalidad de la conducta o que haya, de algún modo, impedido que pueda dirigir su conducta, o la hubiera condicionado.

En este punto, vale aclarar que cualquier persona capaz de realizar un acto de la naturaleza del que fue objeto de este juicio, contra un infante de apenas tres años de edad, no puede considerarse dentro de los parámetros de la "normalidad" de lo que usualmente se considera tal, porque pensar ello, sería pensar que las personas "normales" son las que cometen estos hechos, lo cual está lejos de la verdad, y, sin dudas, esto algo que el propio legislador a contemplado

al establecer la punición para este tipo de conductas, siendo que lo que se analiza es la comprensión de la criminalidad de la conducta realizada y la posibilidad de elegir realizarla o no.

De esta manera, no se ve, teniendo en cuenta estos parámetros, que haya un trato desigual al imputado por aplicarle la escala legal que el legislador ha pensado para este tipo de hechos, respecto al que habría de aplicarse con cualquier otra persona que no padeciera una discapacidad como la que tiene el mismo, dado que ello no ha implicado, o al menos no se ha demostrado, que haya incidido en el grado de comprensión de la criminalidad del hecho o de dirigir sus acciones, al punto de llevarlo a que merezca un reproche por debajo del mínimo legal.

En cuanto a la violación del principio de culpabilidad alegada, se analiza que ello no es algo diferente de lo que se ha planteado como principio de igualdad en este caso, de conformidad a los argumentos que se esgrimieron para sostener este extremo.

En este sentido, no se ha acreditado que el nivel de reproche deba ser inferior al que el legislador ha previsto para casos de esta naturaleza en base a las características personales del imputado, toda vez que no se ha demostrado que ello haya mermado la capacidad de comprensión de la criminalidad de estos hechos en particular, ni que haya incidido en la capacidad para dirigir sus acciones, por lo que se entiende que no hay vulneración de este principio.

En cuanto a la finalidad de la pena, sin desconocer el sentido de resocialización de la misma, entiendo que sostener

que ello es la única finalidad, es desconocer la naturaleza misma de la pena.

En este sentido, debe verse que la misma defensa habla del grado de culpabilidad como parámetro para mensurar la pena, lo cual, sin dudas, tiene de algún modo un carácter retributivo, donde se mide el nivel del injusto y el grado de culpa, por lo cual existe una contradicción interna al sostener ambos presupuestos a la vez, ya que, si se creyera que la pena cumple solo una finalidad resocializadora, entonces lo que habría que evaluar no debería ser el nivel de culpa, sino el tiempo que demandaría cumplir con tal finalidad.

Por otra parte, también resulta contradictorio, o al menos inexplicado, porque la defensa considera que una pena de cuatro años (como la que peticiona) cumpliría con la finalidad de reinserción social, y no lo haría una pena mayor dentro de los límites legales que establece la legislación.

Lo antes dicho me lleva a sostener que la afirmación de la Defensa respecto a la inconstitucionalidad del mínimo legal de pena para el tipo penal por el cual se declaró la responsabilidad penal, por la circunstancia de que no cumpliría con la finalidad de la misma, es meramente dogmática, toda vez que no se explica porque la que peticiona si lo cumpliría, y el mínimo legal o una mayor no lo haría.

Asimismo, tampoco se explica porque las circunstancias particulares del imputado que se invocan resultan gravitantes para determinar que se deberían perforar los mínimos para cumplir con la finalidad de la pena, marcando una diferencia con el caso de otra persona que no tuviera esa discapacidad,

que implicara que, para alcanzar el mismo, se debería en este caso aplicar una pena menor al mínimo.

De esta manera, no se advierte que una pena dentro de los parámetros legales de la ley de fondo atente contra la finalidad misma de la pena o subvierta sus fines, por las circunstancias particulares del imputado, y, en tal sentido, no habría vulneración de este principio.

Por último, la alegación de que una pena dentro de los parámetros legales que establece la legislación vigente sería inhumana, cruel y degradante para el imputado tampoco se ha acreditado, y se muestra como una mera afirmación retórica.

En tal sentido, ni siquiera se explica porque una pena de cuatro años de prisión, tal como la que solicita la defensa, no sería cruel, inhumana o degradante, y si lo sería una igual o mayor a ocho años de prisión, ya que, indudablemente, lo que se cuestiona no es el encierro en prisión en sí, sino, simplemente, el tiempo.

Esto último señalado implica un déficit en la fundamentación de la circunstancia que se alega, cuando no una contradicción, porque, de lo que surge de los alegatos de la defensa, no sería la prisión en una cárcel común lo que implicaría para el acusado una pena cruel, inhumana o degradante por su condición de persona con discapacidad mental, sino el tiempo de su duración.

Esto, previamente marcado, es una clara diferencia con el precedente del caso "BARAHONA, M. A. S/ABUSO SEXUAL", tramitado bajo legajo del MPFNQ Nro. 81.934/2017 (Sentencia del Tribunal de Juicio de fecha 25/JUNIO/2018), pues, en aquel caso, la perforación del mínimo tenía como

finalidad cambiar la modalidad de la forma de ejecución de la pena de prisión, propiciándose una de ejecución condicional, toda vez que se consideró por parte del Tribunal de Juicio que una pena efectiva podía implicar un riesgo para la salud de la persona, existiendo un precedente de intento de suicidio, con lo cual, se dijo que está podía implicar la provocación de la muerte del mismo, considerando sus patologías de base.

Vale aclarar -además- respecto al precedente referido, que este no es una jurisprudencia consolidada de nuestra justicia local, ni del país, sino que es -simplemente- un fallo de un Tribunal de Juicio que, en forma excepcionalísima (tal como lo dice el mismo fallo), declaró la inconstitucionalidad del mínimo legal de cuatro años de prisión para un abuso sexual gravemente ultrajante, fijando una pena de tres años de prisión de ejecución condicional, el cual ni siquiera fue objeto de confirmación por un Tribunal de Impugnación, ya que los acusadores que, en su momento se opusieron a esa posibilidad, no contestaron el planteo de inconstitucionalidad ni impugnaron la decisión por esta razón.

En este sentido, el precedente mencionado, de ninguna manera puede considerarse que pueda condicionar, de algún modo, la decisión que deba tomarse aquí, siendo que, además, aquel caso era muy diferente al que aquí se nos presenta, pues, lo único que hay en común es la existencia de un retraso mental en los acusados, pero en aquel caso se determinó por parte de los profesionales que, si bien BARAHONA podía comprender lo que estaba bien y lo que estaba mal, "*la dificultad [estaba] en qué representa[ba] para él lo que [estaba] bien o lo que está mal*", es decir, que si bien había un grado de

comprensión, este se encontraba afectado o disminuido, supuesto que no se ha acreditado en este caso.

En este sentido, no se encuentra fundamento alguno que indique que el tiempo de duración de la pena es lo que la convertiría en lo que la defensa alega que sería de no perforarse los mínimos, y, por lo tanto, no puede ser receptado.

Por estas razones, entiendo que no debe hacerse lugar al pedido de inconstitucionalidad del mínimo legal de pena establecido en la normativa de fondo, conforme la declaración de responsabilidad recaída, correspondiendo aplicarse la escala penal que surge de los delitos por los cuales se declaró, aplicando la regla del concurso real de delitos establecida en el artículo 55 del Código Penal.

6. En cuanto a los fundamentos de la pena en concreto requerida, los acusadores refirieron a agravantes y atenuantes, reconociendo, poniendo dentro de este último grupo a la discapacidad mental como tal, analizada en una forma diferente a la que pretendió la defensa, y a la vulnerabilidad del mismo por esta razón y sus circunstancias personales; mientras que, como agravantes, plantearon la naturaleza de la acción, la extensión del daño y la reiteración; y al nivel de educación como una cuestión neutral, que no debía ser valorada, lo cual no contradujo la defensa.
7. Vale aclarar que la Defensa no cuestionó la gravedad de la naturaleza de la acción y de la extensión del daño causado, siendo que, incluso, expresamente las reconoció, pero manifestando que, a su entender, la gravitación de lo que entendía como atenuantes las neutralizaba en su totalidad,

inclusive, al grado de pedir la perforación de los mínimos por ello, o, en su defecto, que se aplique el mínimo legal.

Sin perjuicio de ello, esto no quita que deban valorarse individualmente las circunstancias agravantes y atenuantes que se alegaron, y el grado de incidencia de cada una de ellas en la determinación de la pena en concreto.

8. En cuanto a la naturaleza de la acción, los acusadores refirieron a la desmesurada violencia, el grado de las lesiones y el riesgo cierto de vida del niño.

En este sentido, cabe hacer algunas aclaraciones, en primer lugar, conforme la declaración de responsabilidad que recayó, el imputado fue declarado responsable penalmente de abuso sexual con acceso carnal agravado por el grave daño a la salud en concurso real con tentativa de homicidio, por lo cual existen cuestiones que se citan aquí, que, tal como lo indicó la defensa, ya estarían contempladas dentro del tipo penal.

Al respecto, se analiza que el abuso sexual con acceso carnal se agrava por resultar un grave daño a la salud, daño este que, conforme lo ha señalado la jurisprudencia, no se ciñe a las lesiones contempladas en los artículos 90 y 91 del Código Penal.

En este sentido, no puede valorarse simplemente la existencia de un grave daño a la salud para agravar, más allá del mínimo para el tipo, cuando este ya se encuentra agravado por la misma ley de fondo, sin que ello se considere una doble valoración que no es permitida.

Sin embargo, este no obsta que se analice la extensión de ese daño, máxime cuando el mismo es previsible por las características del hecho y sus circunstancias, y, en este sentido, graduar la pena de conformidad a la intensidad del mismo, dentro de la escala agravada, pues esto es susceptible de ser graduado, en tanto aquel supere al mínimo requerido para configurar el agravante.

En este caso, no puede dejar de verse que, por las diferencias físicas y anatómicas entre un adulto y un infante de tan corta edad, el acceso carnal en sí implica un riesgo de vida cierto, que fue impedido de llegar a consecuencias ulteriores por la intervención de terceros, por lo cual, esto sería parte del tipo; pero, la violencia desplegada para poder perpetrarlo, lo excedió, toda vez que fue más allá de lo que la acción requería para consumarlo (sin considerar la tentativa de homicidio, que es una acción que se entendió autónoma a las violencias dirigidas a perpetrar el abuso, y así se calificó), toda vez que no había posibilidad de resistir por parte del infante, solo pudiendo entenderse en el marco de la perversidad, lo cual, merece evaluarse como una agravante considerable.

Así, excluyéndose las lesiones en el cuello, las restantes, al no integrar la tipicidad de la tentativa de homicidio, ni ser parte esencial de la conducta del abuso sexual o su agravante típica, entre las cuales se cuentan las mordidas y los golpes en el rostro y tórax del niño, entiendo que deben ser consideradas para agravar el reproche dentro de la escala del concurso de delitos.

Diferente es el caso de las lesiones en el cuello que pusieron en riesgo cierto la vida del niño, pues, si bien esto es cierto, no puede soslayarse que al acusado se lo ha

declarado penalmente responsable, en concurso real, de homicidio en grado de tentativa, lo cual implica tanto la intención de matar, como el riesgo cierto de que ello pudiera ocurrir, por lo tanto, no puede agravarse el reproche dentro de la escala por esta razón, sin que ello sea considerado una doble valoración, toda vez que esto es parte esencial del tipo mismo, sin perjuicio de considerarse el grado de ese peligro, o la cercanía de consumación a la que se estuvo, lo cual si habré de evaluar en este caso.

9. En cuanto al grado de vulnerabilidad de la víctima, entiendo que debe analizarse y considerarse como una agravante de suma trascendencia la circunstancia en la cual el niño es sacado de la custodia de su madre, esto es mientras dormía en su casa y en su cama, aprovechando la nocturnidad y distracción de los adultos, y que el mismo fue llevado a otro lugar, lejos del resguardo que podían brindarle estos, buscando actuar sobre seguro, sin riesgo para el agresor, tanto en lo que respecta al abuso sexual, como a la tentativa de homicidio.
10. Asimismo, en este punto también debe valorarse como un agravante importante la edad del niño, pues si bien es cierto que la circunstancia de estar por debajo de los trece años de edad es parte del tipo, no resulta menos cierto que, cuanto más abajo se está de esa edad, más vulnerable se considera al niño al ser menor es su capacidad para resistir y defenderse, por lo cual, el tener la víctima al momento de los hechos la edad de tres años es, sin dudas, una circunstancia que debe considerarse para aumentar el reproche considerablemente, tanto en lo que hace al abuso, como a la tentativa de homicidio, esto último, entendiéndose que, por ello, se estaría prácticamente dentro de una circunstancia de alevosía, teniendo en cuenta lo dicho previamente, tanto en la edad o

como en las circunstancias que se aprovecharon y buscaron, aunque no se haya calificado la conducta agravándola como tal.

11. Por otra parte, la planificación del ataque al infante, si bien es una circunstancia que debe considerarse para agravarse el reproche dentro de la escala penal, no debe dejar de verse que esto es parte de lo mismo que se ha dicho en el punto anterior, donde se buscó actuar furtivamente, sobre seguro, para sacar al niño de la esfera de custodia de su madre, a lo que solo se le debe sumar la preparación del lugar para facilitar la consumación de la conducta delictual y la elección de elementos para ello, lo cual habla de algún nivel de premeditación.

Vale aclarar que no se considera en este punto como agravante la utilización de un arma blanca, pues esto es parte de lo que se considera dentro de la tentativa de homicidio (esto se evaluó para determinar la cercanía e idoneidad de poder consumir el tipo tentado), pero sí el acondicionamiento del lugar y la previsión de disponer de estos elementos o conseguirlos con tal fin.

12. En cuanto a la extensión del daño, no se deja de analizar que un abuso sexual de las características del que se ha cometido en este caso, y la circunstancia de concurrir con una tentativa de homicidio, ya implica, de por sí, un nivel de daño físico y psíquico que el legislador ha considerado al establecer la escala penal, ya desde su mínimo; sin embargo, no se puede soslayar que este caso tiene particularidades que implican una valoración más gravosa, que va más allá de la simple configuración del tipo penal por el cual se declaró la responsabilidad penal, implicando un plus de daño que excede el previsible en estos casos, las cuales se relacionan con

las circunstancias de perpetración del hecho, la relación de cercanía de la víctima con el acusado por parentesco que fue aprovechada, y la intensidad del ataque, dejando "marcas" físicas permanentes que evocaran, necesariamente, este hecho, manteniéndolo presente en el tiempo, con la posibilidad de afectar en un futuro, aún más, la salud mental de la víctima, tal como fue explicado por los profesionales que depusieron en el juicio.

Vale aclarar en este punto, que solo se ha considerado para determinar esto último, a la Lic. RONIS, psicóloga que intervino para asistir al niño víctima, y no así a Manuela VENTOSA SHULMEISTER, quien, pese a haber sido acompañante externa, no dio un testimonio en carácter de perito, sino de simple testigo, toda vez que sus opiniones no respondían a una evaluación profesional, sino a meras apreciaciones subjetivas.

Asimismo, la forma en la que ocurre el hecho implica un grave menoscabo a la seguridad que un niño puede sentir en su propia casa, pues es sacado de allí, de su cama, en el medio de la noche, mientras dormía, con lo que es esperable también que tuviera problemas para conciliar el sueño posteriormente como secuela y sufriera de pesadillas, tal como se acreditó durante el juicio.

13. En igual sentido, no puede dejar de observarse que, tal conducta, configura la "peor pesadilla" de un padre o una madre, esto es que se lleven a un hijo de su propia casa, de su cama, en el medio de la noche, mientras dormía, lo cual para el caso, también configura una extensión del daño a la madre del niño, afectando la sensación de seguridad que el lugar donde uno vive debe brindar al grupo familiar.

Por otra parte, dentro de la extensión del daño, debe considerarse también como agravante la afectación a la cohesión de la familia, puesto que, sin dudas, el parentesco y relación entre los involucrados no puede soslayarse, siendo esto algo que no podía escapar del conocimiento del acusado, teniendo en cuenta el impacto que el evento ha causado, lo cual era claramente esperable.

14. En cuanto a los motivos que lo determinaron a cometer este hecho, dentro de lo cual se encuadraría una supuesta represalia del acusado por una discusión previa, o un acto de rencor o venganza, debe verse que, aun cuando esto podría ser un intento de explicación racional a lo irracional y aberrante del hecho en sí mismo, lo cierto es que no hubo prueba, ni durante el interlocutorio de responsabilidad, ni durante el capítulo de punición, que permitiera acreditar esta afirmación, quedando dicho postulado en una mera conjetura no probada, con lo cual, no puede considerarse para evaluar la pena, en ningún sentido.

15. En cuanto a la reincidencia en una conducta igual, más allá de la similitud entre los hechos y la modalidad comisiva, entiendo que se debe ser mesurado al evaluar ello, puesto que no puede caerse en la simpleza de agravarse la pena por esta razón, toda vez que por aquella conducta anterior ya fue juzgado y cumplió la pena.

Sin embargo, aquí no puede dejarse de ver la finalidad de la pena misma (aunque en un sentido diferente al que refirió la Defensa), donde la pena anterior demostró que no logró disuadirlo de repetir las mismas en el futuro y resocializarlo, por lo que, aparece como razonable, ser más severo en el análisis de la que corresponde para este caso,

sin salirse del grado de culpabilidad, a los efectos de que la misma implique un tratamiento acorde.

16. En cuanto a las atenuantes, todas las partes, si bien con diferente grado, fueron contestes en considerar la condición mental del imputado como una cuestión a evaluar para menguar el reproche.

En este sentido, tal circunstancia debe ser considerada por el juez, conforme los principios acusatorios, con esa perspectiva, debiéndose, entonces, solo determinarse en cuanto debe gravitar esta cuestión como atenuante, estando todos de acuerdo que lo es.

Así, para los acusadores la gravitación de esta atenuante es mucho menor a la que tienen los agravantes, los cuales terminan pesando más, llevando la pretensión punitiva para ellos más cerca de los máximos, que de los mínimos; mientras que para la defensa esta neutralizaría a todos ellos, al punto que se pide perforar el mínimo, o, en su defecto, no moverse de este.

Lo cierto aquí es que la defensa no niega la naturaleza aberrante de la acción ni la extensión del daño, sino que por el contrario, la reconoce en forma expresa en su alegato, pero se infiere que, por la petición punitiva que hace, la incidencia del retraso mental que padece el imputado y su vulnerabilidad las contrarrestaría totalmente.

Sin embargo, la defensa no explica cómo llega a esta mensuración atenuante, pues simplemente se limita a decir que el imputado tiene este padecimiento (que no se desconoce), pero no explica porque debería ser tan gravitante al momento de fijar la pena, cuando claramente no se ha desvirtuado que

el acusado comprendió cabalmente la criminalidad de la conducta que cometió y pudo dirigir plenamente sus acciones, incluso al punto de tener una planificación para ello, ni se ha demostrado que, tal condición médica haya mermado esas posibilidades, indiferentemente de la discusión que se ha traído en cuanto a si el retraso mental sería leve o moderado.

En cuanto a esto último, debe verse que la discusión sobre si el diagnóstico de retraso mental es de leve a moderado o moderado, no explica cómo ello incidió concretamente en el nivel de reproche, teniendo en cuenta que no se determinó que esto haya afectado, de alguna manera, el nivel de comprensión de la criminalidad del hecho y la posibilidad de dirigir las acciones por parte del acusado.

En todo caso, esto podría ser una cuestión personal que deba ser tenida en cuenta, pero no para determinar el nivel de culpabilidad, sino para graduar la pena, conforme a su finalidad, lo cual, no necesariamente debería ser un atenuante, ya que la regla del inciso 2do del artículo 41 habla de la calidad de las personas que demuestran una mayor o menor peligrosidad, siendo ello directamente trasladable a la determinación de la pena en concreto.

En este sentido, entiendo que, más allá de la discusión del diagnóstico, de lo que surge en la etapa de fijación de pena, donde se ha discutido específicamente esto, se entiende que el diagnóstico que se ha acreditado es el de un retraso mental moderado, pero de ninguna manera se ha demostrado que esto haya implicado, para el caso concreto, un menor grado de culpabilidad o merecimiento de reproche, porque no se ha establecido una relación directa de esta circunstancia con la conducta desplegada.

Asimismo, respecto de lo marcado por la Defensa de la actitud del Estado, tanto en lo que respecta al tratamiento penitenciario durante el encarcelamiento del imputado en un caso anterior donde fue condenado por otro delito contra la integridad sexual, como así también la asistencia que no le habrían brindado al recuperar la libertad; se advierte que no se ha acreditado que esto haya incidido, de alguna manera, anulando o mermando la capacidad de comprensión de la conducta que se le reprocha al imputado en este caso, ni que haya afectado la posibilidad de dirigir las acciones, o lo haya determinado a reincidir, por lo cual, ello no puede tampoco atenuar o bajar el reproche que merece, porque no se ha demostrado que esto implique una disminución de la culpabilidad.

Por esta razón, si bien entiendo que la condición mental del acusado debe ser valorada como un atenuante (tal como las partes lo vieron), considero que la valoración de ello debe ser en forma similar a la que ha efectuado la fiscalía en este punto, con el matiz de que entiendo que el diagnóstico es de retraso mental moderado; y no se puede considerar que esa condición implique necesariamente un grado menor de culpabilidad, como lo han pretendido mostrar desde la defensa, puesto que no se ha justificado o dado alguna razón que así lo explique para el caso concreto, surgiendo ello de una simple afirmación dogmática, alejada de las comprobaciones que surgieron durante el debate.

Vale aclarar que no puede considerarse la condición del imputado de discapacitado como una atenuante de su culpabilidad por la simple razón de estar presente, sino se demuestra que ello afectó o mermó la capacidad del sujeto para entender la significación de lo que estaba haciendo y/o

de poder elegir entre hacerlo y no hacerlo, porque no resultan ser elementos a valorar desde las pautas que establece el Código Penal para determinar la pena los sentimientos de lástima o misericordia que una persona con algún padecimiento pudiese provocar en el determinante, como así tampoco, su condición puede entenderse como un elemento a valorar para compensar con la pena aplicable; en el mismo sentido que no lo podría ser para agravarlo, el desagrado, rechazo o repulsión que este o sus conductas pudiese generar.

17. En cuanto a la vulnerabilidad del imputado como atenuante, entiendo que el sentido de la misma es coincidente con lo que se ha referido en el punto anterior por la condición mental del acusado, no siendo algo diferente a ello, sino parte de lo mismo, por lo cual, tal atenuante, ya está considerada al analizar lo anterior.

18. En cuanto a la educación del imputado, que la fiscalía mencionó como una circunstancia neutral, debe verse que la Defensa, ni los restantes sujetos procesales, han puesto en crisis tal valoración, por lo que, entiendo que, siendo racional tal visión, debe receptarse tal circunstancia en este mismo sentido.

Al respecto, el nivel de educación por sí solo, cuando no resulta ser sobre capacitación específica que tenga relación directa con la conducta reprochada, no puede ser tomado como agravante o como atenuante ante su ausencia, además que, de considerarse así, no sería más que una mera diferenciación ante la ley, violatoria del principio de igualdad, planteando una desigualdad entre quienes más estudian y se preparan, respecto a aquellos que no lo hacen o no tuvieron la posibilidad de hacerlo, cuando ni siquiera hay una relación directa del hecho reprochado con ello, y frente a algo donde

una persona sin ningún tipo de capacitación está en las mismas condiciones que uno altamente capacitado para comprender la criminalidad de la conducta desplegada y poder dirigir sus acciones; razón por la cual, es razonable que esto, en este caso, no incida en el reproche concreto, ni en más, ni en menos.

19. Respecto a la petición de la defensa de que se ordene un tratamiento individualizado criminológico y pormenorizado, que tenga en cuenta la discapacidad y condiciones de vulnerabilidad y riesgo del imputado, a fin de evitar la reiteración de conductas de este tipo, sin perjuicio de que ella se ve como ajustada a derecho y razonable, y, sí bien, comparto que la pena sola no alcanzaría a la finalidad perseguida, entiéndase que la misma responde a una cuestión que es propia de la ejecución, y, por lo tanto, competencia del juez de ejecución.

En este sentido, entiendo que ello es un planteo que corresponderá hacer durante la ejecución de la pena, y que, eventualmente, requerirá un examen más profundo de cuál es el tratamiento que corresponderá y se muestra más eficaz, frente a las particularidades del condenado.

Es por estas razones que entiendo ajustado a derecho imponer a H. G. L., la pena de **VEINTE (20) AÑOS DE PRISIÓN de CUMPLIMIENTO EFECTIVO**, más la declaración de primera **REINCIDENCIA**, habiéndose informado de una condena anterior, en orden a lo establecido en el artículo 50 del Código Penal; más accesorias legales de conformidad al artículo 12 del Código Penal, con **COSTAS**, esto último conforme al principio general de la derrota, atento que no se argumentaron motivos para apartarse del mismo.

Por ello,

**RESUELVO:**

- I. **CONDENAR** a **H. G. L.**, DNI ..., a la pena de **VEINTE (20) AÑOS DE PRISIÓN EFECTIVA**, más accesorias legales (Art. 12 del Código Penal), **CON COSTAS** (Arts. 179, 268 y cc. del CPP), en relación al hecho por el cual fuera declarado por el jurado popular penalmente responsable calificado como **TENTATIVA DE HOMICIDIO EN CONCURSO REAL CON ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR RESULTAR DE ELLO UN GRAVE DAÑO A LA SALUD**, en carácter de **AUTOR**, en perjuicio de M. T. L., hecho cometido el 25 de diciembre de 2018; y declarar su **PRIMERA REINCIDENCIA**.
  
- II. **NOTIFIQUESE** a los correos electrónicos de las partes y al imputado. Firme que sea, practíquense las comunicaciones de estilo y ofíciase al Registro Nacional de Reincidencia y a la Policía Provincial para su toma de razón. **CÚMPLASE** con lo previsto en el artículo 11 bis de la ley 24.660 (texto conforme Ley 27.375); e **INSCRÍBASE** en el Registro de Identificación de Personas Condenadas por Delitos contra la Integridad Sexual (RIPeCoDIS), de conformidad a lo establecido en la ley 2520.
  
- III. **REGISTRESE, y PROTOCOLÍCESE** junto con la sentencia de responsabilidad de la cual es parte.-



Dr. Diego H. Piedrabuena

Firmado digitalmente por:  
PIEDRABUENA Diego H.