



**SENTENCIA N° 42/2023.**- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los **24 días** del mes de **Julio** del año **dos mil veintitrés**, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación**, integrada por los Señores Magistrados **Nazareno Eulogio** y **Andrés Repetto** y la Señora **Magistrada Florencia Martini**, presididos por el nombrado en primer término, con el fin de dictar sentencia en instancia de Impugnación, en el Legajo N° 31.350/2020 del registro de la ciudad de Zapala, caratulado "**N., E. s/ abuso sexual agravado por el vínculo**", seguido en contra de **E. N.**, argentino, con DNI N° ..., nacido el 18 de julio de 1983 en la ciudad de Zapala, provincia del Neuquén, soltero, albañil, domiciliado en Barrio Toma ... .., calle ... .., lote ..., de la ciudad de Neuquén.

Intervinieron en la instancia de Impugnación por la fiscalía Marcelo Jofre, por la querrela institucional Natalia Díaz y por la defensa Lucas Guiñez.

**I. ANTECEDENTES:**

Por sentencia de responsabilidad dictada el día 30 de septiembre del año dos mil veintidós, el



tribunal de juicio integrado por los jueces Maximiliano Bagnat, Carolina González y Juan Pablo Balderrama, resolvió, en lo que aquí interesa, "...**I.- Declarar penalmente responsable al Sr. É. N., titular del DNI n° ...**, de demás datos consignados en el legajo, del delito de **ABUSO SEXUAL SIMPLE, DOBLEMENTE AGRAVADO POR EL VÍNCULO Y POR SER COMETIDO CONTRA UNA MENOR DE DIECIOCHO AÑOS, APROVECHANDO LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON LA MISMA**, en calidad de **AUTOR**, previsto y reprimido en el art. 119 primer párrafo, en función del cuarto párrafo incs. B) y F) del Código Penal, en perjuicio de la niña C. A. N. M....".

Como consecuencia de dicha sentencia el mismo tribunal dictó sentencia de pena el día 19 de abril del año dos mil veintitrés, en la que resolvió "...**1.- Imponer a É. N., titular del DNI N° ...**, de demás datos consignados en el Legajo **31350/2020, la pena de 3 (tres) años y 6 (seis) meses de prisión de efectivo cumplimiento**, más accesorias legales (art. 12 del CP) y costas del proceso (268 del CPPN), por el delito por el que fue declarado penalmente responsable, esto es **abuso sexual simple**,



*doblemente agravado por el vínculo y por ser cometido contra una menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma, en calidad de autor, en perjuicio de la niña C. A. N. M. (Art. 119 primer párrafo, en función del cuarto párrafo incisos B) y F) del Código Penal)..."*

## **II. IMPUGNACIÓN DE LA DEFENSA:**

**a)** El defensor del condenado interpuso recurso de impugnación en contra de la sentencia que declaró la responsabilidad penal de **É. N.** por el delito ya indicado, y la consecuente sentencia de pena, solicitando que luego de dar tratamiento a su apelación se revoque la sentencia de responsabilidad dispuesta, dictando la absolución de su asistido y, subsidiariamente, se anule la pena y, asumiendo competencia positiva, se imponga la pena de 3 años de prisión de cumplimiento en suspenso y las reglas de conductas que hubieren de corresponder en los términos del art. 27 bis del CP.

**b)** En el escrito de impugnación presentó dos motivos de agravio distintos.



1. Conforme **el primer motivo de agravio** consideró que, a su modo de ver, durante el juicio no se logró acreditar la responsabilidad penal atribuida al acusado.

Fundó su posición en que el relato de la niña prestado en cámara gesell se encontraba inducido por su madre. Al respecto afirmó que *"...hay evidencia producida en el juicio que sostiene manipulación hacia la niña, en primer término se pasó en juicio unos videos grabados por la madre en la cual la misma ante preguntas sugestivas le sugería que su papá era el que la había tocado, estos videos fueron grabados después de la denuncia pero antes de la cámara gesell, en el año 2020, el tribunal en cambio sostuvo: en el presente caso nos encontramos frente a videos y audios de C. A. anteriores a la cámara Gesell. Tomados por su madre de manera espontánea, no guiados ni sugestivos. La denuncia la hace la madre alegando que su hija decía papá malo, papá titi, con solo esas palabras la madre denuncia por presunto abuso sexual en contra del padre..."*.

Agregó que la psicóloga forense Lic. Cid en junio del año 2020 determinó que la niña no pudo



pasar el "test de verdad/mentira", que su relato resultaba muy confuso para el entrevistador en razón de que no contaba con el capital semántico adecuado, por lo que concluyó que no estaba en condiciones de afrontar una cámara gesell. El defensor agregó que más tarde la Lic. Cid volvió a entrevistar a la niña y concluyó que por su corta edad resultaba escasamente probable que ella diera cuenta de victimizaciones sexuales.

Refirió que en febrero del año 2022 la Lic. Zuccarino, psicóloga forense, dijo que *"...la niña tuvo múltiples intervenciones con adultos, no descarta contaminación en su relato, por su edad la niña es altamente sugestionable y que no se descarten otra hipótesis, y que es difícil que una niña de 4 años se acuerde de escenas o vestimentas que tuvo a los 2 años..."*.

Consideró que *"...toda esta información no fue tomada en cuenta por el tribunal para dudar acerca si el relato de la niña es propio o influenciado por un adulto cercano como su madre..."*, influencia que a su modo de ver quedó evidenciada *"...no solo por los videos*



*que gravó su madre sino como se expresaba de forma negativa hacia N. en el juicio...".*

*A su criterio el tribunal cometió un error cuando sostuvo que lo dicho por la niña "...se trató de un relato con fidelidad y constancia. Se observó coherencia interna y externa en cuanto a que C. le habría relatado a su madre el hecho de agresión sexual vivenciado...", agregando luego el tribunal que "...en dicha inteligencia, llegamos a la convicción de que se trata de un recuerdo original. C. brindó un recuerdo que tiene detalles propios de una niña de su edad. Pudo dar cuenta de interacciones. Y lo que tiene un gran valor en su relato es que aportó detalles sensoperceptivos...".*

*El defensor cuestionó esas conclusiones afirmando que "...en el relato original (la niña) solo había dicho papá malo y papá titi, todo lo que dijo después en cámara gesell fueron agregados que la niña consumió de su mundo adulto que la rodea, por ello no se descarta contaminación en el relato. Además la niña relata que tenía una bikini cuando le pasó eso, pero la madre sostuvo que en ese tiempo usaba pañales y no*



*bikini, por ende no hay coherencia interna ni externa en el relato de la niña, que claramente por su alta sugestionabilidad su relato fue contaminado por un adulto, que en este caso sería su madre atento a que solo convive con ella...".*

Estos fueron los argumentos utilizados para concluir que, a su modo de ver, "...no fue acreditada la materialidad del hecho acusado (ya) que la niña difícilmente pudo acordarse a los 4 años lo que supuestamente le pasó a los 2 años tal como sostienen las psicólogas, que su relato está contaminado por la alta sugestionabilidad que tiene, y esto es claramente lo que realizó su madre, al ver el concepto negativo de N. que tuvo en el juicio así como los videos que grabó su madre altamente sugestivos indicando a la niña que su papá era malo...".

En función de todo ello solicitó que por aplicación del principio de la duda en beneficio del imputado se declare la nulidad de la sentencia de responsabilidad y en consecuencia, asumiendo competencia positiva, este Tribunal absuelva al acusado



por el delito de abuso sexual simple agravado por el que fue juzgado.

2. Como **segundo motivo de agravio**, planteado de forma subsidiaria, la defensa cuestionó la pena impuesta a su asistido. Al respecto sostuvo que, a su modo de ver, *"...esta pena corta de encierro efectivo en este caso concreto y teniendo en cuenta las condiciones personales del imputado es desproporcionada generando un efecto desocializador en el mismo, incumplimiento mandatos constitucionales, tales cuestiones están planteadas muy claramente por el derecho internacional, más precisamente por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), a cuyas cláusulas Argentina se encuentra sujeto. Así dispone el artículo 5.6 de la Convención Americana: "[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados..."*.

Respecto de la readaptación social del condenado consideró que *"...la pena propuesta por esta parte, esto es 3 años de cumplimiento condicional*



*sujeto a cumplir reglas de conducta por el plazo de 3 años, ayudaría justamente a continuar socializado tal como lo venía haciendo, (ya que) quedó probado en la cesura que N. es un hombre de trabajo siempre se dedicó a la construcción, y fruto de esos ingresos envía cuota alimentaria a sus 2 hijos (incluida la niña víctima) a través de una cuenta bancaria judicializada tal como lo declaró el hermano del imputado y la madre denunciante, con un encierro efectivo corto N. automáticamente perdería su fuente laboral y automáticamente dejaría de pasar cuota alimentaria...".*

*Propuso "...como regla de conducta específica realizar consulta psicológica en salud pública o privada a los fines de analizar si necesita hacer o no tratamiento sobre masculinidades y reflexionar por el tipo de delito acusado y en caso de ser necesario se compromete a realizarlo...". Sostuvo "...que más reformador que esta regla que trata justamente de tener entrevistas con profesionales de la salud mental a los fines de reflexionar sobre esta conducta por la cual N. fue declarado culpable,*



*la defensa se pregunta: en la cárcel N. ¿tendrá un psicólogo o psicóloga que cubra un posible tratamiento? ¿Cuánto tiempo tardara en conseguir un turno estando privado de la libertad?...”, sin dar respuesta a sus interrogantes.*

*Consideró además que “...en este caso concreto pesan mucho más las atenuantes que las agravantes alegadas...”, agregando que “...la defensa entiende que los atenuantes encontrados en el caso tienen mayor peso a la hora de cuantificar el monto así encontramos i) No tiene antecedentes penales ii) No ha molestado a la víctima. Cumplió sus medidas cautelares. iii) No se trata de un delito continuado. Se trata de un solo hecho por encima de la ropa. No estamos ante una modalidad in crescendo, ni ante una modalidad distinta que genere mayor reprochabilidad iv) Hay en la escala penal una alta reprochabilidad dada ya por los agravantes, recordemos que por este delito de abuso sexual simple, la escala penal arranca en 6 meses de prisión, pero por los agravantes por ser el padre y haber convivido previamente, se multiplica por 5 y se llega a 3 años de mínimo, es decir cualquier persona que hubiera cometido la misma*



*conducta que se le acusa a N. y hubiese tenido las mismas condiciones personales que N. como es la falta de antecedentes penales y tener trabajo, podría tener una pena de ejecución condicional atento la escala en expectativa v) El acusado está inserto en la sociedad: trabaja y cumple con la cuota alimentaria a favor de sus hijos; frente a los agravantes sostenido por el tribunal que fue edad y violencia de género...".*

Cuestionó las dos agravantes aplicadas por los jueces de juicio.

Respecto de la **violencia de género** sostuvo que *"...el fundamento que da el tribunal para agravar la pena y desplazarse del mínimo es en parte **por la edad de la víctima, además de que es mujer,** pero no explica cómo se desarrolló el contexto de la violencia de género, como N. en su rol de hombre tuvo una conducta misógina hacia su hija mujer, además del abuso sexual propiamente dicho, entiendo que no basta para decir hubo violencia de género si no se probó como N., por cultura o educación, odia a la mujer, que se cree en un peldaño superior a la*



*misma, o el contexto que sea para fundar que es violencia de género.*

*Además el tribunal si incurre en doble valoración porque parte de su fundamento es decir que por ser niña es más vulnerable por la edad de la misma, y estuvo en otro apartado, se volvió a agravar, es por ello que solicito se elimine como agravante por ser consideraciones netamente generales sobre la violencia género...".*

En relación con **la edad de la víctima** sostuvo que el tribunal afirmó que *"...(Lo) que se ha planteado es cómo esa diferencia etaria entre el condenado y la víctima contribuyeron a incrementar la vulnerabilidad de la víctima en el caso concreto...".* A su modo de ver *"...otra vez (el Tribunal) habla de vulnerabilidad por la edad que ya alegó y fundamentó en el apartado anterior, incurriendo en doble valoración para agravar la pena en perjuicio del imputado. Por otro lado tal como se sostuvo en los alegatos, la edad ya fue considerada por el legislador para fundamentar su agravante, en primer lugar el tipo penal dice abuso a menor de 13 años (art. 119 1°*



*párrafo) y "ser menor de 18 años" está contemplada por el agravante del inciso f del Art. 119, por ende el legislador ya tuvo en cuenta que estas personas en ese rango etario son vulnerables y por ello tipificó esas conductas de abusos sexual y la agravó, por ende volver a tener en cuenta la edad para aplicar más pena es incurrir en doble valoración...". En su apoyo citó jurisprudencia del Tribunal de Impugnación.*

Por último consideró, en coincidencia con el voto del juez de la minoría, que **debió haberse valorado como atenuante** en favor del acusado *"...la historia de vida de N., su contexto familiar, el inicio de trabajo a corta edad, un trato cordial con los vecinos, su trabajo en la construcción, la voluntad, pese a la delicada situación económica, de cumplir con lo decidido por el fuero de familia respecto de sus obligaciones alimentarias y la ayuda a uno de sus hermanos en la construcción de su vivienda, y que actualmente la contención que posee N. es de su propia familia quienes están al tanto de su situación judicial...".*



En función de todos esos argumentos solicitó que para el caso de que se confirme la sentencia de responsabilidad, este Tribunal anule la sentencia de pena por incurrir en doble valoración, y por ser desproporcionada al caso concreto y, asumiendo competencia positiva, se le imponga en esta instancia la pena de 3 años de prisión de ejecución condicional, con las reglas de conducta que detalló el defensor, las que deberá cumplir por el plazo de 3 años: "*...i) Fijar domicilio en la ciudad de Neuquén; ii) no cometer delito; iii) presentarse en Población Judicializada cada cuatro meses; iv) no consumir estupefacientes ni alcohol en la vía pública; v) no cometer actos de violencia alguna respecto de su hija y la madre de esta; y vi) realizar tratamiento psicológico sobre masculinidades en razón del hecho por el cual fue declarado penalmente responsable...*".

**c)** Durante la audiencia llevada a cabo antes este Tribunal de Impugnación Provincial (art. 245 del CPP) el defensor reiteró los mismos agravios, apoyado en idénticos fundamentos.

### **III. ALEGATOS DE LA FISCALÍA:**



A su turno el fiscal sostuvo que no compartía los argumentos expuestos por la defensa, por lo que adelantó que requeriría el rechazo de la impugnación intentada, y la confirmación de las sentencias de responsabilidad y de pena dictadas, en todos sus términos.

Refirió que el alegato que presentó la defensa ante este Tribunal es el mismo que expuso ante los jueces de juicio. Sostuvo que el defensor presentó un análisis sesgado de la prueba producida, ello en razón de que, según el defensor, pareciera que en el juicio solo declararon las Licenciadas Úrsula Zuccarino y Valeria Cid. Olvidó el resto de las pruebas producidas. Dijo que durante el juicio se produjo una gran cantidad de prueba de cargo que permitió acreditar el hecho reprochado.

Agregó que la defensa debería decirle al Tribunal de Impugnación qué pruebas fueron mal valoradas, o directamente ignoradas, y qué principios o garantías constitucionales se vieron afectadas. A su modo de ver la defensa no cumplió con su deber de



argumentar adecuadamente cuáles son los agravios en los que finca su reproche.

Sostuvo que la niña al momento de los hechos tenía solo 2 años de edad, y que al declarar tenía 4 años de edad. A pesar de ello logró identificar a su padre como el autor de los abusos, y describir, aunque de manera limitada, en qué consistieron esos abusos. Afirmó que para el defensor el testimonio de la niña fue sugerido por un adulto (concretamente por la madre), pero sin embargo no trajo ninguna prueba que acredite ese extremo. Solo ofreció el testimonio de M. A., quien es ex pareja de una hermana mayor de la víctima, el que se limitó a decir que él era maltratado y que la madre de la niña no le tenía confianza, no dejaba que nadie tocara a su hija en razón de lo que le había pasado en otra oportunidad con sus hijas mayores, las que habrían sido abusadas por otra ex pareja.

Respecto del testimonio de la Lic. Úrsula Zuccarino, sostuvo que, conforme jurisprudencia establecida del TSJ, los jueces de juicio pueden apartarse del informe de un perito cuando éste no se



condice con otras pruebas producidas durante el debate. Y esto fue lo que sucedió. Afirmó que la Lic. Zuccarino no descartó como hipótesis alternativa que el relato de la niña se hubiera visto influenciado por dichos de la madre, sin embargo esa hipótesis quedó descartada por el resto de las pruebas producidas en el debate. Se refirió, por ejemplo, al testimonio de C. A. A., una persona que estuvo trabajando en la vivienda de la víctima, y a quien la niña le contó lo que su padre le había hecho. Dijo que este testigo no fue mencionado por el defensor, y que la información por él aportada no fue desvirtuada por prueba en contrario.

Mencionó asimismo el testimonio de G. N. P., quien trabajó en la casa de la menor, y a quien la niña también le contó el mismo relato, indicando lo que su padre le había hecho, y enseñándole con muñequitos el lugar en el cual su papá la tocó.

Dijo que el defensor tampoco hizo referencia al testimonio de la Lic. Selva Rodríguez, psicóloga que atendió a la niña. Refirió que conforme



lo declarado por la psicóloga, cuando se construye un relato, el relato es endeble y algo se cae, una pieza se cae, haciendo referencia a que inevitablemente de alguna manera aparecen señales que dan cuenta de que se trata de un relato impuesto. Dijo que nada de eso ocurrió en el juicio.

Hizo referencia a los videos que grabó la madre de la menor, y que fueron mencionados por la defensa para intentar sostener que el testimonio de la niña fue condicionado por la madre. Sostuvo que la defensa debió, en todo caso, oponerse a la incorporación de esa prueba en la audiencia de control de la acusación, y no intentar cuestionarla luego de producida esa evidencia.

Consideró que en definitiva la defensa sólo planteó una valoración distinta de las pruebas producidas. A su modo de ver la niña se expresó con claridad y su testimonio fue corroborado por prueba periférica, por testigos que la escucharon decir lo que le ocurrió con su papá.

En relación a lo alegado respecto de la violencia de género dijo que el código penal habla de



las mujeres de manera genérica como víctimas de hurtos, robos, estafas. Por ello cuando se trata del delito de abuso sexual debe considerarse la condición de mujer como un caso de violencia de género.

Respecto de este primer agravio solicitó que se rechace la impugnación intentada por falta de fundamentación del agravio.

En relación al segundo agravio, referido a la pena impuesta, sostuvo que pareciera que el principio de resocialización se cumple afuera de la cárcel. Se preguntó ¿si así fuera, de qué manera se va a resocializar N.? ¿No teniendo contacto con la víctima? ¿No ejerciendo un acto de violencia? Dijo que la Fiscalía pidió una pena de cinco años y diez meses de prisión de cumplimiento efectivo. Que la jueza González descartó seis agravantes que solicitó la Fiscalía, aceptando únicamente como agravantes la corta edad de la víctima, por la asimetría de edad entre el acusado y la niña, y la violencia de género.

Respecto de la edad dijo que el código se refiere a los supuestos en los que una niña no puede dar su consentimiento, como en el caso de autos, por tener solo dos años. Ese es el fin, ese es el objetivo



de la ley, afirmó. La diferencia de edad entre el condenado y la víctima contribuyen a incrementar la vulnerabilidad de ésta.

En cuanto a la violencia de género sostuvo que está incorporada a la normativa internacional, porque considera que el abuso sexual es una violación de los derechos humanos. Por ello es una agravante. A su modo de ver este no es el sentido que tiene la violencia de género. La violencia de género es una cuestión de género, mujer vulnerable, y esto lo explica la doctora González en su voto. Dijo que una niñita de dos años es vulnerable ante un hombre 33 años más grande.

Por ello solicitó que se rechacen los dos agravios presentados por el Defensor, por falta de fundamentación y, en consecuencia, se ratifique declaración de culpabilidad por el delito de abuso sexual, primer párrafo del código penal, agravado por la convivencia y por el vínculo. Además se ratifique la pena de tres años y seis meses de cumplimiento efectivo impuesta.

#### **IV. ALEGATO DE LA QUERELLA:**



La Querella Institucional manifestó, respecto al primer agravio, que la defensa pretende imponer por sobre todas las pruebas producidas el testimonio de la Lic. Zuccarino. Dijo que lo que se le pide a la psicóloga es que tome esa entrevista, que simplemente reciba el relato de la niña. No se trata de la realización de una pericia psicológica. Sostuvo que nada dice el protocolo, ni ningún código de conducta o código procesal respecto de que hay que hacer una valoración pericial del testimonio de la niña.

Sostuvo que la menor pudo decir lo que le pasó, aun con su vocabulario limitado. Sin perjuicio de ello fue clara, y reiteró sus dichos frente a distintas personas. Refirió al testimonio de la Dra. Trujillo, quien detectó lesiones en la vagina de la menor. Reiteró que la niña fue clara al indicar que el papá le hizo daño en su vagina. La médica forense lo corroboró. Dijo que la niña continúa en un espacio terapéutico porque había otros indicadores específicos de abuso sexual: pesadillas, llantos, crisis de angustia.

Agregó que la menor reiteró su relato no sólo a su mamá sino también a su hermana, a la niñera,



al electricista que trabajó en la casa, entre otras personas. Y muy importante también, reiteró su relato a la Licenciada Rodríguez, que fue la psicóloga que la trató.

Remarcó que la niña siempre nombró a su papá, y que conforme la psicóloga no se observaron en ella alteraciones significativas de su poder cognitivo. Agregó que la niña logró expresar sus vivencias con lenguaje acorde a su edad y que no existieron alteraciones psicológicas que le impidieran brindar un relato válido, y tampoco se detectaron indicadores de exaltación imaginativa patológica.

Dijo que C. relató que el papá la tocó en la bikini y la mamá aclaró que la niña usaba pañal. Sostuvo que en el momento del hecho no estaba la madre presente, por lo que no se puede saber si N. le colocó una bikini a la niña. Por ello consideró que no hay razones que justifiquen descartar el relato de la niña.

Consideró que no corresponde al Tribunal de Impugnación valorar nuevamente la prueba producida durante el juicio, sino verificar si la valoración efectuada por los jueces fue o no correcta. A su modo



de ver la valoración efectuada por los jueces fue correcta porque consideraron los dichos de la niña en cámara gesell, la corroboración periférica a través del testimonio de la Lic. Rodríguez, del testimonio de su hermana C., de su mamá J. J., del electricista C. A. y de la niñera G. P.. Es decir que el testimonio de la niña encontró una importante cantidad de pruebas que permitieron corroborarlo. A ello sumó la prueba científica que acreditó el abuso por parte de la médica forense.

Sostuvo que toda esa valoración la realizó el tribunal para concluir en la responsabilidad del acusado.

Con respecto al agravio referido a la pena impuesta dijo, coincidiendo con la fiscalía, que dentro de los agravantes se valoró la edad de la víctima pero en relación a la diferencia etaria de 33 años entre la víctima y el victimario. Dijo que no debemos olvidar que se trata de una niña, prácticamente de una bebé de tan solo dos años y ocho meses que no puede sobrevivir sin el cuidado de un adulto. Por ello remarcó que el acusado se aprovechó justamente de esa extrema vulnerabilidad que tenía la pequeña niña.



Concluyó que no se trata simplemente de que sea menor, sino de que tenía dos años y ocho meses de edad, y estaba específicamente al cuidado de esa persona. Para el tribunal esta diferencia etaria configura una situación de vulnerabilidad que excede ampliamente la circunstancia objetiva definida en el tipo penal.

Respecto del agravante de la violencia de género, sostuvo que el tribunal fundó su resolución en la naturaleza de la acción. Dijo que esta circunstancia explica cómo la concreción de esta desigualdad estructural de la mujer obliga a mirar el mandato que les da a los casos de perspectiva de género y consecuentemente aumenta la intensidad natural de la acción con relación al mínimo establecido y permite elevar la pena.

En función de todo ello solicitó se desestimen los agravios y se confirmen ambas sentencias.

#### **V. ÚLTIMA PALABRA DEL DEFENSOR Y DEL**

##### **ACUSADO:**

El defensor sostuvo que los dos testigos que omitió nombrar, la niñera P. y el electricista

---



A., tuvieron contacto con la niña en presencia de la madre, lo que fue debatido y cuestionado en el juicio.

Con respecto a lo que mencionó la querrela, referido a que conforme lo dicho por la Lic. Zuccarino de que la niña no tenía ninguna patología y que estaba en condiciones de declarar, dijo que son valoraciones generales de que justamente la niña podía hablar, y ello es una conclusión que la defensa no discutió, pero no habla de las valoraciones psicológicas específicas del relato, que fue de lo que esa defensa se agravió.

Concluido el debate se le preguntó al acusado si deseaba decir algo y manifestó que se remitía a lo sostenido por su defensor.

**VI.** Habiendo sido escuchadas todas las partes, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia (Artículo 246 del CPP), por lo que cumplido el proceso deliberativo entre los Magistrados se dispuso que debía observarse el siguiente orden de votación: En primer término el **Dr. Andrés Repetto**, en



segundo lugar el **Dr. Nazareno Eulogio** y finalmente la **Dra. Florencia Martini**.

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

**VIII. VOTACIÓN**:

**PRIMERA CUESTIÓN**:

El juez **Andrés Repetto** dijo: En lo que respecta a la admisibilidad formal de la impugnación presentada por la defensa se advierte que la vía recursiva intentada satisface las exigencias legales, tanto en la faz objetiva como subjetiva.

La defensa dedujo el recurso por escrito, dentro del plazo legal y contra un pronunciamiento por el que se declaró a **E. N.** autor penalmente responsable del delito de **abuso sexual simple doblemente agravado por el vínculo y por ser**



**cometido en contra de una menor de 18 años de edad** (Art. 119 primer párrafo, en función del cuarto párrafo incs. b) y f) y 45 del CP), y se le impuso la pena de **tres (3) años y seis (6) meses de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas del proceso.**

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

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

El Juez Nazareno Eulogio manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La Jueza Florencia Martini expresó: Por compartir lo resuelto, adhiero a los fundamentos expuestos en el primer voto.

**SEGUNDA CUESTIÓN:**

El juez Andrés Repetto dijo:



I) Debo iniciar mi voto resaltando que el Tribunal de Impugnación Provincial constituye el órgano jurisdiccional con función de practicar una revisión integral de la sentencia de grado. En tal sentido la jurisprudencia local estableció que en la labor revisora el Tribunal de Impugnación Provincial debe: "...a) *comprobar que los magistrados del juicio hubieran dispuesto de la correcta actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que la prueba se hubiese incorporado bajo la vigencia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad ("juicio sobre la prueba"); b) comprobar la existencia de elemento probatorios con suficiente consistencia para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia ("juicio sobre la suficiencia de la prueba"); y c) verificar que el tribunal de juicio haya cumplido con el deber de motivación, es decir, que se haya concretado de manera real el fundamento de la convicción del juzgador y que este convencimiento se base en parámetros lógicos y razonables ("juicio sobre la motivación y su razonabilidad"), labor que también se extiende a una función valorativa de pruebas no comprometidas con la*



*inmediación pero que se desarrolla, en este último tipo de pruebas, bajo el control de la racionalidad de las inferencias realizadas, censurándose las fundamentaciones ilógicas o irracionales, absurdas y, en definitiva, arbitrarias...”* (in re: Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, Sala Penal, R.I. Nro. 79 de fecha 16 de mayo de 2017, en caso **“ESPINOZA, VÍCTOR EDUARDO S/ LESIONES GRAVES AGRAVADAS”**; Acuerdo Nro. 33/2015 de fecha 16 de Mayo de 2017 en caso **“PALAVECINO PABLO ESTEBAN S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO”**, y más recientemente en R.I. Nro. 76 de fecha 23 de agosto de 2019 en caso **“CAMPO, JUAN ALBINO Y OTRO S/ USURPACIÓN”**).

Como ya sostuve en anteriores sentencias, con ello se pretende remarcar que no corresponde a este Tribunal realizar una segunda valoración directa de las pruebas producidas, porque ello es propio de los jueces de grado. Es función del Tribunal de Impugnación realizar un análisis de la sentencia, en relación con los agravios presentados por el impugnante, debiendo confrontarlos con los argumentos sostenidos por los jueces para arribar a la



decisión que finalmente adoptaron. Si la sentencia resiste el embate argumental que se intenta contra ella, en función de que los argumentos fácticos y jurídicos en los que se sustenta se apoyan en una correcta y adecuada valoración de la prueba, y en una consistente valoración jurídica de la norma legal aplicable al caso, corresponde confirmar la sentencia. En caso contrario, debe ser revocada cuando los fundamentos no se ajustan a las pruebas producidas, o existe un evidente y manifiesto error respecto del derecho aplicable al caso.

Reitero, no es función de los jueces de segunda instancia realizar un análisis de la sentencia circunscripto a la subjetiva e individual interpretación de los hechos, las pruebas y la ley aplicable al caso que los jueces de esta instancia podamos tener. No se trata de que se revoque una sentencia solo porque los jueces de esta instancia tenemos una valoración distinta. El cuestionamiento legal que intente el impugnante debe ir más allá de una interpretación posible de la ley o de una determinada valoración de las pruebas. Debe demostrar que el fallo cuestionado no sigue ninguna lógica, o directamente



viola la letra de la ley. De lo contrario los jueces de segunda instancia revocaríamos todas las sentencia que se aparten de la interpretación que nosotros podamos sostener de una norma en concreto, solo por no coincidir con nuestra opinión jurídica, aun cuando la opinión sostenida en la sentencia de grado se ajuste a una interpretación legal que puede ser compartida por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Aclarado el marco de intervención que le corresponde a este Tribunal, debo ingresar ahora al tratamiento puntual de cada uno de los agravios expuestos en contra de las sentencias de responsabilidad y pena, respetando los límites indicados.

**II)** Entrando al fondo de la cuestión adelanto que trataré cada uno de los agravios en el orden en que fueron expuestos.

**1.** Conforme el **primero de los agravios**, el defensor solicitó que se declare la nulidad de la sentencia de responsabilidad, en razón de que ésta se sustenta en una errónea y arbitraria valoración de las pruebas producidas.



En esencia apoyó toda su argumentación en los testimonios de las Licenciadas Cid y Zuccarino, a los que ya hice referencia al describir *in extenso* los agravios del defensor. A su criterio el testimonio de la menor se vio contaminado por la madre, quien habría logrado imponerle a la niña un relato incriminante en perjuicio del acusado.

Adelanto que el agravio presentado por la defensa no puede prosperar, porque el mismo se sustenta en un análisis sesgado, parcializado, de la prueba producida. A ello se suma el hecho objetivo de que el mismo es, en realidad, una reedición de lo que ya fue expuesto en la audiencia de debate, argumento que mereció una respuesta adecuada y fundada por parte de los jueces en la sentencia de responsabilidad. Con lo cual no se trata de la presentación de un agravio en sentido estricto, sino de la reiteración de un argumento que fue desestimado con fundamentos adecuados en la sentencia, en razón de lo cual estamos frente a una mera disconformidad con lo resuelto por los jueces de grado.



Como dije, en la sentencia se dio expresa respuesta a este argumento de la defensa, de la siguiente manera: *"...Habré de detenerme ahora sobre (el) testimonio de las licenciadas Zuccarino y Cid, y sobre la valoración o análisis que la defensa de N. efectuara. Sostuvo con fervor el Dr. Guiñez que la posibilidad de sugestión o contaminación en el relato de los niños y niñas de 2 a 4 años de edad -aproximadamente- es muy alta. Su sugestionabilidad es muy elevada han afirmado las nombradas profesionales. En apoyo a dicha postura, y en relación a los videos y audios que fueran visualizados en juicio, la defensa analizó y citó el precedente "Sosa" de la localidad de Zapala.*

*En rigor de verdad ambas psicólogas fueron contestes al efectuar dicha afirmación, pero considero que ello lo fue en abstracto, es decir, a modo de mera teorización. Ninguna evidencia al respecto fue aportada por la defensa para considerar que el relato de C. N. M. estuviera contaminado o sugestionado a partir de determinadas acciones de su madre, J. J. M. T.. Dicha situación*



*fue calificada como una posibilidad, más no como una certeza...”.*

Esta afirmación de los jueces se corresponde con el análisis integral que realizaron del testimonio de la niña, relato que por cierto, encontró una verificación integral en el resto de las pruebas producidas durante el debate.

Los jueces así lo señalaron: *“...Veamos pues el relato de la niña C.. La entrevista en cámara Gesell se llevó adelante el 07 de febrero de 2022, cuando la niña C. A. contaba con 4 años y 8 meses de edad. La entrevista en cuestión estuvo a cargo de la Lic. Zuccarino, quien sostuvo que no se observaron alteraciones significativas en sus funciones cognitivas. Que la niña logró armar un relato comprensible en el que se aprecia su aptitud para expresar sus vivencias con lenguaje ajustado a su edad cronológica. Que no se observaron alteraciones psicológicas que le impidan brindar un relato válido. Como que tampoco se detectaron indicadores de exaltación imaginativa patológica.*



*En tal sentido, pudimos apreciar que C. utilizó en toda la entrevista un lenguaje propio de acuerdo a su edad y sus características cognitivas. Pudo llevar a cabo la entrevista siguiendo las reglas de la conversación, aunque en ciertos momentos se dispersara. Se trató de una entrevista que no resultó sugestiva...".*

Resuelta evidente que las circunstancias señaladas por la Lic. Cid en junio del año 2020 cuando entrevistó a la niña, no fueron las mismas con las que se encontró la Lic. Zuccarino en febrero del 2022 cuando llevó a cabo la cámara gesell de C., dos años después del develamiento del hecho denunciado.

El relato de la menor fue así descripto en la sentencia: *"...Entendemos se trató de un relato con fidelidad y constancia. Se observó coherencia interna y externa en cuanto a que C. le habría relatado a su madre el hecho de agresión sexual vivenciado. Este relato se ha sostenido a los largo del tiempo. Recordemos que C. en el corto camino de su vida ha ido incorporando lenguaje propio, lo que le permitió no solo significar lo ocurrido, sino también dar mayores*



*detalles. Una primera etapa signada por el lenguaje corporal y luego por las palabras. Sus primeras palabras, como ser humano, fueron el develamiento del hecho a su madre. En dicha inteligencia, llegamos a la convicción de que se trata de un recuerdo original. C. brindó un recuerdo que tiene detalles propios de una niña de su edad. Pudo dar cuenta de interacciones. Y lo que tiene un gran valor en su relato es que aportó detalles senso-perceptivos. Los detalles senso-perceptivos dan cuenta de lo que la persona experimentó a nivel corporal o a nivel somático. Estos detalles son de "alta fidelidad victimal"...".*

No puede soslayarse el hecho objetivo de que el relato de la menor fue sostenido en el tiempo, frente a distintos interlocutores, y ante circunstancias absolutamente disímiles, lo que torna inconsistente la afirmación de que la niña repetía un relato que le era extraño.

Los jueces analizaron con detalle cada uno de los elementos que componen el relato de la niña, y lo confrontaron con todos los testimonios ofrecidos durante el juicio. Así fue expuesto en la sentencia:



*"...Sobre las precisiones relativas a quien fue el autor, donde y cuando ocurrió el hecho, consideramos que del relato de C. pueden desprenderse dichas coordenadas. C. le ha manifestado a todos los testigos que han desfilado por la sala de juicio que el autor de los tocamientos ha sido su papá, de manera reiterada y sostenida en el tiempo. Su mamá -J.-, su hermana M. C. J. C. M., la Lic. Selva Rodríguez -psicóloga tratante sobre quien me referiré más adelante-, y C. A. A. -electricista que ha realizado trabajos en la vivienda de calle ... ..- pudieron dar cuenta de ello.*

*La coordenada espacial fue detallada por J. J. M. T. y la joven M. C., hermana de C.. Ambas indicaron que el domicilio de ocurrencia de los tocamientos en cuestión fue la vivienda familiar de calle ... .. de la ciudad de Zapala. Precizando incluso cual era la habitación donde sucedieran. Esta circunstancia tiene especial vinculación con la coordenada temporal, la cual encuentra explicación a partir de la declaración de la Dra. Trifilio. En efecto, la médica forense nos*



*refirió que elaboró su informe técnico a partir del examen genital de la niña C., el cual se llevara adelante en fecha 02 de marzo de 2020. Las lesiones en zonal vaginal, concluyó la doctora, eran compatibles con una data mayor a 10 días. Así lo determinó porque la niña no presentaba eritema ni ningún tipo de otra lesión. Esta afirmación, no controvertida por la defensa, se compadece con la imputación efectuada por los acusadores -fecha indeterminada pero entre el 14 y 19 de febrero del año 2020-...".*

Los jueces no solo hicieron un análisis del testimonio de C., contrastando sus afirmaciones con lo declarado por cada uno de los testigos que escuchó de manera directa su relato, sino que además analizaron su lenguaje corporal al prestar su testimonio en cámara gesell. Así lo señalan en la sentencia: *"...Por último, pudimos apreciar el correlato psicoemocional de la niña y lo narrado. C. al contar lo sucedido se acongojaba, cambiaba su rostro, se apreciaba tristeza al narrar el hecho padecido. Su hermana M. C. C. M. dio cuenta de crisis constantes de la niña al recordar el episodio. Sumado a numerosas situaciones de rechazo que grafican*



*aún más lo ocurrido...". Surge de manera evidente que los jueces basaron sus conclusiones en sólidos fundamentos y no en meras apreciaciones subjetivas como pretende sugerir de manera tangencial la defensa.*

Especial atención prestaron los jueces al testimonio y a las conclusiones a las que arribó la psicóloga tratante de la niña, en razón de que fue ella quien tuvo la oportunidad de interactuar de manera directa y sin intermediarios con C. a lo largo de muchas sesiones. Al respecto sostuvieron lo siguiente: *"...hemos valorado en apoyo de la decisión tomada el testimonio de la Lic. Selva Rodríguez. Profesional que fuera contratada por J. J. M. T. (madre de la menor víctima) para emprender un tratamiento psicológico sobre C.. Tratamiento que se extendió desde el mes de agosto del año 2020 hasta el mes de marzo del año 2021, a razón de 4 sesiones por mes. Sobre dichas sesiones nos refirió la nombrada profesional que trabajó en pos de establecer un vínculo de confianza con la finalidad de construir un lenguaje fluido en la niña. Utilizó en tal sentido la técnica de "hora de juego diagnóstica y terapéutica", como*



*también, baterías proyectivas para contrarrestar su discurso. En dicha tareas aludió que C. le contó lo sucedido con un lenguaje acotado. Algo había pasado con su papá, algo negativo. Algo que dejó una huella, una marca en su psiquis...".*

La psicóloga en su declaración dijo que C. manifestó *"...papá me tocó, acá, me dolió..."*, agregando luego que *"...en sus dibujos mostraba una mamá cuidadora. Se le refirió que tenía terrores nocturnos..."*, todo lo cual da cuenta de que la niña refería a una situación evidentemente traumática.

La Lic. Rodríguez explicó que *"...todos los sucesos por los que atravesamos dejan huellas que nos van marcando. Hay sucesos que marcan nuestro desarrollo subjetivo. Como en el caso que se trata, hay un rol desvirtuado, un rol de padre que se esperaba de cuidado y eso repercute negativamente. C. con tres años expresaba ya que algo le había pasado con su papá y eso dejó en ella una huella, una marca en su psiquis. C. brindaba un relato con angustia. Era una niña que quería que la entiendan. No tenía lenguaje fluido, pero recalca su intención de darse a entender. Esto era*

*particularmente llamativo. Además de la palabra, usaba el juego y el dibujo. En un juego con un material podía representar lo que manifestaba verbalmente. Así su palabra que volcaba a un juego o a un dibujo que la podía representar. También utilizaba sus gestos. Por ejemplo, con sus dedos señalaba la vagina y decía "papá, es malo y tocó acá". Era muy sólida la forma de expresarse y esto fue en un marco de muchas sesiones...".*

*Luego agregó que "...C. se señalaba la vagina, sobre el pantalón. Siempre era ese mismo lugar: "era ahí y dolió" eran sus palabras y al enunciarlas hasta los rasgos de su cara cambiaban C. tenía pesadillas. Había momentos repentinos en los cuales a quien estuviera presente le decía: "mi papá me tocó" y lloraba. O agarraba juguetes y lo representaba, o a veces había como escenas de masturbación...".*

*En este contexto afirmar que el relato de la niña se debió a un discurso implantado por su madre no se ajusta en lo absoluto a la valoración integral de las pruebas producidas en el debate.*

De hecho la psicóloga tuvo oportunidad de referirse expresamente a esta teoría esgrimida por



la defensa, y al respecto afirmó que *"...en cuanto a la hipótesis de que este relato de C. hubiese sido "implantado", refiere (que) para contrarrestarlo utilizó una serie de baterías y seguía habiendo una coincidencia con lo que establecía con su juego. Esto es algo que un niño de tres años no podría mantener. De ser algo implantado algo debería haber caído, pero ella seguía manteniéndolo. En definitiva, trabajó la posibilidad de una contaminación, un relato implantado, pero lo descartó por su persistencia en dibujos y en relatos. Era muy en lo concreto que se visualizaba. Recuerda que hubo una situación que C. le refirió. Se trató de una vez que se cruzó con su papá por la calle y al verlo también sintió angustia. A la sesión siguiente le dijo que no lo quería ver ni saludar. Tenía pesadillas en las que su papá aparecería debajo de la cama, como que la quería agarrar..."*.

El análisis integral de todas las pruebas producidas durante el debate permite advertir, sin mucho esfuerzo, que la conclusión a la que arribaron los jueces de juicio se ajusta por completo a las evidencias producidas durante el debate, y que su análisis y valoración fue correcto y ajustado a

derecho. El agravio sostenido por la defensa no se verifica en lo absoluto, y la afirmación de su existencia solo encuentra justificación a partir de una valoración parcializada de los dichos de la Lic. Cid.

En función de estos argumentos el primer agravio debe ser desestimado por completo.

**2.** En lo que respecta al **segundo agravio**, relativo a la pena impuesta, el defensor articuló tres críticas puntuales, a partir de las cuales solicitó que se deje sin efecto la pena impuesta y en consecuencia se imponga una pena de 3 años de prisión de cumplimiento en suspenso.

Previo a exponer los agravios sostuvo que la pena de 3 años y 6 meses de prisión resulta, a su criterio, "desproporcionada", lo que genera -según indicó-, un efecto desocializador por incumplir mandatos convencionales. Esta apreciación de la defensa no puede ser considerada un agravio, en razón de que no se esgrimió ningún argumento jurídico, sino que solo se esbozó una crítica al monto de la pena impuesta. A su criterio la pena resultó "excesiva", sin fundar en base a qué criterios jurídicos debería ser considerada



desmesurada. Una opinión basada en parámetros subjetivos no explicados por la parte impugnante no es un agravio, por lo que no merece respuesta alguna.

Sin perjuicio de ello diré que la adjetivación que utilizó el defensor (la pena es *"desproporcionada"*) resulta desatinada, si tenemos en cuenta que la escala penal prevista para el delito reprochado tiene un mínimo de 3 años y un máximo de 10 años. El haberle impuesto solo 6 meses de prisión por sobre el mínimo legal, luego de aplicar dos agravantes (a los que me referiré al tratar los agravios de la defensa), no parece en lo absoluto como *"desproporcionado"*.

Entrando ahora sí al tratamiento de los agravios, diré que la primera de las críticas sostenidas por la defensa se refiere a que, según su criterio, *"...pesan mucho más las atenuantes que las agravantes alegadas..."* por las partes, y consideradas por los jueces. Conforme sostuvo el impugnante, la mayoría del tribunal de juicio no consideró como atenuantes los siguientes: *"...i) No tiene antecedentes penales ii) No ha molestado a la víctima. Cumplió sus*



*medidas cautelares. **iii)** No se trata de un delito continuado. Se trata de un solo hecho por encima de la ropa. No estamos ante una modalidad in crescendo, ni ante una modalidad distinta que genere mayor reprochabilidad **iv)** Hay en la escala penal una alta reprochabilidad dada ya por los agravantes, recordemos que por este delito abuso sexual simple la escala penal arranca en 6 meses de prisión, pero por los agravantes por ser el padre y haber convivido previamente, se multiplica por 5 y se llega a 3 años de mínimo, es decir cualquier persona que hubiera cometido la misma conducta que se le acusa a N. y hubiese tenido las mismas condiciones personales que N. como es la falta de antecedentes penales y tener trabajo, podría tener una pena de ejecución condicional atento la escala en expectativa **v)** El acusado está inserto en la sociedad: trabaja y cumple con la cuota alimentaria a favor de sus hijos; frente a los agravantes sostenido por el tribunal que fue edad y violencia de género...”.*

Sobre la necesidad de valorar o no como atenuantes estos aspectos hubo disidencia entre los jueces. La mayoría entendió que no correspondía



considerarlos como atenuantes. La Dra. González brindó estos argumentos: **"...Cumplimiento de las medidas cautelares por parte del acusado:** Con relación a la conducta procesal, sostenida como atenuante por parte del defensor, tal situación no puede valorarse en esos términos ya que el acusado no hizo más que cumplir con su obligación procesal. No hay en nuestro caso ninguna situación particular que deba ser tomada en especial consideración sino que se trata de un mandato legal que deben cumplir todas las personas sometidas a proceso. En ese sentido, se trata de una circunstancia neutra.

**El acusado está inserto en la sociedad, Trabaja y cumple con la cuota alimentaria a favor de sus hijos:** ...la finalidad resocializadora de la pena debe observarse siempre desde el contexto concreto del caso. En esta situación debe considerarse que el hecho por el que ha sido declarado responsable el Sr. N. constituye una forma de violencia contra la mujer... y la situación de violencia de género debe ser considerada a la hora de medir la pena justa a un caso como un componente a incorporar en el principio resocializador. Una persona, por más aplicada que sea en su vida laboral o de convivencia, no está exenta de



*responsabilidades por la comisión de hechos de violencia. Y es esto lo que sucede en este caso, N. fue declarado responsable por un hecho de abuso sexual y la pena a imponerse debe pensarse desde la perspectiva de las necesidades de resocialización para que logre internalizar pautas de comportamiento que le permitan comprender que sus hechos constituyeron acciones de violencia (de las más intensas, además) hacia la mujer - niña y evitar a futuro comportamientos de esa índole... En casos como el presente en que se dan situaciones de violencia contra una mujer-niña, el mandato de las penas como herramienta para la resocialización de los condenados debe incorporar la perspectiva de género concreta al evaluar el monto definitivo a imponerse. Ello a los fines de fijar una pena justa en relación al caso y, a la vez, proyectar una ejecución con esa misma perspectiva que brinde al condenado herramientas específicas para retornar a la vida en sociedad en condiciones de generar relaciones con las mujeres de manera igualitaria y libres de violencia. En este escenario, el hecho de que N. trabaje y cumpla con sus obligaciones familiares resulta una circunstancia del todo neutra en la medida*



*que el fin resocializador, en su caso, no está mirando internalizar una forma digna de ganarse el sustento, sino más bien, la no repetición de hechos de violencia respecto de la mujer y la infancia. Así las cosas, en este escenario de agravantes y atenuantes, estimo que la pena adecuada a imponer al caso es la de 3 (tres) años y 6 (seis) meses de cumplimiento efectivo...". Este voto fue acompañado con argumentos similares por el Juez Bagnat.*

*En disidencia el juez Balderrama sostuvo que "...la primer guía que debemos apreciar a los efectos de establecer el grado de pena es el contenido de los artículos 26 y 41 del código penal, de los que se desprende con facilidad interpretativa que la historia de vida (personalidad moral, motivos para delinquir, actitud posterior, edad, educación costumbres, vínculos personales) deben ser considerados al momento de la graduación de la pena, y en éste caso deben ser valorados como elementos atenuantes...".*

*Considero que el argumento utilizado por los jueces de la mayoría, al no valorar las condiciones personales del acusado, omite dar estricto cumplimiento*



a las disposiciones del art. 41 del CP, el que expresamente dispone que debe tenerse en cuenta al momento de fijar la pena (inc. 2) *"...la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso..."*.

El hecho de que los jueces de la mayoría consideren necesario imponer en el presente caso una pena que conlleve un necesario tratamiento penitenciario no los exime de cumplir con el mandato legal de valorar las condiciones personales del imputado al momento de fijar la pena. No es indistinto



que una persona condenada sea o no padre de familia, sea o no sostén del hogar, etc. Los jueces podrán valorar a favor o en contra del acusado cada una de las circunstancias indicadas por la norma según corresponda. Lo que no pueden es obviarlas.

Esto no quiere decir que, como sostuvo el defensor, las atenuantes "pesan" más que las agravantes. Corresponde, en todo caso, hacer un análisis integral de todas las agravantes y todas las atenuantes. Lo que no pueden los jueces es omitir valorar las *condiciones personales* de una persona condenada al momento de fijar la pena que corresponde imponerle.

En función de ello considero que corresponde hacer un nuevo análisis de la pena en el presente caso, valorando las condiciones personales del acusado.

El defensor también se agravió que existió, a su criterio, una doble valoración al considerar las agravantes "*violencia de género*" y "*edad*" de la víctima.



Los jueces dijeron lo siguiente: "...el hecho por el que ha sido declarado responsable penalmente E. N. constituye, en efecto, una forma de violencia contra la mujer (Art. 2 Convención Belem do Para; Art. 5 Ley Nacional 26485; Art. 2 Ley Provincial 2786). Es importante considerar que cuando niñas y/o adolescentes se encuentran involucradas en el sistema punitivo, en este caso como "victimas" del delito, se incrementa su vulnerabilidad, en tanto dos categorías que se conjugan "mujer y niña y/o adolescente", conforme también ha sido receptado por las Reglas de Brasilia... En similar sentido, en V.P.R. V.P.C vs Nicaragua (8 de marzo de 2018), la Corte IDH reconoció que las medidas especiales de protección a cargo del Estado se basan en que este grupo se considera más vulnerable, lo que además se determina por distintos factores como edad, condiciones particulares de cada persona, grado de madurez, desarrollo etc. En el caso de las niñas, indicó, su vulnerabilidad se ha enmarcado en factores de discriminación histórica que han contribuido a que mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en el ámbito familiar. En

---



definitiva, lo que se viene a decir es que se trata de dos categorías (género y edad) que concurren y aumentan el grado de vulnerabilidad de la víctima. Considerar en este momento de imposición de la pena la relación desigual, que se genera entre una mujer y un varón en el caso concreto, no implica una doble valoración sino una mirada precisa en cuanto a la naturaleza de la acción. Esta circunstancia se explica como la concreción de esa desigualdad estructural que nos obliga a mirar el mandato de valorar los casos con perspectiva de género. Y, consecuentemente, claramente aumentan la intensidad de la naturaleza de la acción con relación al mínimo legal establecido y permiten elevar la pena en consecuencia..." (el subrayado no pertenece al original).

De ello se colige que han valorado como una doble agravante la condición de *niña* -en términos de "género femenino"- y la condición de *niña* -en términos de menor de "edad"-.

Respecto del segundo sostuvieron bajo el título "*Corta edad de la víctima*", que "...si bien es cierto que la circunstancia objetiva "*ser menor de 18*



años" está contemplada por el agravante del inciso f del Art. 119 (tal como "ser menor de 13 años" está contemplado en el primer párrafo, como lo ha indicado el defensor), no se trata aquí de una propuesta de agravamiento de la pena por el hecho objetivo de que la víctima tenía una edad inferior a los 18 años cuando los hechos ocurrieron. Lo que se ha planteado es cómo esa diferencia etaria entre el condenado y la víctima contribuyeron a incrementar la vulnerabilidad de la víctima en el caso concreto. Entiendo que la edad de la víctima (algo más de dos años al momento del hecho) y la diferencia de edad con su abusador (33 años de diferencia etaria) en el contexto concreto de este caso, tiene un nivel de intensidad para configurar la situación de vulnerabilidad en que aún vive la víctima que excede ampliamente la circunstancia objetiva definida en el tipo penal agravado..." (el subrayado no pertenece al original).

Es evidente que se ha valorado dos veces como agravante la edad de la víctima, primero para considerar que se presentó una doble condición de vulnerabilidad por ser mujer y además menor de edad, y



luego cuando se afirmó que también se acrecentó la vulnerabilidad de la niña por la diferencia etaria con el agresor. En ambos casos lo que determinó que se incremente la pena más allá del mínimo de la escala penal fue "*la corta edad de la víctima*".

Creo que es una interpretación legítima del alcance del art. 41 del Código Penal considerar como una circunstancia agravante la diferencia de edad que pueda existir entre la víctima y el victimario (analizando esa circunstancia específica en cada caso concreto), ello en razón de que -por ejemplo- el grado de vulnerabilidad de una niña de tan solo dos años es mayor que el de una niña de 13 o más. Lo que no puede admitirse es que esa circunstancia sea valorada dos veces, primero por la diferencia etaria y segundo por la calidad de *niña* -en razón de su *género*- y de *niña* -en razón de su *edad*-.

No hay duda de que se efectuó una doble valoración ya que la "*edad*" (como circunstancia agravante) fue incluida al considerar las dos agravantes referidas. En razón de ello considero que esta circunstancia en particular (la *edad* de la niña)



solo puede ser valorada una vez como agravante, lo que implica que deberá disminuirse la pena impuesta de forma proporcional.

Respecto de la agravante "violencia de género" este Tribunal de Impugnación tuvo oportunidad de expedirse al respecto, afirmando que *"...en relación al agravante de violencia de género, considero que asiste razón a la defensa. El abuso sexual es una de las formas de violencia definidas por la Convención Belem do Para en su art. 1° que comprende "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". En tal sentido, la violencia de género está comprendida en el tipo penal previsto por el art. 119 del Código Penal, más allá de que la norma no distinga la calidad de género de los sujetos activo y pasivo respectivamente. Aplicar la regla del agravante de la pena por violencia de género, en razón de la calidad de los sujetos implicaría generar un agravante genérico que el legislador no ha previsto, lesionando la división y equilibrio de poderes de un Estado*



*republicano (art. 1 CN) que establece la Constitución como garantía democrática.*

*La compensación de desigualdades estructurales en ciertas poblaciones culturalmente vulnerables (niños, mujeres, ancianos, discapacitados) está prevista por la Constitución Nacional como facultad del Congreso de la Nación, a través de acciones positivas previstas por el inciso 23 del art. 75 que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución y Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos. De igual modo, y en virtud de Convenciones Internacionales que obligan al Estado argentino (art. 1° CADH; CEDAW; Belem do Para, Convención de los Derechos del Niño, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención sobre los derechos de los Adultos Mayores, etc.), los jueces estamos obligados a juzgar con perspectiva de niñez, género, ancianidad y discapacidad, promoviendo la remoción de estereotipos discriminatorios y obstáculos al ejercicio pleno de los derechos de dichas poblaciones vulnerables tanto en la actuación del proceso penal como en la interpretación*

*de la ley, en la medida en que no interfiera con las atribuciones de los otros poderes del Estado.*

*A su vez, en el ámbito penal, nos rige el principio de legalidad (art. 18 CN) como garantía tanto de las víctimas como de los imputados pero que, en el caso de los últimos se suma el principio de interpretación restrictiva, prohibición de la analogía en contra del imputado (art. 23 CPPN) y el principio 'pro homine' que favorece el ejercicio de los derechos y facultades del imputado.*

*En este orden de ideas, considero que la perspectiva de género debe ser entendida en su versión afirmativa, desde la teleología del feminismo liberal como promoción del ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres (y remoción de obstáculos al pleno goce y oportunidades) tendientes a la equiparación de los géneros (como construcción cultural independiente de la constitución biológica de las personas) en miras de la paz social.*

*En lo personal, reniego del posicionamiento de un feminismo radical que promueve la neutralización carcelaria de los varones como agentes sociales, entendiendo que el liberalismo político en el*



*marco de un Estado de Derecho exige medidas socioeducativas tendientes a deconstruir las masculinidades hegemónicas y a erradicar la violencia contra las mujeres...*" (Voto de la Dra. Florencia Martini, sentencia 25/2023, Legajo "Zambrano Toledo, Z. F. s/ Abuso Sexual", Nro. 38.954/2021).

En el presente caso los jueces no hicieron un análisis particular tendiente a determinar qué aspectos puntuales se presentaron para considerar acreditada una situación de vulnerabilidad en función del género de la víctima, sino que la consideraron directamente como un supuesto de *agravante genérica* en razón de que se trató de un delito contra la integridad sexual de una mujer. Debo resaltar que no existe la menor duda de que todos los abusos sexuales constituyen un supuesto grave de violencia que afecta en la mayoría de los casos a las mujeres. Sin embargo reconocer esa verdad incontrastable no implica autorizar la creación por vía jurisprudencial de un supuesto de *agravante genérico* no previsto en el código penal. No pueden los jueces crear agravantes genéricos como si se tratara de un nuevo artículo 41 sexies del Código Penal. Ello



implicaría legislar, creando una nueva agravante genérica no prevista por el legislador.

Es por ello que corresponde analizar en cada caso concreto las circunstancias fácticas que acreditan la mayor vulnerabilidad de la víctima. En el caso de autos ¿la vulnerabilidad de la víctima se dio por su condición de mujer, o porque en realidad se trataba de una niña de tan solo dos años de edad, y su género no fue determinante? ¿Si en lugar de ser una niña hubiera sido un niño, el reproche penal al imputado debería haber sido más leve? Lo que determina el mayor o menor reproche al identificar la pena a imponer al acusado en cada caso concreto depende de las condiciones objetivas de vulnerabilidad de la víctima en cada caso particular, y no de una consideración general establecida por los jueces (salvo que nos encontremos frente a un agravante genérico impuesto por el legislador).

Como ya indiqué, los jueces no pueden legislar creando *agravantes genéricos*, sino que deben juzgar cada caso individualmente, verificando cada uno de los agravantes que objetivamente se presentan en ese caso. Reitero ¿si la víctima del abuso sexual hubiera



sido un niño, el reproche penal al acusado debería ser más leve? Claramente faltó, de parte de los jueces de la mayoría, un desarrollo argumental que dé adecuado fundamento a la consideración de que en el presente caso el género de la víctima pudo ser un factor determinante, que -aprovechado por el imputado-, lo haga merecedor de una mayor atribución de pena, anclado ello obviamente, en las circunstancias probadas en juicio.

Considero que en el presente caso la vulnerabilidad de la víctima de la que se valió el imputado fue el carácter de *niña de tan solo 2 años de edad*, y no de su género específicamente. Una niña o un niño de dos años son igual de vulnerables. Es decir que si no se probó la incidencia del género en la comisión del hecho, no puede establecerse una diferenciación como la que se propone. La *edad* es la *condición de vulnerabilidad* que en este caso admite un mayor reproche penal.

En atención a todos los argumentos expuestos concluyo que no se configura el agravio referido a la falta de acreditación de la responsabilidad penal atribuida al acusado respecto del



hecho imputado, y sí se configura parcialmente el referido al monto de la pena impuesta. En función de ello corresponde confirmar la atribución de responsabilidad penal, debiendo modificarse la pena oportunamente impuesta.

Tal es mi voto.

El Juez Nazareno Eulogio manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La Jueza Florencia Martini, expresó: Por compartir lo resuelto, adhiero a los fundamentos expuestos en el primer voto, sin perjuicio de considerar que en el caso no corresponde una valoración con perspectiva de género sino de niñez, en razón de la corta edad de la víctima, consecuente grado de madurez y capacidad de discernimiento.

Asimilar una bebé de dos años a la categoría Mujer por el solo hecho del sexo asignado al nacer en virtud de su genitalidad (aspecto anatómico fisiológico de sus órganos genitales) implica desconocer la construcción de la identidad de género



como proceso socio cultural que atraviesa la subjetividad, trascendiendo el hecho biológico del sexo.

“No se nace mujer, se llega a serlo” sostuvo Simon de Beauvoir en “El Segundo Sexo” (Le deuxieme sexe. Les faits et les mithes, Gallimard, 1949).

Una bebé de dos años se ubica en la línea de partida de la capacidad progresiva de las personas menores de edad prevista en el código civil argentino (arts. 24, 25, 26 y 639 entre otros) que recepta el principio convencional de autonomía progresiva (art. 5 CDN; OC 17 Corte IDH).

El art. 25 del Código Civil distingue entre niños y adolescentes siendo la línea demarcatoria la edad de 13 años en coherencia con la presunción de derecho prevista por el art. 119 del Código Penal en referencia a la ausencia de consentimiento válido para el ejercicio de los derechos sexuales a menores de 13 años de edad. En sentido análogo el art. 26 del Código Civil tiene en consideración la edad y grado de madurez para ejercer diversos actos de la vida en sociedad.



El principio de autonomía progresiva (y consecuente capacidad progresiva) se funda en criterios bioéticos a fin de considerar la posibilidad de formar convicción y decisión razonada respecto a cuestiones que involucran a la persona, receptados por el art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño y Opinión Consultiva (OC) 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En tal sentido se ha pronunciado doctrina autorizada (Minyersky, Nelly "Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención de los Derechos del Niño" en Grosman, Cecilia; Herrera, Marisa, comp. *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur*, Lexis Nexis, p.255).

La OP 17 Corte IDH dice: "*Deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste según corresponda, en la determinación de sus derechos*". Es así que la autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos sexuales depende de factores que si bien consideran la pauta etaria, la exceden al vincularla con el alcance de un cierto grado de madurez



y desarrollo del sujeto a valorar en cada caso. No obstante, la ley presume -al distinguir entre niños y adolescentes-, que sólo estos últimos se encuentran en condiciones madurativas suficientes para ejercer tales derechos sexuales.

En consonancia con ello, la identidad de género es definida por el art. 2 de la ley 26743/12 como *vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento* y en el art. 5 en relación a la rectificación registral del sexo y en referencia a las personas menores de 18 años, dispone que deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y *con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño*, de acuerdo a lo estipulado por la Convención de los Derechos del Niño.

Del mismo modo, el art. 639 del Código Civil reconceptualiza la responsabilidad parental receptando el principio de autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo.



En definitiva, queda claro que una persona de 2 años de edad, por su grado de madurez, resulta incapaz de ejercer el derecho a la identidad de género y consecuentes derechos sexuales y reproductivos, en los términos previstos por el inc. 2 del art. 24 y el art. 26 segundo párrafo del Código Civil, de modo que, no resulta aplicable al caso en examen la perspectiva de género.

**TERCERA CUESTIÓN:**

El Dr. Andrés Repetto, dijo: En atención a la respuesta dada por voto unánime a las cuestiones analizadas en el punto precedente, se debe determinar si corresponde reenviar el presente caso a la instancia previa, en los términos del art. 247 del CPP, a los fines de que se realice una nueva audiencia de cesura o si, por el contrario, puede este Tribunal -conforme la propuesta efectuada por la defensa- ejercer competencia positiva y determinar qué pena corresponde imponer conforme los hechos acreditados, y que fueran calificados como **abuso sexual simple agravado por el vínculo y por ser cometido contra una menor de 18 años de edad** (Art. 119 1er párrafo, en función del cuarto



párrafo incs. b) y f) del CP), en los términos del 246 in fine del CPP, ello en función de los argumentos sostenidos en la segunda cuestión debatida.

Como ya sostuve en otras oportunidades (in re "**MARANGEL, A. S/ Abuso Sexual con acceso carnal agravado por el Vínculo**", legajo 159.353), en casos en los que se revoca la sentencia de pena, aún de manera parcial, la regla general que impone el Código Procesal es la del reenvío de las actuaciones para una nueva determinación de pena.

Sin perjuicio de ello, existen casos excepcionales en los que sí puede ejercerse competencia positiva y resolver directamente en la instancia de impugnación lo que corresponda. A mi modo de ver, el presente caso es una de esas pocas excepciones en las que corresponde ejercer competencia positiva.

Ello se funda en que nos encontramos frente a un caso de abuso sexual, y habilitar una nueva instancia de juzgamiento necesariamente implicaría reiterar una situación de estrés, ansiedad y nerviosismo en la víctima y su núcleo familiar, la que puede perfectamente ser evitada y así ahorrarles



angustia, sumado al hecho de que fue expresamente solicitado por la propia defensa.

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

Los jueces de juicio impusieron 3 años y 6 meses de prisión considerando la aplicación de dos agravantes (violencia de género y edad de la víctima) y un atenuante (falta de antecedentes penales). Conforme los argumentos ya expuestos, y considerando como agravante la corta edad de la víctima en función de la diferencia etaria con el agresor, y teniendo en cuenta en su favor las condiciones personales del acusado, estimo que la pena debe ser reducida en seis (6) meses respecto de la pena oportunamente fijada en el juicio de cesura, por lo que considero justo y equitativo imponer la pena de 3 años de prisión, en los términos del art. 26 del CP, atento la falta de antecedentes del condenado, estableciendo la siguientes reglas de conducta por el plazo de 2 años: 1) fijar domicilio, 2)



someterse al cuidado del patronato de liberados debiendo concurrir a su control con la periodicidad que éste disponga, con un mínimo un control cada cuatro meses, 3) abstener de tener cualquier tipo de contacto con la víctima y su grupo familiar, 4) abstenerse de utilizar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas y 5) cumplir con su deber de asistencia económica de sus hijos menores de edad (art. 27 bis del CP).

Tal es mi voto.

El Juez Nazareno Eulogio manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La Jueza Florencia Martini, expresó: Por compartir lo resuelto, adhiero a los fundamentos expuestos en el primer voto.

CUARTA CUESTIÓN: ¿Es procedente la imposición de costas?

El Juez Andrés Repetto, dijo: Considero que corresponde eximir de costas en esta instancia (arts. 268 y 270 a *contrario sensu* del CPP). Mi voto.



El Juez Nazareno Eulogio manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

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

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

**RESUELVE:**

**1. DECLARAR ADMISIBLE** la impugnación deducida por la defensa en favor de **E. N.**, DNI Nro. ... (arts. 227, 233, 236 y 239 del CPP).

**2. RECHAZAR LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA** deducida contra de la sentencia de responsabilidad, confirmando la declaración de culpabilidad de **É. N.** (DNI Nro. ...) como **autor** del delito de **abuso sexual simple agravado por la convivencia y por ser cometido en perjuicio de una menor de 18 años de edad** (Art. 119 primer y cuanto párrafo inc. b) y f) del



CP), y **HACER LUGAR PARCIALMENTE A LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA** deducida en contra de la sentencia de pena, condenándolo a la pena de **TRES (3) años de prisión en suspenso** (Art. 26, 27 bis, 40 y 41 del CP), estableciendo la siguientes reglas de conducta por el plazo de 2 años: 1) fijar domicilio, 2) someterse al cuidado del patronato de liberados debiendo concurrir a su control con la periodicidad que éste disponga, con un mínimo 1 control cada 4 meses, 3) abstener de tener todo tipo de contacto con la víctima o su grupo familiar, 4) abstenerse de utilizar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas, y 5) cumplir con su deber de asistencia económica de sus hijos menores de edad (art. 27 bis del CP).

**3. SIN COSTAS** por el trámite derivado de la presente instancia de impugnación ordinaria (arts. 268 y 270 del CPP).

**4.** Remitir la presente sentencia a la Dirección de Asistencia a Impugnación y Coordinación General para su registración y ulteriores notificaciones pertinentes a las partes, así como al Registro de Identificación de Personas Condenadas por



Delitos Contra la Integridad Sexual (RIPeCoDIS), en los términos de la Ley 2927 luego de adquirida firmeza.

Firmado digitalmente  
por: REPETTO Andrés

Firmado digitalmente por:  
EULOGIO Juan Jose Nazareno

Firmado digitalmente por:  
MARTINI Florencia María

**Reg. Sentencia n° 42/2023.-**