



SENTENCIA N° 10/2023.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **veinte días del mes de marzo de dos mil veintitrés**, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** conformada por los **Jueces FEDERICO AUGUSTO SOMMER, ANDRÉS REPETTO y NAZARENO EULOGIO**, presididos por el primero de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de Impugnación, en Legajo N° 34.224/2020, caratulado: **"T., D. A. s/ ABUSO SEXUAL"**, seguido contra D. A. T., D.N.I. N°, nacido el 18 de diciembre de 2001, con domicilio en calle, de la Ciudad de Zapala, Pcia. del Neuquén; cuyos demás datos personales obran en el respectivo legajo.

Intervinieron en la instancia de Impugnación el Dr. Marcelo Jofré por parte del Ministerio Público Fiscal; la Dra. Natalia Díaz por la Defensoría de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes; y los Dres. Juan Martín Palumbo y Franco Tomas como Letrados Defensores del imputado también presente en la audiencia, el Sr. D. A. T.. Asimismo presenció la audiencia la denunciante B. G. M..

ANTECEDENTES:

I.- Por sentencia de Responsabilidad dictada el día diecinueve de agosto de dos mil veintidós, el tribunal

de juicio conformado por las Juezas Carolina González, Bibiana Ojeda y Leticia Lorenzo, resolvió: "1. Declarar penalmente responsable a **D. A. T.**, titular del DNI ..., de demás datos consignados en el legajo, en ordenal delito de **abuso sexual con acceso carnal en perjuicio de S. N. V. (1 hecho) y abuso sexual con acceso carnal en perjuicio de V. N. V. (2 hechos) en concurso real en calidad de autor** (arts. 119 primer párrafo, 55 y 45 del C.P.)..."

II.- En fecha diecinueve de diciembre del año dos mil veintidós, el mismo Tribunal dicta Sentencia de Pena, en donde resuelve: "...1) Imponer a D. A. T., titular del DNI ..., de demás datos consignados en el Legajo, la pena de catorce años de pena de cumplimiento efectivo, por el delito que fuera declarado autor penalmente responsable, según la declaración de responsabilidad que forma parte de la presente sentencia, esto es abuso sexual con acceso carnal en perjuicio de S. N. V. (1 hecho) y abuso sexual con acceso carnal en perjuicio de V. N. V. (2 hechos) en concurso real en calidad de autor (arts. 119 primer párrafo, 55 y 45 del C.P.), con accesorias legales del Art. 12 del Código Penal y costas del proceso Art. 268 y 270 del Código Procesal Penal..."

III.- La Defensa dedujo Impugnación Ordinaria (art. 242 del C.P.P.N.) tanto contra la Sentencia de Responsabilidad como de Determinación de Pena, celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 C.P.P.N., el día siete de marzo del corriente año, oportunidad en que la parte impugnante expuso los fundamentos de su recurso.

A.- En primer término tomaron la palabra los defensores del imputado, quienes dijeron que interpusieron impugnación en virtud de lo establecido por los arts. 242 y 247 del CPPN, y lo normado por los arts. 18 de la C.N., 8.2 de la CADH y 14 del PIDCyP; contra la sentencia dictada en fecha 19 de diciembre de 2022, por las Sras. Juezas Leticia Lorenzo, Bibiana Ojeda y Carolina González, en cuanto declara responsable a D. A. T., como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal en perjuicio de S. N. V. (1 hecho) y abuso sexual con acceso carnal en perjuicio de V. N. V. (2 hechos) en concurso real, en calidad de autor, condenándolo a la pena única de catorce años de prisión efectiva.

Dijo la defensa que la sentencia de responsabilidad, dispuso, en lo que aquí interesa, imponer a D. A. T., la pena de catorce años de pena de prisión de cumplimiento efectivo, por el delito de abuso sexual con acceso carnal en perjuicio de S. N.

V. (1 hecho) y abuso sexual con acceso carnal en perjuicio de V. N. V. (2 hechos), en concurso real, en calidad de autor, con accesorias legales y costas.

Manifestaron que su pedido es el de revocación de la sentencia condenatoria.

Acto seguido enunciaron los hechos por los cuales fue declarado responsable su asistido:

Primer hecho: Que el imputado D. A. T., cuando tenía 17 años de edad (nacido el 18/12/2001), en el mes de noviembre del año 2019, sin poder precisar horario exacto pero aproximadamente entre las 16:00 hs. y las 17:00 hs. y sin fecha exacta, encontrándose en el domicilio de calle ... n° ... de la ciudad de Zapala, junto a su prima S. N. V. cuando contaba con 12 años de edad, nacida 07/08/2007, previo decirle que "de acá no te vas" la agarró fuertemente, la tiró a la cama, se bajó los pantalones y la abusó sexualmente con acceso carnal vía vaginal, diciéndole la niña que basta y T. al escuchar la agarraba para que se quedara quieta y la dejaba en el lugar.

Segundo hecho: D. A. T. quien contado con 18 años de edad en el mes de julio del año 2020 después de la fecha 10 estimativamente, sin poder precisarse día y horario exacto, previo tocarla en el cuerpo, abusó

sexualmente con acceso carnal vía vaginal de su prima la niña V. N. V. que contaba con 11 años de edad en esa oportunidad por haber nacido el 11/12/2008, dicha conducta sexual ocurrió en el domicilio de calle n°... de la ciudad de Zapala.

Tercer hecho: El 20 de octubre de 2020, D. A. T. con 18 años de edad, sin poder precisarse horario, encontrándose la niña festejando el cumpleaños de su tía L. B. B., en el domicilio de callen° ... de la ciudad de Zapala, previo bajarle los pantalones, la bombacha, y acostarla en la cama, taparla en su cuerpo, nuevamente abusó sexualmente con acceso carnal vía vaginal a su prima la niña V. N. V. que contaba con 11 años de edad quien le decía que no quería más, eyaculando sobre la campera de la víctima.

Dijeron los defensores que por esos hechos fue declarado penalmente responsable su defendido, y que en el caso no se tuvo prueba suficiente para lograr el grado de certeza que requiere una sentencia condenatoria.

Como primer agravio señalaron que no hubo certeza de los abusos con acceso carnal, por la información que había en el legajo penal, en el legajo de investigación del MPF, y luego en el debate. Dijo que hubo conclusiones

médico forenses contradictorias, y una afectación del derecho de defensa de su defendido.

Dijeron que, como lo plantearon a lo largo del juicio, debe hacerse referencia al grado de certeza de los abusos con acceso carnal, tomando en consideración la plataforma probatoria, por lo cual es sumamente importante analizar la totalidad de los exámenes médicos periciales realizados a las dos menores víctimas.

Que existieron dos exámenes médicos realizadas a las menores y de los cuales pueden apreciarse conclusiones totalmente contradictorias. Uno de ellas realizado por la Dra. Trifilio, que se llevó a cabo el 19 de noviembre de 2020, el cual arrojó resultados negativos, en cuanto a la presencia de lesiones o cualquier otro tipo de indicio que indicara que las menores hubieran sido accedidas carnalmente. Y que por el otro lado, se contó con el informe de la Dra. Alejandra Jara, que fue realizado tres días después, el 23 de diciembre de 2020, es decir, que arrojó que sí hubo indicios de abuso sexual con acceso carnal.

La Dra. Trifilio en su examen pericial concluyó que el himen anular de las menores estaba indemne, sin lesiones traumáticas a la fecha de su realización, siendo determinante su conclusión, con resultados negativos en cuanto a indicios de un acceso carnal o lesiones traumáticas.

Por otro lado la Dra. Jara concluye en un sentido totalmente opuesto, confirmando que sí existen lesiones en las menores, categorizando las mismas en "categoría 3", para ambas menores.

Dijeron que es considerable la contradicción que existe entre dos pericias médicas realizadas con solo 3 días de diferencia. Que la única diferencia es que una fue evaluada por el tribunal que condenó, que fue la pericia de la Dra. Jara, y la otra no fue evaluada, que fue la de la Dra. Trifilio, lo que a su entender afecta flagrantemente el derecho de defensa del imputado.

Que hay una falta de certeza concreta en cuanto al acceso carnal, siendo relevante, según entienden, que solo existieron 3 días de diferencia entre una pericia y otra. Resulta extraño que el tribunal no haya querido evaluar este informe de la Dra. Trifilio, cuando obviamente eso hubiese implicado configurar una duda razonable a favor del imputado.

Por otra parte, sostuvieron que es relevante destacar la conveniencia para la parte acusadora del desistimiento del testimonio de la Dra. Trifilio. Afirmaron que participaron desde el inicio del juicio, pero no en la audiencia de control de la acusación, y que allí no se ofrecieron las pruebas que le hubiesen garantizado al Sr.

T. un efectivo ejercicio de su derecho de defensa. Precisamente porque nunca fue propuesta formalmente, en audiencia de control de acusación, el testimonio de la Dra. Trifilio, en base al informe que había practicado. Sí lo propuso el MPF y luego en el transcurso de la audiencia, como vio que no le convenía a los fines de una sentencia condenatoria, desistió de ese testimonio que iba a concurrir al debate a explicar el porqué de sus conclusiones, por qué creía que no existían lesiones en ninguna de las dos niñas, pero ello no ocurrió, y en la audiencia de debate la Dra. Trifilio no defendió sus conclusiones, porque no se le permitió, se hizo lugar al desistimiento del MPF, y como la defensa no lo había propuesto no se produjo ese testimonio.

Básicamente, la sentencia, en cuanto al hecho en sí del acceso carnal, se basó exclusivamente en la pericia y en el testimonio brindado por la Dra. Jara. Que ambas, tanto Jara como Trifilio, son miembros del Poder Judicial, no son peritos de parte, ni médicos que trabajen liberalmente, sino que son dependientes del Poder Judicial.

Sostuvieron que, el tribunal que condenó, debería haber otorgado la oportunidad -de que esa prueba se produjera-, porque básicamente, creen que se debe aplicar el fallo "Moreira" del 20-12-2020, de la CSJN, en cuanto a uno de los lineamientos que ese fallo prescribe: en materia

criminal, en donde se encuentran en juego los derechos esenciales de las personas y del honor, se deben extremar los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa en el juicio; lo cual lo pone la CSJN en cabeza también de los tribunales que juzgan. Lo que no ocurrió en esta causa, porque básicamente al llegar al debate, cuando la defensa ya sabía sobre qué iban a deponer Jara y Trifilio; las desistieron y no le interesó a la presidenta Lorenzo y a las otras dos juezas escucharla; cuando había exámenes periciales totalmente contradictorios.

Además, dijeron los defensores, deben considerarse otras cuestiones en cuanto al testimonio de Trifilio: a pesar de que no se logró producir el testimonio de la Dra. Trifilio en la audiencia de juicio de responsabilidad, luego en la audiencia de cesura, las dos psicólogas que intervinieron para determinar el alcance del daño que sufrieron las víctimas, al ser preguntadas por esa defensa sobre los elementos que habían tenido en cuenta en relación al legajo penal, indicaron que el mismo MPF envió para que evaluaran todos los elementos, incluida la pericia y el informe de la Dra. Trifilio. Por lo tanto, existía antes este informe que determinaba que no había acceso carnal, no se produjo en el debate, y luego en la cesura fue uno de los elementos que tuvieron en cuenta las licenciadas en

psicología que intervinieron para determinar el alcance del daño de las menores.

Dijeron que, en cuanto a este punto, deben aplicarse estos lineamientos de la CSJN en el fallo "Moreira". Dijo allí la Corte que no basta con cumplir con las exigencias básicas del debido proceso, que haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester, además, que la defensa sea efectiva y sustancial. Que entonces en cuanto a la determinación de la responsabilidad por parte del tribunal que juzgó al Sr. T., no existió una decisión que pueda excluir cualquier duda en relación al acceso carnal específicamente, que es esencial al momento de juzgar, tipificar y condenar al imputado.

En cuanto al segundo agravio expuesto por los defensores, dijeron que el mismo se refiere al error en la calificación escogida por los juzgadores.

Que los magistrados yerran al determinar la calificación legal en la sentencia, ya que, como bien plantean en la sentencia de responsabilidad, en el punto 7.4, no se estaba frente a tres hechos estancos o aislados que sucedieron durante el 2020, sino que hay una historia detrás, hay una continuidad en los mismos, ya que se entiende que los hechos comenzaron cuando el imputado incluso era menor de

edad, en donde se refieren no al hecho imputado, sino a los hechos anteriores.

Esta etapa anterior, se puede ver en la propia declaración de la víctima menor S. N. V., a partir del minuto 7 de su declaración, donde ella describe un supuesto comienzo de estos abusos, en donde describe una situación que se da en una habitación, en una cocheta donde supuestamente sucede el primer hecho de abuso. Y describe, y manifiesta, que ella tenía la edad de 6 años, y su hermana V. 4 años. Con lo que nos lleva a situar al imputado a ese período, en el cual, sacando cuentas, el mismo tendría 11 años de edad, es decir, no llegaba siquiera a ser un adolescente. Refiriéndose a este hecho como el inicio de los abusos que fueron denunciados.

La misma víctima se refiere a estos hechos como "un juego", y que los guarde como un secreto. La propia víctima es la que lleva a situar el comienzo de estos supuestos hechos de abuso en su declaración; y por ello sostienen -los defensores- que hay una continuidad en todos ellos, los cuales comenzaron cuando el imputado era aún menor a la edad que tenía al momento del primer hecho denunciado.

Dijeron que, deteniéndose en la descripción de los hechos y el comienzo de los mismos, respecto de los tres hechos imputados a T., corresponde analizar

profundamente distintos puntos y requisitos que lo tornarían un delito continuado.

Así se puede corroborar "la variedad y multitud de diferentes hechos" sometidos a juicio conjuntamente; la existencia de un dolo unitario, es decir una voluntad o intención única, que a contrario de lo sostenido por el tribunal, esta parte considera que es manifiesto el mismo, dada la manera en la cual se lleva a cabo, y la misma situación fáctica en todos los hechos en los cuales se procede de la misma manera.

También existe, dijo la defensa, una conexión espacio-temporal entre estos acontecimientos. Aquí cabe remarcar nuevamente, dijeron, que los hechos comenzaron supuestamente cuando el imputado era menor de edad y los mismos persistieron en el tiempo, y dicha conexión es manifestada por la propia víctima en Cámara Gesell. Refirió la víctima que posterior a esto, siempre existieron manoseos, tocamientos constantes, siempre se dieron este tipo de situaciones, a lo cual refería T. como un juego. Es decir, la conexión espacio-temporal existe, los hechos se dieron a lo largo del tiempo hasta que se realizó la denuncia que desató la presente causa. En todos esos hechos se dio un aprovechamiento de ocasiones similares.

En cuanto a sujeto activo o persona que lleva a cabo el ilícito es la misma persona, el Sr. T., y el modus operandi es prácticamente el mismo. Siembre hubo una misma situación fáctica, en los tres hechos descritos y en los hechos anteriores referidos por la propia víctima, que no fueron denunciados, es el mismo modo de obrar, la misma intención. Existe en todos ellos un aprovechamiento de la misma manera, de la misma situación.

En el único punto que podría discutirse lo que es el instituto del delito continuado, es en la unidad del sujeto pasivo. En este caso, dijeron los defensores, existen distintas teorías. Sin embargo hay una postura que sostiene que la persona del sujeto pasivo no necesariamente tiene que ser una, sino que puede existir una pluralidad de sujetos. La exigencia de que el sujeto pasivo sea una sola persona es un limitador del instituto de la acción por continuación.

Dijeron que, lo que intentan demostrar con toda esta explicación en cuanto al comienzo de los hechos, los puntos que tornarían al hecho como un delito continuado, es aclarar la esencia y el contexto en los cuales se realizaron los supuestos abusos.

De esta manera, lo que se intenta demostrar y aclarar es la esencia del delito continuado, la cual reside

en la naturaleza y modalidad de ejecución, y de la cual debe trascender la unidad subjetiva de los hechos, como ocurre en el presente caso.

El delito continuado en sí es una figura creada por la doctrina y la jurisprudencia, que se estableció como una excepción a la regla, regla que establece que para una pluralidad de conductas y lesiones al bien jurídico, corresponde una sanción punitiva por cada una de ellas. En este caso, considerando que existe una continuidad en los distintos hechos que fueron llevados a cabo por el imputado, dándose todos los recaudos para la configuración de un delito continuado, correspondería aplicar esta excepción.

Y en cuanto a la solución para el caso, se entiende que el mismo no puede solucionarse sino por la aplicación del art. 54 del CP, es decir, no aplicarle las reglas del concurso real, sino las del ideal, como norma más comprensiva para la generalidad de los supuestos.

Por lo expuesto, dijeron, no corresponde la interpretación realizada por el tribunal en la sentencia impugnada, siendo que en la misma se aplican las reglas e interpretaciones del concurso real (Art. 55) para el cómputo de la pena, omitiendo el contexto y la modalidad de los supuestos abusos, dando como resultado la multiplicación del castigo de un modo exponencial, y llevando a juzgar al

imputado como un adulto en su totalidad, aplicando un castigo extremadamente alto, razón por la cual se requiere la determinación de la escala penal en los términos del art. 54 del Código Penal, con la consecuente disminución de la pena.

Estas consideraciones, dijeron, los lleva a plantear el tercer agravio, el referido a la escala penal y el punto de partida para la imposición de la pena, y con ello, la errónea aplicación de la ley 22.278.

En este punto cabe destacar que los magistrados no ponderan bajo ningún punto la ley 22.278, y si bien se refieren a la misma, sosteniendo que corresponde la aplicación de dicha ley para el primer hecho imputado, haciendo un análisis para la determinación de la pena correspondiente al primer hecho, en el cual el imputado tenía 17 años; llegan a la conclusión de que debe aplicarse una sanción considerando la escala reducida, pero solo para este hecho. Pero esta escala reducida no se refleja en lo más mínimo en la pena, careciendo totalmente de lógica su aplicación en la sentencia recurrida y la escala penal utilizada.

Esto es así ya que los magistrados determinan que la escala reducida debe aplicarse únicamente al primer hecho, en el cual el imputado era menor de edad, no siendo trasladable esta interpretación a los dos hechos restantes,

para los cuales aplican las reglas del art. 55, del concurso real, todo lo cual torna intrascendente el análisis realizado en cuanto a la ley 22.278, ya que prácticamente se omite la misma de esta manera, aplicando una escala penal de un delito consumado, bajo la ley penal de adultos. O sea que no se considera bajo ningún punto la escala reducida conforme a la ley 22.278.

Dijeron, luego, que se está ante un caso muy particular en el cual se deben tener en cuenta una serie de cuestiones, principalmente, el comienzo de los supuestos hechos de abuso, cuando T. era menor de edad, no solo en referencia al primer hecho denunciado, sino a lo declarado por la propia víctima, o sea, cuando el imputado tenía apenas 11 años de edad. Por lo cual es más que manifiesto que no son hechos aislados los que sucedieron sino que hay una continuidad.

Todos estos hechos sucedieron en una etapa en la cual el imputado era un preadolescente, y en donde aludía a los mismos como un juego. Y este es el contexto que debe tenerse en cuenta a la hora de establecer el punto de partida de la imposición de la pena.

Ahora, analizando el contexto de los hechos, y el comienzo de los mismos, conforme a lo relatado por la propia víctima, es necesario valorar ello para la

determinación de la pena, y sobre todo para la correcta aplicación de la ley 22278, esto, debido a que el imputado al comenzar los supuestos hechos de abuso solo contaba con 11 años, siendo una persona totalmente inmadura e inexperta, tomando los mismos como un juego, sin tener en cuenta si estaban bien o mal, o si los mismos podían configurar un ilícito. No se puede considerar en este caso que el imputado tenía cierto discernimiento, si podía entender la gravedad de los supuestos hechos de abuso que cometía.

Es por ello que consideran que se debe realizar un análisis exhaustivo del contexto de los hechos, con el fin de establecer un punto de partida y una escala correcta para la pena y con ello una correcta aplicación de la Ley 22.278, por lo cual, se considera que a los fines de garantizar que la sanción tenga una relación justa y humanitaria; analizándose la gravedad del delito, analizándose si existió en el caso un sometimiento, un aprovechamiento, ya que el imputado tomaba los supuestos hechos como un juego, sin poderse considerar que existía un ejercicio de violencia. Debiendo diferenciarse la gravedad del delito bajo este punto.

También, dijeron los defensores, deben considerarse las circunstancias en las que se cometió el delito, la continuidad descrita anteriormente, habiendo

comenzado los abusos aproximadamente en el año 2013 y teniendo cierta continuidad, hasta el momento de la denuncia, la cual se realizó apenas cumplió los 18 años de edad. Se dio una continuidad, y a los 18 años de edad fue denunciado. No pasó mucho tiempo desde que cumplió la mayoría de edad. Cabría preguntarse, dijeron, si el Sr. T. era una persona consciente de lo que hacía. Siendo que los supuestos abusos datan del año 2013 y que los mismos eran planteados a modo de juego por el imputado siendo menor de edad. Y por otra parte, si puede considerarse que entendía la gravedad de los mismos. Luego dijeron que, otro punto a considerar, son las condiciones personales del imputado. Y en este punto, dijeron, es donde se debe remarcar puntualmente que estamos ante una persona de muy corta edad, quien fue denunciado al apenas cumplir los 18 años, por un hecho cometido siendo menor de edad y otros habiendo cumplido recientemente la mayoría de edad. Que se está frente a un imputado que se puede decir que es totalmente inmaduro, inexperto, remarcándose a lo largo del juicio que este no tiene ningún tipo de experiencia sexual en su corta vida, pudiéndose apreciar que los hechos denunciados, como así también los mencionados de antigua data, fueron realizados a modo de juego, siendo este un adolescente en plena etapa de exploración sexual.

El Sr. D. T. es una persona muy joven, que no tiene ningún tipo de antecedente penal, ni siquiera una multa de tránsito o antecedentes de violencia de ningún tipo, se trata de un joven que recientemente cumplió su mayoría de edad, que dedicó su corta vida a estudiar y formarse, y a quien no corresponde se lo juzgue como un adulto mayor y violento conforme lo hace el tribunal en la sentencia recurrida.

Dijo que para la correcta fijación de la pena, debe aplicarse la ley 22.278 en su artículo 4to., o sea, debe aplicársele la reducción prevista para la tentativa, y no la escala de un delito consumado; y que este criterio se debe trasladar a la totalidad de los hechos, o sea, no solo al primer hecho, sino a los tres hechos, en base a la modalidad de los mismos, el contexto, y la continuidad de dichos hechos.

En cuanto al cuarto motivo de agravio, es el referido a la pena aplicada al caso, y que según los defensores, no respeta el principio de resocialización.

Dijeron que en cuanto a la pena a imponer, había un límite de 15 años de prisión, lo cual estaba prefijado antes que inicie el debate. La pena que en definitiva se le aplicó a T. fue la de 14 años de prisión, determinación que no tiene ningún sustento. Que solo tuvo en

miras la retribución a los fines de determinar la pena, y no el principio resocializador.

Dijeron que debía tenerse en cuenta que el Sr. T. es una persona de muy corta edad, que no es reincidente, es una persona que estudia, que fue denunciado, de hecho, luego de haber terminado la secundaria.

Por otra parte, señalaron que el tribunal de juicio dijo que las consecuencias a las víctimas son graves, pero no explicaron cuán grave fue esa acción dentro del tipo penal del art. 119. No lo especifican, y aplican casi el máximo de la pena, 14 años de prisión.

Finalmente solicitaron la absolució n de su defendido; subsidiariamente solicitaron se declare la nulidad del juicio por entender que atenta contra el derecho de defensa, la defensa efectiva; subsidiariamente a ello, solicitaron que se tenga en cuenta la escala penal de la tentativa del art. 4 de la ley penal juvenil, y se imponga la pena en funció n de esta escala penal reducida; subsidiariamente a todos esos planteos, solicitaron se le aplique el m í nimo de la escala penal utilizada por el tribunal que condenó, esto es, la pena de 6 años de prisión. Por ú ltimo, solicitaron se haga reserva del Caso Federal en caso de no hacer lugar a sus peticiones.

B.- A su turno el Sr. Fiscal, Dr. Marcelo

Jofré manifestó que en cuanto a la admisibilidad formal del recurso no tenía objeciones que formular.

Sí, en cambio, se opuso a los agravios enunciados por la defensa. Dijo que lo que intentan los defensores, con los motivos de agravio planteados, es obligar al tribunal de impugnación a tomar otro rol, no un rol de impugnación. Dijo que el primer agravio va dirigido a mostrar una contradicción en informes periciales, el segundo dirigido a la calificación legal, y un tercer agravio dirigido a la escala penal utilizada. Pero no se escuchó nada respecto a la motivación de la sentencia. La defensa no pudo traer a esta audiencia de impugnación, o no ha podido probar, cuál ha sido la falta de valoración de cada uno de los elementos de prueba traídos a este juicio. No lo pudo explicar la defensa. Es decir, no trajo nada sobre el juicio de la prueba, sobre lo que las tres juezas pudieron ver por sus sentidos, respetando el principio de inmediación.

Asimismo nada se dijo, en cuanto a los elementos probatorios que el tribunal de impugnación no conoce, porque no lo dijo la defensa, y es la defensa quien impugna; es decir si sobre el análisis que hicieron las juezas prevalece o no el principio de inocencia del Sr. T.. Como así también en el tema de la pena, en donde la

parte querellante solicitó quince años de prisión y la fiscalía catorce años de prisión.

En cuanto a lo manifestado en torno a la Dra. Trifilio y la Dra. Jara, resaltó que Trifilio no declaró en juicio, por lo cual mal se le puede pedir a un tribunal que analice prueba que no escuchó, prueba que no se trajo. En el acta de control de la acusación, de fecha 25 de marzo del año 2022, con otro defensor, se ofreció el testimonio de la Dra. Trifilio. En el momento de solicitar audiencia en juicio, se desiste de la Dra. Trifilio. Pero sin perjuicio de eso, es el Sr. Defensor quien en el contra interrogatorio con la médica Jara, quien en su exposición a través de un esquema, para evitar las fotografías de las dos niñas víctimas, trae una explicación de por qué la Dra. Trifilio pudo advertir algo diferente. La Dra. Jara lo explicó, y lo recogió el tribunal bajo el título "Las explicaciones médico-forenses". Allí el tribunal dice por qué los abusos sexuales con acceso carnal están probados, accesos carnales que hoy pretende revertir la defensa in voce, pero no con prueba.

La Lic. Jara explicó, y esto fue valorado por las juezas, el tema hormonal, con respecto al examen médico. También explicó que esta cuestión hormonal hace ver una visión diferente del hecho del acceso carnal. Asimismo Jara

explica que hubo una forma de ver diferente, ya que ella utilizó un instrumental diferente, para hacer sus estudios.

Al terminar de relatar el testimonio de Jara, el tribunal dijo que esas conclusiones periciales les permitieron afirmar que dichos hechos de accesos carnales de parte del imputado, hacia S. y V., existieron. Es más, se analizan en la sentencia cosas que tampoco el defensor pudo marcar como errores valorativos, o ausencia de valoración.

El tribunal dijo sobre la cuestión hormonal, que los exámenes están influenciados por las hormonas, depende del momento del ciclo menstrual en que son realizados. Por ello ella -Jara-, ha relacionado cada examen con una fecha de menstruación. Siguen diciendo las juezas que: cuestión no menor es la diferencia instrumental, la Dra. Jara, a diferencia de Trifilio, utilizó el colposcopio, que permite ver con mayor detenimiento la membrana.

El Sr. Defensor intenta, lo que ya intentó en el juicio y que motivó una respuesta del tribunal. EL tribunal le dijo que no podía analizar prueba que no se produjo.

Repito que la defensa tuvo tiempo y oportunidad para ofrecer prueba en cuanto a este punto y no

lo hizo. Y el tribunal, por su parte, fundamentó por qué estos abusos sexuales existieron.

Con lo cual propuso que este primer agravio sea rechazado.

En cuanto al segundo agravio expuesto por la defensa, el referido a la calificación legal, dijo que se encontraba confundido, toda vez que de la lectura que se dio por parte de la defensa, se trató de un hecho cuando tenía 17 años de edad, y dos hechos más cuando tenía 18 años de edad. Ahora bien, la defensa, en el alegato de clausura del juicio de responsabilidad planteó lo mismo que plantea ahora en esta instancia. Luego se preguntó: ¿Cómo quiere que se califiquen los hechos cometidos cuando era menor de edad si la fiscalía no acusó por esos hechos? ¿Cómo podría analizar el Tribunal de Impugnación una conducta por la que la fiscalía no acusó? Dijo que la fiscalía presentó un hecho cuando tenía 17 años de edad contra S. N. V., una niña al momento de ocurrencia del hecho, y otros hechos cometidos contra V. N. V. cuando el imputado ya tenía 18 años.

Siguió preguntándose: ¿Hubo alguna oposición por parte de la defensa, con prueba, no con palabras, en cuanto a que estos hechos no ocurrieron tal como lo presentó la fiscalía? La respuesta, dijo, es negativa. Es decir, T.

se defendió de un hecho de abuso sexual con acceso carnal contra S., cuando él tenía 17 años, y dos contra V., cuando él ya tenía 18 años. ¿Cómo podría evaluarse un delito continuado en esas circunstancias?

Pero, dijo, suponiendo que en cuanto a los hechos de noviembre de 2019, julio de 2020 y 20 de octubre de 2020, la defensa entienda que esto es continuado; la única mención que hace el código penal es en el art. 63, que tiene esa palabra continuado. Eso en base a una teoría de autores. Dijo que no deben traerse autores a juicio, debe traerse prueba, argumentación. Porque sino se traen autores de libros, y se discute con autores de libros.

Dijo que este no es un delito continuado, es más, dos niñas son víctimas, y para eso la defensa trae una teoría que dice que puede ser delito continuado porque no se requeriría que sea la misma víctima el sujeto pasivo. Y por otra parte sostiene la defensa que es continuado porque fue un juego. Quien no tomó como juego esto son las víctimas. Es decir, que para la defensa, como era un juego para el imputado, y como se inició años atrás, debería ser un delito continuado.

Las juezas del juicio explicaron por qué estamos ante un concurso real.

En los alegatos, dijo, se opuso conjuntamente con la querrela a la aplicación del art. 4 de la ley 22.278, donde solicitaba en el inc. 3ro., lo que dice en cuanto a que se podía reducir la pena en la forma prevista para la tentativa.

La defensa insiste en que era un juego, pero se olvida que cuando las penetró vía vaginal ya no era un juego, abusar de dos niñas con acceso carnal no es un juego.

El tribunal escuchó a dos víctimas niñas, dos mujeres, a V. y S., el relato de Cámara Gesell fue corroborado, fue valorado, por la Lic. Valeria Cid.

En cuanto a que la fiscalía desistió de un testigo por conveniencia, dijo que no es por conveniencia, es por reglas que establece el código de procedimiento penal. El caso es para litigar, no para plantear una mala defensa del abogado anterior. No se trata de una fiscalía viva que le sacó un testigo, la defensa claramente contrainterrogó y escuchó lo que no quería escuchar. Quien abrió la puerta para que ingrese lo que había dicho la Dra. Trifilio fue el propio defensor, y es el propio defensor el que escuchó algo que no quería escuchar.

En cuanto al tercer agravio, el dirigido al cuestionamiento a la escala penal, dijo que parecería ser que en virtud de las conductas personales de T., de su corta

edad, de su inexperiencia e inmadurez; se pretende que no se lo juzgue como mayor. Como en el primer hecho el imputado era menor, el defensor pretende hacer un combo, meter todo junto e ir por la ley de menores. No pueden pedir algo que no está escrito. No se puede forzar la ley en beneficio de un hecho grave.

En cuanto a la pena, dijo que no entiende cómo puede pedir subsidiariamente el defensor una pena de 6 años cuando se trata de 3 hechos. Cuando el máximo es de 45 años de prisión, y que se acertó a 15 años por petición de las partes acusadoras, que fue el límite del tribunal.

La crítica que le hace el tribunal de juicio a la defensa, es que trajo todos testimonios de gente (A., F., C., M.) que no conocían a T., sino que los que lo conocían eran los hijos. ¿Es un error de la fiscalía? Es el defensor quien debe traer a sus testigos para poder probar en audiencia de cesura la imposición de pena.

En cambio, las partes acusadoras, llevaron pruebas que fueron valoradas por el tribunal. Se analizó a Nadia Arregui, psicóloga; M. V., el papá de las niñas, quien explicó el cambio de actitud, el cambio de vida; Ayelén Vieyra.

Es cierto lo que dice el defensor, que cuando en el contrainterrogatorio se le pregunta sobre el punto, dijeron que vieron el informe de Trifilio, pero porque estaba en el legajo, y así lo establece el protocolo; pero ello no quiere decir que Vieyra lo valoró para su informe.

El tribunal no hizo lugar a todos los agravantes de la fiscalía, solamente dice que hay tres agravantes. Como agravante principal, analiza el tribunal de juicio, la extensión del daño, el trauma que tienen las adolescentes hoy, el estado de ánimo, el estado de alerta, la pérdida de confianza. Y esto fue provocado por un solo autor, no como delito continuado, sino como un concurso real.

V. siente vergüenza, culpa. S. también, y además, incomodidad en cuanto a estas relaciones familiares.

El tribunal hace lugar, en forma parcial, a lo solicitado por la defensa, y aplica la tentativa para el hecho de abuso sexual con acceso carnal respecto de S. N. V..

Culminó su alocución solicitando se rechacen todas las pretensiones de la defensa, dijo que no hay aquí un delito continuado, no hay nulidades, está debidamente fundamentada la sentencia. La fiscalía pidió en su oportunidad 14 años, la querrela 15. Solicitó que se confirme

la sentencia de responsabilidad penal por abuso sexual con acceso carnal, tres hechos en concurso real, y se confirme la pena de prisión de cumplimiento efectivo respecto del imputado T..

C.- A continuación tomó la palabra la Querellante Institucional, quien manifestó que tampoco advierte motivos para oponerse a la admisibilidad formal del recurso, ya que se trata de una sentencia condenatoria, interpuesta en tiempo y forma por parte del imputado.

Respecto a los agravios dijo que, el primero de ellos, se refiere a las conclusiones médico-forenses. Aquí lo que pretendió hacer la defensa es introducir un testimonio que no se produjo en juicio, porque la Dra. Trifilio no vino a declarar, entonces el tribunal justamente valora esta circunstancia y dice que no puede valorar esta información que aporta de Trifilio, que es más, también la leyó en esta instancia, pero ello es una prueba que nunca fue producida en juicio.

Asimismo dijeron que, en el supuesto caso de que se pudiera valorar esta información de Trifilio, a través de lo que dice Jara, Jara había llegado a la conclusión de que había lesiones himeneales en ambas niñas compatibles con acceso carnal. Entonces la pregunta de la defensa es por qué se daba esta contradicción entre Trifilio y Jara, Jara

explicó por qué puede haber alguna diferencia entre exámenes a la misma persona con una diferencia de tres días, en una hipótesis no referida al caso concreto, sino hablando en general desde su experticia. Ahí es donde ella justamente habla, y dice que el proceso hormonal juega un papel muy importante a la hora de la revisión médica. Dijo que depende del ciclo menstrual en los que son realizados, cómo va a ser el examen, y cuál va a ser la conclusión.

Por otra parte, y también en el caso concreto, dice la Dra. Jara que ella utiliza un colposcopio, que es un instrumento que justamente le permite acceder a tener una visualización mucho más precisa de las lesiones que pudiesen haber, distinto de la Dra. Trifilio que la realiza a ojo desnudo y no a través de un instrumento.

Entonces, las Sras. Juezas dicen primero que nada, no deberíamos siquiera valorarlo porque acá no se produjo ningún tipo de prueba, no escuchamos a la Dra. Trifilio; pero sin perjuicio de esto, en la hipótesis no del caso concreto, pero que en algún caso se dé este tipo de pericias contradictorias, estas serían las cuestiones que refuerzan sostener que lo que nos dice Jara es de esa manera. Y la sentencia le dedica un título justamente a este aspecto, y por qué hay certeza de las lesiones.

En cuanto al segundo agravio, el dirigido a la calificación legal, las juezas justamente dicen que no podemos hablar de continuidad, porque ello exige ciertos requisitos tales como la presencia de un dolo unitario, repetición en la afectación típica y lesión del bien jurídico, y la identidad del titular del bien jurídico afectado. No nos encontramos ante la presencia de un dolo unitario, dijeron las juezas, sino que son hechos bien diferenciados en el tiempo, en una secuencia recortada. Tampoco hay identidad en el titular del bien jurídico. En todo caso, siguen diciendo las juezas, siempre nos hubiésemos encontrado en un concurso real.

Con respecto al agravio dirigido a la escala penal y el punto de partida, como asimismo de la supuesta errónea aplicación de la ley 22.278; dijo que según su postura, y así lo manifestó en juicio, entendía que no debía aplicarse la ley 22.178. Las juezas hacen lugar parcialmente a lo que manifiesta la defensa, y dicen sí, vamos a aplicar la ley 22.278, y la vamos a aplicar únicamente en lo que se refiere al primer hecho, en el hecho que T. tenía 17 años. Respecto de los hechos posteriores, entendieron que merecía el tratamiento como mayor. Dijeron las juezas que no se podían apartar de la ley, porque era justamente eso lo que decía la ley 22.278.

La defensa pretende hacer "un combo" que todos los hechos sean juzgados por la ley 22.278, y que se le imponga una pena menor; lo cual es improcedente e ilegal.

En cuanto a la escala penal, y la crítica de la defensa de que el máximo es 15 años y las juezas aplican 14, remarcó que la escala no tiene como máximo 15 años, la escala en el caso es de 6 a 45 años. El límite de los 15 años lo da la ley adjetiva; lo cual fue una estrategia de las partes acusadoras para no exponer tanto a las niñas, por ello no se optó por un juicio por jurados. Sabiendo que de esta forma se debería acotar la pena a un tope de 15 años.

Y con respecto a la valoración que se hace de la prueba por parte de la defensa, en cuanto a las condiciones del imputado, sí fueron valorados por las juezas. De hecho aplican la ley 22.278 a un delito.

También, dijo, a petición de la querrela, las juezas entendieron que el fin resocializador de las penas debe tener también esta perspectiva de género. Estamos hablando de una persona de corta edad que tiene proyecciones de vivir muchos años, entonces realmente se hace necesario la resocialización, y que en la etapa de ejecución se ponga justamente el eje en poder entender en qué consiste la violencia de género, en qué consiste el hecho, lo que le hizo a estas dos nenas. Por lo cual, dijo, es contradictorio lo

planteado por la defensa, porque sí se valoraron estas conductas, lo que no se valoró es aquello que la defensa intentaba introducir a través de testigos de oídas, que eran las madres de los chicos que eran sus compañeros, que estaban estudiando en Córdoba y que supuestamente no podían venir, ni salir por zoom. Fueron a juicio las madres de esos chicos, a decir lo buen chico que era T. cuando iba a la secundaria. Por lo cual, intentar tener en cuenta este tipo de circunstancias, más aún, con la calidad de prueba que se produjo en juicio, no merece ser valorado de ninguna manera.

Dijo que la sentencia es correcta, lógica, que es ajustada a derecho, por lo tanto solicitó que sea confirmada en todas sus partes.

D.- A continuación se le preguntó a la Defensa si quería ejercer el derecho a hacer uso de la última palabra, manifestando que se hizo una mala interpretación por parte de los acusadores al término "juego" que utilizó la defensa en su alocución, y que no es algo que los letrados lo consideren un juego. Que se hizo referencia al minuto 7 de la declaración de S., en la que, en Cámara Gesell, ella dice que "todo comenzó como un juego".

Luego, en cuanto a la crítica del MPF de que no le gusta que se lean autores, manifestó que en otro debate similar a este en el que intervinieron, precedente

"Lucetich", de Cipolletti, se aplicó la teoría del delito continuado. Dijo que hay una situación que es única, que no se puede dividir en compartimientos estancos, hay un hecho que comenzó, como está acreditado y no lo negó el MPF ni la Querrela Institucional, cuando su defendido tenía 12 años. Que no se pueden analizar como hechos independientes, que es una continuidad que comenzó cuando su defendido no era menor, era un niño.

En cuanto al fin resocializador de la pena, se aplicó casi el máximo de la escala penal. Que el MPF no haya intentado llevar este caso a un juicio por jurados no es responsabilidad de T., ni que se haya limitado en la pena tampoco. Sino que el delito por el cual se lo juzgó, y la escala por la cual se lo juzgó tenía un máximo de 15 años porque lo decidió el MPF.

Que se la aplicó 14 años de prisión a su defendido, lo cual es excesivo y se encuentra reñido con el principio de resocialización. Por otro lado, dijeron, hacen propios los argumentos de la parte querellante, quien dijo que no se produjo prueba, cuando justamente de lo que se quejan es de lo que no se produjo. Que no se produjo cuando el tribunal tuvo la posibilidad de hacerlo y no tuvo interés en escuchar a la Dra. Trifilio, cuando el informe de la Dra. Trifilio decía que no había abuso sexual con acceso carnal.

Obviamente que las tres juezas que intervinieron lo sabían, porque estaban los informes y decidieron que no declarara la Dra. Trifilio. Ello atenta contra el derecho de defensa también, y por lo tanto se reafirma, dijo, el petitorio realizado: absolución, subsidiariamente que se declare la nulidad del juicio porque la no posibilidad de producción y valoración de la prueba afecta el derecho de defensa, subsidiariamente se imponga la escala que establece el art. 4 de la ley 22.278, y por último, y subsidiariamente a ello, se aplique el mínimo de la escala penal que fue utilizada en el debate, de 6 años de prisión.

E.- A continuación el Tribunal solicitó a las partes algunas precisiones, aquí se hará un racconto de aquellas más relevantes para la resolución de las controversias:

En primer término se les preguntó sobre si nadie se opuso a que en un mismo juicio se tramite un proceso penal con el régimen penal de minoridad, y con la ley provincial de niños y adolescentes imputados, ley 2.302, y otro con aplicación del régimen general: La querella dijo que fue un planteo que se les realizó a las juezas, y las juezas entendieron que eran competentes según lo normado por la ley 2.302. La defensa dijo que lo plantearon en su oportunidad,

para que sean todos los hechos juzgados mediante ese procedimiento fijado por la ley 2.302.

Quedó claro de las respuestas de las partes, que si bien fue motivo de un planteo, ello no generó agravio por parte de la impugnante.

Luego se le preguntó a la defensa, en cuanto al testimonio desistido de Trifilio, si planteó como un hecho nuevo que se produzca esa prueba, o bien como medio indispensable uno ya conocido que resulta relevante producir en juicio; a lo cual la defensa dijo que la Dra. Trifilio no fue ofrecida por esa defensa, sino por el MPF, y el MPF desistió en audiencia de ese testimonio.

Cuando se lo confrontó con sus dichos, ya que había afirmado en su alegación que el tribunal no valoró esa prueba indispensable, reconoció que no se solicitó su producción por esa parte ni antes, ni luego de ser desistida por quien la ofreció.

Posteriormente, cuando se le preguntó a la defensa por qué solicitaba la absolución de su asistido, dijo que lo peticionaba porque había dos informes contradictorios; y que, por el principio de in dubio pro reo, y la duda razonable, debía ser absuelto.

F.- A continuación se le preguntó al imputado T. D. A. si quería hacer uso de la palabra,

recordándole que también podía guardar silencio, sin que ese silencio pueda ser considerado en su contra, habiendo optado por guardar silencio.

G.- Practicado sorteo para establecer el orden de votación, resultó que en primer término debe expedirse el **Juez NAZARENO EULOGIO,** luego el **Juez ANDRÉS REPETTO** y, finalmente, el **Juez FEDERICO AUGUSTO SOMMER.**

Cumplido el proceso deliberativo previsto en los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria del Digesto Adjetivo, **se ponen a consideración las siguientes cuestiones:**

I.- ¿Es formalmente admisible la impugnación interpuesta por la Defensa?, II.- ¿Qué solución corresponde adoptar? y, por último, III.- ¿Procede la imposición de las costas?

VOTACIÓN:

I.- A la primera cuestión el Juez NAZARENO EULOGIO dijo: En lo que a la admisibilidad de la presente impugnación respecta, y sin perjuicio de que no existió oposición a la misma por parte de la Fiscalía y la Querella, realizando un control de legalidad sobre el punto, se advierte que la vía recursiva intentada satisface exigencias de impugnabilidad, tanto en su faz objetiva como subjetiva, revistiendo el pronunciamiento censurado carácter de definitivo, pues pone fin al caso judicial declarando la responsabilidad penal del imputado e imponiéndosele luego una

pena de efectivo cumplimiento (Cfr. arts. 227, 233, 236 y 239 del CPP). Debe, entonces, declararse su admisibilidad formal. Mi voto.

El Juez ANDRÉS REPETTO, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el Juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El Juez FEDERICO AUGUSTO SOMMER, manifestó: voto esta primera cuestión en igual sentido que el colega preopinante, por compartir sus fundamentos.

II.- A la segunda cuestión el Juez NAZARENO EULOGIO dijo: Debo iniciar mi voto resaltando que este Tribunal de Impugnación Provincial constituye el órgano jurisdiccional que tiene como función la 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**").

En igual sentido, debo destacar que la doctrina sostiene que "el recurso debe ser motivado, y esa motivación debe ser suministrada por la parte recurrente, determinando concretamente el agravio, tanto en lo referente al vicio que denuncia como al derecho que lo sustenta, (...) el

tribunal de casación no puede conocer otros motivos que aquellos a los cuales se refieren los agravios...” (Fernando De La Rúa, La Casación Penal, Ed. Depalma, Bs. As., 1994, pág. 224).

Por su parte, la ley procesal local también requiere tal exigencia en tanto en sus arts. 242 y 245 del C.P.P.N. se establece que los motivos de agravio de la impugnación ordinaria se deben referenciar por escrito (art. 242 C.P.P.N.) y que en la audiencia las partes que comparezcan o sus abogados debatirán oralmente el fundamento del recurso y podrán ampliar la fundamentación o desistir de los motivos ya invocados en el recurso (art. 245 del C.P.P.N.).

Realizada esta breve introducción sobre la tarea que nos toca encarar como jueces del Tribunal de Impugnación Provincial, pasaré ahora a tratar cada uno de los agravios expresados por la parte recurrente.

En cuanto al **primer agravio** la defensa cuestionó que el tribunal haya tenido por probado los accesos carnales padecidos por las niñas S. N. V. y V. N. V., a manos del imputado T., en base a un informe médico -el de la Dra. Jara-, el cual, a su entender, se contradecía con otro informe médico de igual tenor -el de la Dra. Trifilio-. Sostuvo la defensa en esta instancia que a través del informe de esta última galeno se

llegaba a conclusiones diametralmente opuestas a las expuestas en juicio por la Dra. Jara.

Desde la óptica de la defensa, el agravio se materializa al no querer evaluar las juzgadoras ese segundo testimonio, el cual incorporaría este informe totalmente contradictorio con el primero.

Si bien el planteo de la defensa fue un tanto confuso en su exposición, al pedírsele precisiones por parte de este Tribunal de Impugnación, quedó claro lo realmente acontecido: en audiencia de etapa intermedia -Control de la Acusación-, la fiscalía había ofrecido tanto el testimonio de la Dra. Jara como el de la Dra. Trifilio; en dicha oportunidad la defensa interviniente no propuso a esta última como testigo propio. Ambas fueron admitidas como testigos de la fiscalía. Con posterioridad, asume esta nueva defensa técnica, la cual representa al imputado en el debate. En el curso del Juicio de Responsabilidad, la fiscalía desiste del testimonio de Trifilio, y ante ello la defensa nada dice ni plantea ante el tribunal. Al momento de hacer su alegato final, la defensa intenta demostrar una contradicción entre lo declarado por la Dra. Jara, y lo que habría volcado en su informe la Dra. Trifilio -quien no depuso-; lo cual recibe una respuesta puntual por parte de las juzgadoras, al tratar

en el apartado 7.3 de la sentencia, "Las conclusiones médico forenses".

En esta instancia la defensa reedita su planteo, achacándoles a las juezas algún tipo de omisión al momento de valorar la prueba, omisión que perjudicó a su defendido. Dijo textualmente la defensa que "...resulta extraño que el tribunal no haya querido evaluar este informe de la Dra. Trifilio, cuando obviamente eso hubiese implicado configurar una duda razonable a favor del imputado".

A todas luces la omisión es de la defensa y no de las juezas. Si entendía que algún testimonio beneficiaba su teoría del caso, era esa parte la que debía ofrecerla oportunamente. Y en todo caso, si en el curso del juicio se hacía indispensable la producción de una prueba ya conocida -art. 182, último párrafo-, debía haberlo planteado y fundamentado adecuadamente ante ese tribunal; lo que tampoco sucedió. En un sistema procesal netamente acusatorio, la carga en la producción de la prueba es de las partes, estando vedado a los juzgadores intervenir en este aspecto. Además, conforme el artículo recién mencionado, "...la prueba que hubiese de servir de base a la sentencia deberá producirse en la audiencia de juicio, salvo excepciones expresamente previstas. Sólo podrán ser incorporados al juicio por su lectura las pruebas recibidas conforme a las

reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la reproducción cuando sea posible. Toda otra prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura no tendrá ningún valor...". Ello despeja toda duda acerca de la posibilidad de valorar prueba no producida en el juicio, como pretende el defensor.

Es por ello que las juezas tomaron en consideración, en cuanto a los exámenes médicos de las niñas víctimas, solo la prueba producida en juicio -testimonio de la Dra. Jara-; y no otra que solo ha sido mencionada en un contrainterrogatorio, y luego materia de alegación por la defensa.

A modo de aclaración, el tribunal expuso por qué no se podía tener en cuenta el informe de Trifilio, y por qué, aun existiendo un informe con conclusiones diferentes, ello no debilitaba el testimonio de Jara; ya que esta última había dado razones fundadas sobre la posibilidad de que existan diferencias en las conclusiones, debido a dos causas, una por los cambios hormonales que pueden ocurrir al realizarse el examen en distintos momentos, y la segunda, por la utilización de instrumental específico -colposcopio- que le permitió a ella visualizar con mayor precisión el área en donde se hallaron las lesiones compatibles con acceso carnal en ambas niñas.

Entonces, aún en la hipótesis de la defensa - y siempre teniendo en cuenta que omitió producir la prueba de la que quiere valerse-, el tribunal dio una explicación razonable y atendible de por qué la pericia de la Dra. Jara, y sus conclusiones, no podían ponerse en duda.

Por lo tanto, si existe una omisión en este caso, en cuanto a producción de alguna prueba, es achacable enteramente a la estrategia de la defensa, siendo la actuación del tribunal, sobre este punto, irreprochable.

Por lo demás, la defensa se ha basado en esta supuesta contradicción entre pericias (una de ellas no ofrecida ni expuesta en juicio), para sustentar, directamente, un pedido de absolución de su defendido, desentendiéndose de la demás prueba de cargo que se produjo en el debate y que robustece la tesis acusadora que fue acogida por el tribunal de juicio. Mínimamente la defensa debió proponer, conjuntamente con este planteo, un análisis de insuficiencia de la prueba restante, para que se arribe a ese resultado condenatorio. Actividad argumentativa que tampoco desplegó.

Por los motivos dados, este agravio debe ser rechazado.

Pasando al **segundo agravio**, el mismo se configuraría, desde su óptica, en la supuesta errónea

calificación legal atribuida por las juzgadoras a los hechos acreditados. Ello, en tanto que las juezas consideraron a los tres hechos por los cuales fue acusado T., como hechos independientes, y por lo tanto, afirmaron la existencia de un concurso real entre ellos -art. 55 del CP-, y no un "delito continuado" como propuso la ahora impugnante.

En la fundamentación que brindaron en audiencia ante este Tribunal de Impugnación, intentaron dar motivos para demostrar una arbitrariedad de las juzgadoras al momento de calificar los hechos; pero solo han logrado demostrar su discordancia con dicho criterio, sin encarar una verdadera crítica razonada de los fundamentos dados por el Tribunal de Juicio; que por otra parte se condice con la prueba producida y con la opinión de destacada doctrina y jurisprudencia en cuanto a los requisitos que debe cumplir una reiteración de actos disvaliosos para ser considerados como un "delito continuado".

Las juezas del juicio rechazaron el pedido de la defensa, en cuanto a calificar los hechos como un "delito único y continuado", de la siguiente forma: "No obstante, en absoluto podemos hablar de esta categoría de "continuidad" que exige ciertos requisitos tales como: i) presencia de un dolo unitario; ii) repetición en la afectación típica y progresiva del mismo bien jurídico y iii) la identidad del

titular del bien jurídico afectado. No nos encontramos ante la presencia de un dolo unitario, sino tres hechos bien diferenciados en el tiempo en una secuencia recortada. Y, por otro lado, tampoco hay identidad del titular del bien jurídico afectado: en todo caso siempre nos enfrentaríamos ante un concurso real: abuso sexual por acceso carnal que tiene por víctimas a S. N. V. y a V. N. V." -Cfr. Sentencia de Responsabilidad, apartado 7.4-.

Para analizar las críticas de la defensa, valga aquí rememorar la diferencia que existe entre el concurso real y el delito continuado. Tiene dicho Soler¹ que "El art. 55, en efecto, se refiere a varios hechos independientes, con lo cual tácitamente está admitiendo como no regulado por él, además de la unidad de hecho (concurso ideal) los casos de pluralidad de hechos no independientes... esa pluralidad de hechos no independientes se da en el caso de continuación o de delito continuado, según la designación tradicional". En el mismo sentido se expresa Nuñez².

Con lo cual la diferencia entre concurso real y delito continuado viene dada por esta "independencia" o "dependencia" entre los hechos juzgados. Y aquí es donde

¹ SOLER, Sebastián, Tratado de Derecho Penal Argentino, T.II, Ed. Tea, Bs. As., 1978, pág. 308.

² NUÑEZ, Ricardo, Tratado de Derecho Penal, T.III, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1988, pág. 247.

cobra real importancia la corroboración de este dolo unitario (también llamado mismo designio criminoso, o una misma resolución criminal, o dolo total), y por otra parte la identidad de la persona lesionada (la víctima) cuando se traten de bienes personalísimos como lo es la integridad sexual; requisitos estos que deben corroborarse, más allá de la simple repetición de actos con una homogeneidad típica -vulneración del mismo bien jurídico protegido y con una similar forma de ejecución-.

La defensa critica que la identidad de la persona lesionada no es un requisito indispensable para configurar el "delito continuado". Le asiste razón, en cuanto a que en algunos delitos -por ejemplo, cuando se trata del bien jurídico propiedad-, ese requisito pueda ser dejado de lado. Pero la doctrina insiste en la corroboración del mismo en los casos de que se traten de derechos personalísimos - Cfr. ZAFFARONI³ y CREUS⁴-.

En cuanto al dolo unitario, ni siquiera fue abordado en profundidad por la defensa, no existiendo argumento válido, basado en prueba, que permita considerar a esos tres ataques contra la integridad sexual de las dos niñas víctimas, como parte de un mismo designio criminal.

³ ZAFFARONI, Eugenio, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, Ed. Ediar, 1988, Bs. As., pág. 553.

⁴ CREUS, Carlos, Derecho Penal - Parte General, Ed. Astrea, Bs. As., 1996, pág. 288.

Solo aludió a que, en el marco del juicio, surgió que el imputado realizó hechos anteriores a los denunciados y juzgados; pero ello no permite inferir que los posteriores sean parte de este supuesto plan criminal unitario.

Siendo entonces que en el caso en examen han quedado claramente fijados los hechos acaecidos de una forma independiente uno de otro, con fechas precisas de comisión, con diferentes sujetos pasivos, y sin que se haya probado esta unidad de designio o plan criminal al que me refería anteriormente, la calificación que solicita la defensa se atribuya al caso, esto es, que los tres hechos sean considerados un único delito continuado, no puede prosperar.

En cuanto al **tercer y cuarto motivo de agravio**, los mismos están dirigidos a criticar la mensuración de la pena. La defensa, sintéticamente, plantea: una errónea aplicación de la ley 22.278; luego critica la escala penal que en definitiva el tribunal de juicio conforma como resultado del concurso real de delitos por el que fue condenado T.; cuestiona el punto de partida que tomaron las juezas en cuenta, dentro de dicha escala, para mensurar la pena; y por último, denuncia la vulneración del principio constitucional de resocialización, como principio rector a la hora de determinar la pena que en concreto debe cumplir su asistido.

En cuanto a la errónea aplicación de la ley 22.278 -"Régimen penal de la minoridad"-, realizando un adecuado control de legalidad y constitucionalidad, se advierte que la sentencia de determinación de pena incurre en un error esencial que indefectiblemente conduce a su revocación. Doy razones.

La fiscalía y la querrela institucional han llevado a juicio un hecho de abuso sexual con acceso carnal cometido por el imputado T. cuando este contaba con 17 años de edad, el cual tiene como víctima a S. N. V.. Por otra parte, le enrostraron a T. la comisión de otros dos hechos de abuso sexual con acceso carnal, cuando ya contaba con 18 años de edad, de los cuales fue víctima V. N. V..

Ambas partes acusadoras han pretendido el juzgamiento como adulto del imputado T., en los tres hechos antes descritos, en una interpretación visiblemente contraria a lo dispuesto por la letra de la ley nacional 22.278. El contrapunto lo realizó la defensa, quien también en una interpretación reñida con la letra de ley, propuso el juzgamiento de T., por los tres hechos, bajo las previsiones de la ley nacional 22.278, y en el orden procesal, bajo las disposiciones de ley provincial 2.302.

Las juezas en este primer tópico han resuelto adecuadamente la controversia: el hecho por el que fuera declarado responsable T. cuando contaba con 17 años de edad, debía inexorablemente caer bajo las previsiones de la ley 22.278, y los restantes hechos debían ser juzgados por el régimen general previsto para las personas mayores de 18 años de edad.

Párrafo aparte corresponde decir también que hubo un planteo previo de incompetencia del tribunal de juicio para intervenir en el caso, el cual fue resuelto por las magistradas intervinientes, y no fue motivo de agravio en esta instancia. Quedó fijada entonces la competencia de ese tribunal para juzgar un hecho cuando el imputado tenía 17 años de edad -en base a lo normado por la ley 2.302, en su art. 54-, y los demás hechos por el régimen general previsto por el CPPN.

Ahora bien, resueltas estas controversias -competencia del tribunal y ley aplicable a cada caso -conforme la legislación vigente en la materia; se ha omitido, como paso inexorable posterior, fundamentar la necesidad de imponer pena a una persona que al momento de cometido el hecho era un niño.

Este análisis de necesidad de imponer pena a un niño, debe realizarse imprescindiblemente, porque así lo

ordena nuestro bloque constitucional. Cabe aquí recordar que la Convención de los Derechos del Niño, en su art. 3 inc. 1 ordena que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...". En su art. 37 inc. "b" dice: "Los Estados Partes velarán por que... b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda...".- El subrayado me pertenece-.

Ya aquí puede visualizarse que no se ha evaluado por el tribunal de juicio cuál era la alternativa que mejor respuesta daba a la situación del niño (siempre en referencia a ese solo hecho cometido cuando tenía 17 años de edad). Tampoco se han evaluado otras medidas alternativas a la pena de prisión.

La "necesidad" de imponer pena a un niño, conlleva la obligación de los tribunales de evaluar todas las posibilidades a su alcance antes de echar mano a la medida más extrema. Y en su caso, el deber de justificar el por qué,

en dicho caso concreto, debe aplicarse pena y no eximírsele de ella según lo normado por el inc. 3ro., último párrafo, del art. 4 de la ley 22.278.

Debió tenerse en consideración la reprochabilidad reducida que tiene todo niño, justamente por ser una persona en proceso de desarrollo, los medios de contención que dicha persona tiene hoy en día, su inserción social, familiar y educativa, entre otros factores relevantes.

Esta evaluación sobre la necesidad de imponer pena a un niño, debe, entre otros aspectos, poder anticipar por parte de los operadores judiciales, si al cabo del cumplimiento de una condena se habrá cumplido o no efectivamente con la reinserción social deseada, o si, en cambio, el cumplimiento de pena operará en detrimento de esas posibilidades de resocialización.

En el mismo sentido se expresó la CSJN en el precedente "Maldonado": "...Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3°, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la

pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento". -Cfr. CSJN Fallos 328:4343, Considerando 23-.

No escapa al suscripto que las juezas optaron por la reducción de la escala penal, en este hecho particular, según lo dispuesto para la tentativa. Y que entonces, cabría la posibilidad de que por este hecho -si se hubiese juzgado en solitario-, la pena a aplicar podría haber sido de ejecución condicional. Pero son solo especulaciones, y por otra parte, la pena de ejecución condicional igualmente es una pena.

Lo que torna aún más oportunas las reflexiones realizadas anteriormente, es que las juzgadoras no han referido qué reproche en concreto merecía T. por ese hecho cometido cuando tenía 17 años de edad; o por lo menos, si ese hecho aislado hubiese merecido una pena de ejecución condicional. Por lo tanto, no se conoce el impacto del reproche de ese hecho en la escala final a la cual arribaron para los tres hechos en concurso real -escala que

iba de los 6 a los 15 años de prisión-. Es por ello que la ausencia de fundamentación sobre el punto, nos coloca nuevamente en la necesidad de resaltar la obligatoriedad de fundar la "necesidad de pena" -efectiva o de ejecución condicional- en los casos en que se juzguen penalmente a niños.

Pues bien, la sentencia objeto de crítica no ha realizado, como se viene señalando, este análisis sobre la "necesidad de pena" -en clave constitucional- en cuanto a este particular hecho. Solo ha llevado adelante un examen parcial de los requisitos a los que alude el art. 4 y 8 de la Ley 22.278. ¿Y por qué digo parcial? Porque asumen como cumplido el "amplio informe sobre su conducta" en base a la prueba producida en el juicio de responsabilidad. Parece evidente que el tribunal de juicio, ante la orfandad de prueba producida respecto a este requisito legal en el juicio de cesura, lo entendió corroborado con la información aportada en la primera etapa del juicio. Dijeron sobre este punto: "[E]ntendemos que con relación al primer hecho corresponde la aplicación del Art. 4 de la Ley 22.278. Ello obliga a realizar el análisis completo que exige esa norma para establecer cuál es la solución aplicable a este caso: - Existe una declaración de responsabilidad penal en contra del Sr. T., como lo exige el inciso 1; - El Sr. T. tiene

más de 18 años, como lo exige el inciso 2. - Con relación al inciso 3 del artículo 4, es de aplicación en este caso el Art. 8. Entendemos que la información presentada en el juicio de responsabilidad es suficiente para contar con una amplia información sobre su conducta". -Cfr. Sentencia de Pena, pág. 11, el subrayado me pertenece-.

Si bien ya esta sola remisión -sin detalle ni explicación alguna-, impide una revisión de los motivos que realmente las llevaron a tomar tal decisión, y por ende a descalificarlo como acto jurisdiccional válido; habiendo a su vez analizado en detalle la prueba producida en la primera parte del litigio, se advierte que tampoco allí puede encontrarse el fundamento necesario para concluir que la imposición de pena en este caso sea necesaria. El único dato que podría llevar a abonar esta conclusión es la posterior comisión de dos ilícitos; cuando la "amplia información sobre su conducta" a la que se refiere la ley, no puede estar reducida a este solo aspecto.

Nótese que el mismo tribunal de juicio había advertido, en la Sentencia de Responsabilidad, sobre la relevancia que adquiriría en la cesura la circunstancia de ser menor de 18 años de edad al momento de la comisión del hecho; es así que afirmaron: "En definitiva, en el ámbito local encontramos una ley especial que tiene por objeto la

protección integral de la niñez y la adolescencia (art. 1) y que reconoce competencia a los Jueces y Juezas de Garantías y Juicio del Interior de la Provincia para ocuparse de su aplicación. Aun así, hacer estas afirmaciones no implica en absoluto desconocer que al ejercer la actividad jurisdiccional, más en la etapa de determinación de pena, corresponde al Tribunal tener en consideración la especial situación del acusado (Ley 22.278 Régimen Penal de Menores, arts. 4 y 8). -Cfr. Sentencia de Responsabilidad, Punto 7.1., el subrayado me pertenece-. Esta consideración especial que reconocieron en la sentencia de responsabilidad que debían guardar, no se ha efectivizado en el juicio de determinación de pena.

Asimismo, tampoco se ha ponderado, por lo menos para su descarte, cómo ha influido en este análisis que el imputado haya concluido sus estudios secundarios, o que haya ingresado a la universidad, por poner algunos ejemplos.

No escapa a este juez que la ausencia de prueba sobre el punto tiene una directa relación con la postura asumida por las partes acusadoras: si entendían que los tres hechos debían juzgarse como cometidos por un adulto (o como elípticamente plantea la fiscalía, cuando dice que lo sea por fuera de la ley 22.278), tampoco -desde su particular

visión-, debían ofrecer y producir prueba para acreditar un requisito de una ley que suponían no debía aplicarse.

Ya me encargué de remarcar que la letra de ley indicaba claramente su juzgamiento tal como lo sostuvieron las juezas de juicio; pero es necesario ahora hacer notar que el error en que incurrieron las partes acusadoras en este punto, determinó, a su vez, la ausencia de prueba para la corroboración del requisito examinado -art. 8 de la ley 22.278-, y además, impidió que las juzgadoras tengan información suficiente a los fines de expedirse sobre la necesidad de imposición de pena.

Siendo así, y ante la ausencia de fundamentos sobre la necesidad de imposición de pena por el hecho que fuera declarado penalmente responsable T. cuando tenía 17 años de edad -basado ello, entre otros factores, en una amplia información sobre su conducta-; dicho hecho y sus consecuencias, no pueden ser considerados a la hora de fijar la escala penal, ni tampoco al momento de valorar circunstancias agravantes y atenuantes, y, en definitiva, al fijarse la pena.

Habiendo llegado a este punto, y advirtiéndolo que la sentencia de determinación de pena debe ser revocada, corresponde no proseguir con el análisis de los restantes motivos de agravio relacionado a la pena impuesta. Cabe

entonces preguntarse si debe asumirse competencia positiva por parte de este Tribunal de Impugnación a los fines de fijar la pena justa, o bien, si debe reenviarse el caso para que un nuevo tribunal evalúe la pena a imponer.

En este sentido cobra vital importancia lo normado por el art. 246 de nuestro CPP. La regla general que allí se fija, a mi entender, es el reenvío. Pero dicha regla a su vez presenta ciertas excepciones previstas por la misma norma. Entiendo que el presente caso, al tratarse de la revocación de una determinación de pena, es uno de aquellos supuestos en los que corresponde excepcionalmente ejercer competencia positiva. En este sentido, es importante recordar que la propia defensa solicitó, subsidiariamente a su pretensión principal, que se asuma dicha competencia y que se imponga el mínimo de pena de la escala prevista para los delitos en cuestión.

El presente caso tiene, además, ciertas particularidades que hacen aún más aconsejable este procedimiento: se trata de hechos de abuso sexual en donde las víctimas son niñas, y para las cuales un nuevo juzgamiento necesariamente les implicaría reiterar una situación de estrés, ansiedad y nerviosismo, situación que puede ser perfectamente evitada, ahorrando angustia a ambas niñas y su familia -En el mismo sentido se expresó este T.I.

en Sentencia 34/2021, pág. 43, voto del Juez Repetto, al cual adhirieron la Jueza Deiub y el Juez Sommer-.

Puesto entonces en la tarea de determinar las consecuencias jurídicas de la declaración de responsabilidad dictada en el presente legajo, la cual ha quedado indemne, debo expedirme, primero, sobre lo que debe resolverse en cuanto al hecho cometido cuando T. contaba con 17 años de edad; y luego, en cuanto a la determinación de la pena por los restantes dos hechos.

En cuanto al hecho 1, o sea, el cometido en el mes de noviembre del año 2019, en perjuicio de S. N. V., en la ciudad de Zapala, por los fundamentos dados, ese hecho no puede ser considerado a los fines de imponer pena a T.. Cumpliendo estrictamente lo normado por el art. 4 y 8 de la ley nacional 22.278, ante ausencia de prueba sobre la necesidad de imponer pena en el caso concreto, el imputado por dicho hecho debe ser "absuelto".

Cierto es que dicho término (absuelto), puede traer confusión a las víctimas y su familia, toda vez que anteriormente se lo ha declarado autor penalmente responsable de abuso sexual con acceso carnal en virtud del mismo. Por ello resulta necesaria una sintética explicación sobre el alcance de esta expresión.

En este sentido debo mencionar que la declaración de responsabilidad ha quedado intacta, tanto en lo que hace al hecho cometido contra S. N. V. como los cometidos contra V. N. V.. El imputado por los tres hechos es penalmente responsable. La absolución que aquí se indica, es lo que corresponde dictar cuando no se ha acreditado la necesidad de que una persona menor de 18 años de edad al momento de suceder el primer hecho, -un niño, según la Convención de los Derechos del Niño-, deba cumplir pena. Es lo que dispone la ley, y debe ser acatado.

En resumidas cuentas, sin que se modifique en nada la declaración de responsabilidad dictada al terminar el juicio, en esta instancia se lo exime de cumplir pena de encierro por este hecho puntual. Ese es el alcance que debe dársele al término "absolución" que indica la ley 22.278 en su art. 4to.

Dicho ello, sí debe determinarse el monto de pena que le corresponde cumplir al imputado por los hechos cometidos cuando ya era mayor de 18 años de edad.

Puesto ahora en la tarea de fijar la pena justa que le corresponde cumplir al imputado, debo dejar asentado ya, desde estas primeras consideraciones, que el

parámetro para la mensuración de la pena será el de la culpabilidad por los hechos cometidos.

Asimismo habré de tener en cuenta el fin resocializador que debe tener en miras este Tribunal al fijar una pena privativa de libertad. Ello, en consonancia con lo normado por la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual en su art. 5.6 dice que *"Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados"*, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el cual en su art. 10.3 dice que *"El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados..."*, y lo normado por nuestra Ley Nacional 24.660, la cual en su art. 1, primer párrafo, dispone que *"La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto"*.

Coincido en este punto con las juezas de juicio en que también al momento de la mensuración de la pena

debemos guiarnos con perspectiva de género. Así lo sostuve en el Leg. 29.458/2019, "P. K. D. s/Abuso sexual con acceso carnal", de esta III Circunscripción Judicial, en palabras que son aplicables también al presente caso: "[N]o debemos perder de vista que en este caso particular, la resocialización del condenado no solo debe tener como finalidad una internalización genérica del respeto debido a la norma penal, sino que por el contrario, debe ponerse el foco en que la pena a imponer al imputado sea la adecuada para que este adquiera la capacidad de respeto por la mujer como persona, respeto a su libertad sexual, y respeto a la vida de la mujer libre de todo tipo de violencia. Esto es lo que nos impone la normativa de jerarquía constitucional, una actuación con *debida diligencia* en todas las etapas del proceso, sin dejar fuera la ejecución de la pena. Una pena que desde el momento de ser fijada tenga en miras lograr que, una vez reinserido el imputado en la sociedad, se hayan minimizado los riesgos de volver a cometer un acto de violencia de género".

Por lo cual, se procederá entonces a fijar el quantum de pena que se corresponda con la culpabilidad del imputado por los hechos cometidos, atendiendo a las características y condiciones personales del sujeto, y a los fines resocializadores de la pena tal como se ha apuntado.

Por otra parte, habré de tener en cuenta lo normado por los art. 40 y 41 del Código Penal, los cuales aportan pautas generales para la individualización de la pena, procediendo a fijar, luego de evaluadas las agravantes y atenuantes que se aplican a este caso concreto, la medida justa de pena.

Dejo expresamente aclarado que a los fines de la determinación judicial de la pena justa, partiré desde el mínimo legal de la escala en cuestión, para luego incrementar la misma en virtud de las circunstancias agravantes existentes, y por último disminuirla en función de las atenuantes que se hallen.

Soy del criterio de comenzar por el mínimo legal, ya que a falta de norma que indique cómo hacerlo (si empezar por el mínimo, por el justo medio, o por el máximo), empezar desde el mínimo de la escala penal es la práctica que mayor beneficio acarrea al imputado, y la que debemos entonces adoptar por aplicación del principio pro homine, que rige toda nuestra labor de jueces penales, incluida la fijación de la pena justa.

Por lo demás, piénsese en la enorme desproporción que podría traer aparejada la fijación de la pena, si se partiese del justo medio o de la franja media, en todos aquellos casos en donde no existen ni agravantes ni

atenuantes. En estos casos, el imputado tendría ab initio un plus de pena (la mitad de la escala), sin ningún plus de culpabilidad por los hechos cometidos.

Por ello, entiendo que partir del mínimo de la pena, para luego acrecentar la misma si existen agravantes, y por último disminuirla en caso de comprobar circunstancias atenuantes, es la que respeta -a mi modo de ver- más estrictamente el principio de "culpabilidad por el hecho cometido" como norte a la hora de mensurar la pena, y también el principio de "proporcionalidad" de las mismas.

En cuanto al mínimo aplicable al caso, resulta ser la pena de seis (6) años de prisión. En cuanto al máximo, si bien el concurso real de los dos hechos que se tienen aquí en cuenta permite arribar a una pena máxima de treinta (30) años de prisión, en el caso en concreto sólo se podría imponer a T. hasta el monto de quince (15) años de prisión, por ser la pena que ha peticionado la querrela institucional -recordemos en este punto que el MPF solicitó catorce (14) años de prisión-. Pero, a su vez, este monto máximo se encuentra limitado por la determinación de pena que aquí se ha cuestionado; y entonces, teniendo presente la prohibición de reformatio in peius, el monto de catorce (14) años de prisión resulta ser en definitiva el máximo de pena que se le puede imponer.

De modo que corresponde fijar el monto de pena a cumplir por el imputado T., entre seis (6) y catorce (14) años de prisión.

A continuación procederé a mencionar las circunstancias agravantes debidamente acreditadas en debate, y que fueron receptadas por las magistradas del juicio, sin que sobre ello haya habido cuestionamiento por parte de la defensa. Sí es preciso señalar que de dichas circunstancias agravantes, solo podré considerar las que se refieran particularmente a los hechos padecidos por la víctima V. N. V..

Esas circunstancias serán las que me permitirán alejar del mínimo legal previsto en la escala antes citada. Luego mencionaré las circunstancias atenuantes también acreditadas en juicio -tanto la que el tribunal consideró probada, y sobre la cual no existe controversia- como otra que formó parte de la crítica general de la defensa, esto es, la falta de consideración de las circunstancias personales del imputado. Mediante esa mecánica podré arribar a lo que considero es la pena justa a imponer en el caso. Veamos.

1) Circunstancias Agravantes.-

a) Pluralidad de conductas: resulta ciertamente una circunstancia a tener en cuenta al momento de

fijar la pena justa, el hecho objetivo de que nos encontremos ante la comisión de dos abusos sexuales con acceso carnal, y no solo uno.

El concurso real de delitos por los cuales merece pena T., no solo debe impactar en la formación de una nueva escala punitiva como antes se mencionara, siguiendolas pautas del art. 55 del C.P., sino también debe tener una influencia en la fijación de la pena justa.

Como enseñan López Viñals y Fleming, *"En el Derecho Comparado la regulación de determinación de la pena global para supuestos de concurso real se encuentra más desarrollada que en nuestro ordenamiento"*, fijando por ejemplo el Código Alemán, en su art. 54, *"una minuciosa guía de aplicación del denominado sistema de exasperación... En nuestro medio el ordenamiento sólo suministra pautas para la formación de la escala penal, pero nada dice sobre el método de individualización de la pena total, que de acuerdo a la doctrina más acertada es el de la aspersión. Éste implica tomar como punto de partida la escala penal correspondiente al concurso e ir asperjando, es decir, coloreando, la sanción en función de la particular relevancia de las conductas múltiples que se atribuyen"*⁵.

⁵ FLEMING, Abel – LÓPEZ VIÑALS, Pablo; "Las Penas", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2009, pág. 319-.

Por ello, habré de tener en cuenta como primera circunstancia agravante de la pena, que me permite despegarme del mínimo legal, la concurrencia de dos delitos, o sea el despliegue de dos conductas disvaliosas. Esto demuestra un mayor nivel de culpabilidad, y en espejo, debe reflejarse en la pena a cumplir.

b) Asimetría de poder y condición de vulnerabilidad: Como sostuvo el tribunal de juicio, y no fue materia de crítica, se tiene en cuenta aquí como factor agravante de la pena la relación específica que existía entre el Sr. T. y la víctima. No sólo porque era un pariente cercano sino porque existía un vínculo de mucha confianza y frecuencia en el trato entre sus familias. Ello en un contexto en que el Sr. T. era el primer hijo varón, el primer nieto varón, alguien muy apreciado en la familia. Lo cual surgió tanto de la declaración de su madre en el juicio de responsabilidad, como de la declaración de su tía y madre de la víctima, quien describió lo costoso que le resultó comprender que una persona en la que depositaban tanta confianza hubiese podido cometer estos hechos.

Esta circunstancia, tal como lo reseñó el tribunal en su oportunidad, profundizó la asimetría de poder entre el imputado varón y mayor de edad, y su víctima mujer y niña. Una persona que aprovechó los momentos de reunión

familiar, y la confianza depositada por la familia en él -que lo dejaba con la adolescente sin ningún tipo de supervisión-; para ejercer violencia sexual contra la niña.

c) La extensión del daño: Ha quedado acreditada la extensión del daño causado a la niña V. N. V. tanto con el testimonio de la Lic. Vieyra, como con el de sus padres y el de la Lic. Arregui.

En cuanto al daño psicológico, la Lic. Vieyra pudo describir la sintomatología que encontró en la niña: presencia de temor, miedo a cruzarse con el imputado, sentimientos de vergüenza y culpabilidad, sobre todo por las situaciones peri traumáticas: no sólo por el hecho en sí mismo, sino por las consecuencias anexas, la desintegración de los vínculos familiares. Hubo una fractura familiar que V. vivenciaba con responsabilidad y culpabilidad. Esto había condicionado el develamiento en ese momento.

También reseñó la Lic. Vieyra que V. manifestaba dificultades de concentración y presentaba estrategias evitativas constantes. Asimismo que pretendía evitar malestar a su mamá y a su hermana, y por eso todo el tiempo manifestaba que hacía cosas o se mostraba de determinada manera para evitar afectar los vínculos. Dijo también que se presentó como una adolescente sociable, que se siente cómoda en todas las situaciones. Pero marca

situaciones en que no se puede vincular: situaciones que la conecten emocionalmente con el denunciado. Si son interacciones afectivas con el sexo masculino dice que no se siente cómoda; tampoco en cualquier situación en que sienta un susurro, alguien que hable en voz baja, eso la conecta a la vivencia y se siente incómoda inmediatamente.

Asimismo indicó presencia de flashbacks, malestar emocional frecuente cuando irrumpen esos flashbacks, evitación de pensamientos o circunstancias que la vinculen al denunciado, alteración frecuente del estado de ánimo, irritabilidad, estado de alerta, dificultades de concentración, presencia de sensaciones corporales cuando piensa, escucha, o vive alguna situación que ella puede vincular a los eventos denunciados.

La Lic. Vieyra concluyó sosteniendo que la sintomatología que presenta la niña es compatible con estrés postraumático y recomienda acompañamiento terapéutico. Asimismo a través de las técnicas aplicadas -trauma screening- pudo concluir que no existía ninguna hipótesis alternativa a los hechos de violencia sexual denunciados, que permitiera explicar la sintomatología que presentaba al momento de ser entrevistada.

Como señalaron las juezas del juicio, y no fue materia de controversia, estas consecuencias psicológicas

producto de los hechos vivenciados, que fueran analizadas detalladamente por la perito, también tuvieron corroboración a través de los testimonios del padre y de la madre de V., y del testimonio de la Lic. Arregui (psicóloga tratante de V.).

Por ello, partiendo de la pena de seis años de prisión, puedo ascender hasta los ocho años de prisión, en atención a la cantidad y gravedad de las circunstancias aquí enunciadas. Pero luego debo reducir esta pena, en función de las atenuantes también probadas en juicio, y que a continuación expondré.

Antes de adentrarme en el análisis de las circunstancias atenuantes debo poner de resalto que no todas las circunstancias tienen el mismo valor, el mismo peso, y que por otra parte no existe una tabulación exacta de circunstancias agravantes y atenuantes, por lo que es preciso aclarar que las circunstancias agravantes antes descritas, por su entidad, tienen mucho mayor relevancia que las atenuantes que acreditaron en el caso y que a continuación describiré.

2) Circunstancias Atenuantes.-

A la hora de evaluar las circunstancias atenuantes he hallado en favor del imputado dos factores que

merecen ser tenidos en cuenta a la hora de fijar la pena justa en el presente caso.

a) Ausencia de antecedentes penales condenatorios: Dicha circunstancia nos habla de que es el primer contacto con la ley penal del imputado T., y debe ser considerado a su favor. Cabe señalar que la presente circunstancia atenuante no fue controvertida por las partes.

b) Condiciones personales: el imputado es una persona sumamente joven, de 20 años de edad al momento de celebrarse el juicio de pena, pero de 18 años de edad al momento de los hechos enjuiciados. En este sentido, y siguiendo la crítica que realiza la defensa a la sentencia impugnada, entiendo que este factor de la edad debe ser inevitablemente considerado como una circunstancia atenuante, toda vez que denota su poca experiencia de vida.

Además quedó probado que el imputado continuó capacitándose más allá de sus estudios secundarios. A lo largo del juicio los testigos de la defensa corroboraron que había completado la secundaria, y había ingresado a la universidad (estudiaba arquitectura). Lo cual nos habla de que el imputado T. tiene un proyecto de vida a futuro, por lo menos en el ámbito educativo y laboral, proyecto que ha empezado a transitar.

Estas son circunstancias personales que habrán de ser tenidas en cuenta para ajustar la pena acorde a la personalidad de T., y al fin resocializador que tiene en miras todo encierro -Art. 41 inc. 2 del C.P., art. 1 de la Ley 24.660, art. 18 CN-.

Por ello, dichas circunstancias atenuantes me llevan a disminuir la pena de ocho años de prisión al monto de siete (7) años y seis (6) meses de prisión de cumplimiento efectivo. Pena que a mi entender es la pena justa y adecuada a su nivel de culpabilidad por los dos hechos cometidos; y que por otra parte es la pena necesaria para la resocialización de T., y que le hará posible comprender la gravedad de sus actos, y adquirir herramientas para respetar de aquí en más la ley con el alcance y especificidad antes detallado.

Por todo lo expuesto, y en síntesis, propongo al pleno se confirme la Sentencia de Responsabilidad en todos sus términos; se revoque la Sentencia de Determinación de Pena por lo motivos ya expresados; y, en consecuencia, se asuma competencia positiva para decidir lo que respecta a esta segunda fase del juicio. Por último, propongo se exima de cumplir pena al imputado T. por el hecho acontecido en el mes de noviembre de 2019, en la ciudad de Zapala y en perjuicio de S. N. V. -dictándose su

"absolución" en los términos del art. 4 de la Ley Nacional 22.278-, y subsiguientemente se le imponga la pena de Siete (7) Años y Seis (6) meses de prisión, más accesorias legales del art. 12 del CP, y las costas del proceso -art. 268 y 270 del CPP-, por los otros dos hechos que fue encontrado penalmente responsable -los acontecidos en julio de 2020 y 20 de octubre de 2020, en la ciudad de Zapala y en perjuicio de V. N. V.-. Asimismo se disponga su inscripción en el "Registro de Identificación de personas condenadas por delitos contra la integridad sexual"- RIPECODIS- y en el "Registro Provincial de Violencia Familiar y de Género". Mi voto.

El Juez ANDRÉS REPETTO, expresó: Comparto las razones y la resolución que propone el Sr. Vocal preopinante a esta cuestión.

El Juez FEDERICO AUGUSTO SOMMER, manifestó: Adhiero plenamente a los argumentos expuestos por el Dr. Nazareno Eulogio, por ser fruto de lo deliberado previamente.

III.- A la tercera cuestión el Juez NAZARENO EULOGIO, dijo: Sin costas, en atención al resultado obtenido y al derecho del imputado a obtener una revisión integral de su sentencia de condena -art. 268 del CPP, art. 8.2.H de la CADH-. Es mi voto.

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

El Juez FEDERICO AUGUSTO SOMMER, expresó: Por compartir lo resuelto en relación a las costas, adhiero a los fundamentos expuestos en el primer voto.

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

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación ordinaria deducida por la defensa del Sr. T. D. A. (arts. 233, 236, 239 y 242 del C.P.P.N.).

II.- HACER LUGAR PARCIALMENTE a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia de responsabilidad de fecha 19 de agosto de 2022; y **REVOCAR** la sentencia de determinación de pena de fecha 19 de diciembre de 2022.

III.- Ejerciendo competencia positiva, ABSOLVER -en los términos del art. 4 de la Ley Nacional 22.278- al ciudadano **T. D. A., DNI ...**, por el hecho acontecido en el mes de noviembre de 2019, en la ciudad de Zapala y en perjuicio de **S. N. V.**, calificado en su oportunidad como abuso sexual con acceso carnal -art. 45 y 119 1er. y 3er. párrafo del CP-; e **IMPONER**

la **PENA de SIETE (7) AÑOS Y SEIS (6) MESES DE PRISIÓN DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO**, con más las accesorias legales -art. 12 del CP-, y las costas del proceso -art. 268 y 270 del CPP-, al ciudadano **T. D. A., DNI ...**, por los hechos sucedidos en fecha julio de 2020 y 20 de octubre de 2020, en la ciudad de Zapala y en perjuicio de V.N.V., calificados como abuso sexual con acceso carnal, dos hechos en concurso real, en calidad de autor - arts. 45, 55, 119 1er. Y 3er. párrafo del CP-.

IV.- Firme que sea, procédase al registro del condenado en el "Registro de Identificación de Personas Condenadas por Delitos contra la Integridad Sexual (RIPeCoDIS)", en cumplimiento con lo normado por la ley Nacional 26.879 y ley Provincial 2927; y en el "Registro Provincial de Violencia Familiar y de Género" según lo normado por la ley Provincial 2927.

V.- Tener presente la reserva de Caso Federal solicitada por la Defensa.

VI.- Eximir totalmente de la imposición de costas procesales en esta instancia -Art. 268 del CPP, art. 8.2.H. CADH-.

VII.- Regístrese y Notifíquese la presente por medio de la Dirección de Asistencia a Impugnación y Coordinación General.

Firmado digitalmente
por: EULOGIO Juan Jose
Nazareno



Firmado digitalmente por:
SOMMER Federico Augusto

Firmado
digitalmente por:
REPETTO Andrés

Reg. Sentencia N° 10 Año 2023.