

SENTENCIA Nº /2.024. En la ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los 20 días del mes de Mayo del año dos mil veinticuatro, el Dr. Lucas Yancarelli, dicta Sentencia de determinación de pena tras la declaración de responsabilidad por parte del Jurado Popular en **legajo 227650/2022** caratulado **"OBIALERO, R. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA EDAD DE LA VICTIMA CONVIVIENTE, CORRUPCION AGRAVADA"** del Registro del Ministerio Público Fiscal, en relación a la jornada de juicio realizada el día 13 de Mayo del 2024, en la que intervino por la acusación el Fiscal Jefe Dr. Maximiliano Breide Obeid; por la querellante institucional la Dra. Natalia Stornini y por la Asistencia Técnica del imputado, el Defensor Particular, Dr. Elio García; en la causa seguida contra **R. OBIALERO**, D.N.I. ..., fecha de nacimiento 13/12/1954, con domicilio en, barrio ... de la ciudad de NEUQUEN - CAPITAL.

RESULTANDO:

I. ACLARACIONES PREVIAS.-

Luego de presentar al Sr. Agente Fiscal, la Querella y a los defensores de confianza del acusado-, se le hizo saber al imputado sobre su derecho a ser oído por el Tribunal, pudiendo declarar cuantas veces lo considere necesario - art. 53 del CPP-, y que también tiene derecho a guardar silencio, no pudiéndose considerar su silencio como una presunción en su contra -art. 10 Código Procesal Penal-. Por último se le informó cuál era la mecánica del juicio y la posterior resolución del Tribunal quien determinaría si era merecedor de pena y el monto de la misma.

Habiéndose dado a conocer el veredicto en el que se relató de manera sintética los fundamentos que motivaran la decisión, anunciándose el día y hora

en que la misma con sus fundamentos en extenso se enviaría a las casillas de correo electrónico de las partes, y al imputado personalmente.

II. CONSIDERANDO:

Alegatos introductorios

Fiscal El Dr. Breide Obeid comenzó recordando la calificación con la que fue declarado responsable el imputado al momento del veredicto, para luego indicar que si bien ofrecieron testigos, los reducirían al aporte de la Licenciada Úrsula Zuccarino, de quien se valdrían para evaluar circunstancias, muchas de las cuales, aseguró, están contempladas en las mismas agravantes, pero que no obstante, causan un grave daño en la salud, que la extensión del daño está contenido en ese agravante, y dado que el jurado consideró que había un agravamiento en la salud, era redundante hablar de extensión del daño.

Prosiguió manifestando que la corrupción de menores agravada, un desvío en la conducta de E. por fuera de la calificación, con lo que no pasará más allá de las agravantes que se moverán, para luego asegurar que había dos figuras penales, que llevaban la escala de 8 a 35 años. Seguidamente adelantó que Zucarino hablará sobre cuestiones traumáticas, no para agravar doblemente, sino para ver dentro de la escala la intensidad mayor o menor de reproche, que merece esa afectación a la salud.

.

DDNyA: la Dra. Natalia Stornini, en apoyo a la postura Fiscal, aseveró que habiendo declarado la progenitora, médica, profesionales tratantes, el objeto de la declaración Zuccarino era para merituar la extensión de la pena en cuanto a la mayor o menor gravedad de la víctima.

Defensa: Finalmente, el Defensor Particular, Dr. Elio García, indicó que el Magistrado no está obligado a imponer una pena de 15 años con independencia del Tribunal escogido para llevar a cabo el juicio.

Producción de la prueba: se recibió testimonio de la Licenciada en Psicología Úrsula Zucarino lo que a continuación se transcribe en lo esencial: en primer lugar, indicó que fueron claros los indicadores de afectación en su desarrollo sexual y salud, ya que había mucha producción productiva, por la sexualización, por la promiscuidad. Indicó que en el plano de lo mental, tenía afectación de todo el contenido vinculado a la hipersexualización, tenía búsquedas en internet para ver personas con relaciones sexuales, mientras que a nivel del juego, no puede resignar a jugar a que las muñecas tengan relaciones sexuales, sexo oral entre ellas. Aseguró que el contenido también aparece el contenido, a nivel físico, tiene conductas masturbatorias y usaba su gatita para que le chupara la vagina.

Concluyó sobre el punto que es clara la afectación del desarrollo psicosexual, todo está contaminado, el pensamiento, el sueño, todo es anormal, a esa edad, ninguna niña puede salir indemne a este tipo de experiencias, el trauma sexual deja sus efectos. No le opera ningún criterio moral, no deja de hacerlo por estar mal. Consideró que son efectos nefastos pro ser involucrada en el mundo de lo sexual, que por algo existe el tabú del sexo, porque forma parte de la vida de los adultos.

Sobre la influencia de la pubertad y la adolescencia, le generan el efecto de no saber cómo va a gestionar eso, que no lo va a poder gestionar de modo saludable, porque lo tuvo corrido, no está garantizado que no vaya a tener problemas cuando tenga curiosidad por lo sexual con su historial, siendo que el

promedio de inicio sexual es a los trece años. Le atemoriza su pronóstico, cuando tenga que lidiar con los desafíos de la adolescencia, como se presenta al otro, como mantiene su cuerpo a raya, quizás tenga que hacer tratamientos médicos. A preguntas de la defensa, consideró que los efectos eran previsibles en consideración a los hechos.

Declaración del imputado: Refirió que hace 15 años que conoce a la señora B., había una amistad, hicieron unos trabajos juntos, la ayudó y se hacían compañía. Después de la pandemia hubo cambios de ella hacia a mí, había actitudes de ella no muy buenas que las hacía delante de su niña. Solía ir al baño de mi taller, tenía problemas de estreñimiento. Salía del baño y decía que se sentía violada y no reparaba si estaba la nena, que decía los escucho. Que a veces venía de su trabajo, acalorado o molesta, se sacaba los corpiños y delante de la piba, a él le parecía mal. Estaba saturado, porque eran celosas entre ellas.

.

Alegatos finales

Fiscal: el Fiscal en primer lugar refirió a lo que consideró atenuantes, como la falta de antecedentes penales computables y la conducta procesal, dado que estuvo siempre a derecho.

La primera de las agravantes que señaló fue la duración de los actos, que no está contemplada en el tipo y aparece con el nombre continuado, y estableció la diferencia cuando se trata de un acto o de varios y apoyar su postura, recordando que la niña no pudo definir cuantas veces sucedió.

Sobre la guarda, indicó que no fue cualquier guarda, no era un empleado o vecino, era una persona de extrema confianza para E. que lo llamaba

abuelo. En el punto reconoció un error en la acusación, dado que se omitió el aprovechar la convivencia con una menor de 18 años.

Valoró que tenía entre seis y siete años de edad cuando sucedió el hecho, que había sesenta años de diferencia, y por la situación asimétrica merece un reproche mayor.

Entendió sobre la afectación a la salud que el delito prevé una extensión del daño, y por eso tiene que ver la intensidad de tal afectación, sobre cuanto se dañó la salud, para lo que citó a Zucarino quien dijo que fue uno de los casos más graves que tuvo. Afirmó el Fiscal que no se puede hacer un pronóstico, que hay cuestiones objetivas, que tienen que ver con el despertar sexual de una mujer que es distinto a los hombres y E. tuvo su despertar sexual a los seis años.

En relación a los juegos empleados, citó a la testigo Salvatierra, que mencionó que entró como paciente aguda, que no podía participarla en los grupos de terapia porque hablaba con los demás preguntándoles si habían cogido, mirando a los niños con deseo sexual, y entonces se resolvió hacerlo de manera individual, porque grupal no podía sostenerlo.

Por eso, aseguró que la afectación en la salud, se va a resignificación y va a florecer, va a estar latente, esa prognosis merece otro agravante por la mayor intensidad.

En el punto corrupción de menores agravada, explicó que esa desviación, tabú, fue realizada por el encargado de la guarda, que como ya se dijo, no era cualquiera, con una asimetría de poder de sesenta años, son aplicables de manera independiente a esta segunda figura.

Cerró su exposición solicitando la pena de veinte (20) años de prisión de cumplimiento efectivo, costas y accesorias legales del artículo 12 del Código Penal.

DDNyA: la Dra. Storinini indicó el deber de juzgar con perspectiva de género y niñez. Recordó que E. dijo en Cámara Gesell, que le pasó toda su vida, no pudo conmensurar, para ella pasó toda su vida. Se valió también de Zuccarino que sostuvo que el daño era grave, que rozaba el punto diez del uno al diez, sin perjuicio que no se podía tabular.

Solicitó la pena de veintidós (22) años de prisión, por lo demás, en iguales términos a los expresados por la Fiscalía.

Antes de finalizar, la señora defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, solicitó que en la sentencia el Suscripto le dedique un párrafo a la niña víctima para explicarle los motivos de mi decisión. Sin ocultar mi sorpresa, le consulte que era lo que buscaba con eso, en atención que se trata de una menor de edad, con 9 años en la actualidad, a la que, como corresponde, se le tomó su relato por medio del sistema de Cámara Gesell.

Sin lograr satisfacer mi pedido de aclaración, y ante la trascendencia de la petición, es que le requerí a la interesada que describa que es lo que ella le diría a E. luego de haber alegado. Ello con la finalidad de esclarecer su demanda y dotar de las herramientas a éste Magistrado para poder valorar adecuadamente la requisitoria. Es así que palabras más o palabras menos indicó que: “suponiendo que E. estuviera aquí presente, yo le diría, estimada E., después de llevar a cabo la tramitación de este proceso que hemos intentado que se garanticen tus derechos humanos como persona, como sujeto de derechos y que hemos intentado y probado en la primera etapa de que ha sido víctima, que ha sido vulnerada en tus derechos, que se ha generado un grave daño en tu salud, que ese daño es inconmensurable, que es de tal

magnitud que el piso máximo no se podría establecer, yo como defensora de los derechos del niño, buscando de llevar a cabo una actividad razonable en la defensa de tus derechos solicito una pena de veintidós años de prisión entendiéndolo de que resulta justa a tus intereses y es equitativa para que el castigo o la sanción de estos hechos aberrantes de los que has sido víctima en todo este tiempo y venís sufriendo, intentando salir de este trauma, pueda resarcir el daño ocasionado”.

Defensa: el Dr. Elio García a su turno refutó que no se probó ningún daño extra típico, que durante el juicio de responsabilidad varias personas conocían a Obialero, que hablaron de su comportamiento para con todos y es una obligación dispuesta por el artículo 41 evaluar los vínculos personales y la calidad de las personas como la mayor o menor peligrosidad del encartado.

También aludió a la Licenciada Zuccarino, que contestó que eran esperables los resultados, para aseverar el Defensor que los resultados del hecho no fueron extratípicos.

Postuló que para mensurar la pena debe partirse del mínimo y que por eso solicitaría el mínimo de la escala penal para su defendido, por ser una persona de avanzada edad y por la emergencia carcelaria.

Finalmente opinó sobre el pedido de la Querrela Institucional sobre el párrafo explicándole a la niña para decir que los términos que utilizó no serían comprendidos por un niño, que términos jurídicos.

Imputado: decidió no va a hacer uso de la palabra.

Solución del caso:

La aplicación de la pena es quizás el momento más difícil del proceso, por varios motivos. El primero de ellos es quizás por la eliminación de la incertidumbre, pues a quien va a afectar, al imputado (asesorado por su defensor de confianza), le interesa saber cuál es el pago que debe efectuar por el daño ocasionado, que por supuesto, buscará que sea lo menos lesivo posible. Por el otro lado, los acusadores, en representación de los intereses de la sociedad y de la misma víctima, también buscan lo mismo, saber qué precio abonará el acusado, y tenderán a un precio más caro, quizás, más vinculado a la retribución, lo que no es tampoco descabellado, siempre que sea proporcional, reparo que también le es exigible a la defensa.

Para eso deben computarse las circunstancias enumeradas en los artículos 40 y 41 del Código Penal que encuentran su base y fundamento en los principios de la prevención general y especial. Por eso, son las partes interesadas quienes deben traer las herramientas indispensables para el arribo de una decisión que se acerque lo más posible a sus pretensiones. Por eso, es elemental el esfuerzo efectuado por parte de quienes requieren en lo atinente a la fundamentación y también a la razonabilidad de lo demandado, lo que hará que tengan más o menos consideración en el resultado final.

Huelga decirlo, como juez debo permanecer a una distancia considerable de todos los interesados, para que mi decisión sea en tono jurídico y en particular, dentro del marco de la legalidad y evitar todo tipo de cuestionamientos, o en todo caso, reducir estos a una mínima expresión.

En el sentido apuntado anteriormente, mi decisión debe ceñirse estrictamente a la aplicación de una pena, y la pena es la medida de la culpabilidad, vale decir, de los motivos por los que quien viene acusado fue declarado responsable, sin dejar de olivarme de las consideraciones y peticiones que cada uno de los interesados realizó.

Pena presupone culpabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de disvalor de la culpabilidad se reprocha al autor haberse decidido por el injusto a pesar de que podía haber actuado conforme a derecho” (ZIFFER, Patricia S.: *“Lineamientos de la determinación de la pena”*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 61). El principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: actúa determinando los presupuestos de la pena y, además, en el marco de la individualización de la pena, es decir, tanto significa que no hay pena sin culpabilidad como que la pena no puede superar la gravedad de la culpabilidad. El principio de culpabilidad, por lo tanto, va mucho más lejos que el modesto art. 5° CP, en el que sólo se hace referencia al dolo y la imprudencia como presupuestos de la pena (cfr. BACIGALUPO, Enrique: *“Derecho Penal y el estado de derecho”*, Editora Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, pág. 144).

Por estas razones, es dable concluir que el grado de la pena sólo puede determinarlo el grado de la acción ilícita y el de responsabilidad por ella. Lo contrario importaría el desconocimiento de la garantía del derecho penal de acto en el momento decisivo de actuación del poder penal del estado (MAGARIÑOS, Mario: *“Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena”*, en AA.VV.: *“Determinación judicial de la pena”*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993).

Es que por esa declaración de responsabilidad, la persona imputada por ese delito debe responder y los encargados de dar esa respuesta somos los jueces, luego de escuchar a las partes y establecer la síntesis final llamada sentencia o ley en el caso concreto.

Debo remarcar que el punto de partida debe ser siempre el mínimo legal, y no es por cuestiones garantísticas o por una interpretación legal que tenga vinculación con algún principio de dicha naturaleza, sino que ello simplemente se debe a que el legislador impuso los mínimos para que sean considerados

como una consecuencia mínima frente a la aparición de conductas como las descritas en el tipo penal.

Por eso, en el caso, la consecuencia, como mínimo será de ocho años. Con independencia de todas las circunstancias, nunca el efecto puede ser menor que ese, porque así lo definió el legislador y es lo que todo ciudadano debe esperar de mínima como resultado frente a la comisión de un hecho delictivo. Luego, podrá acrecentarse hasta el máximo legal, conforme las circunstancias que el juzgador vaya valorando y en la medida de la culpabilidad y de necesidades preventivas específicas.

Como lo dijo un histórico del liberalismo penal del Siglo XVIII, ...es evidente que el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido (**BECCARIA, Cesare: “De los delitos y las penas”, Hyspa: Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2005 –edición original de 1764-, pág. 54**). El fin, pues, no es otro que impedir al reo hacer nuevos daños a sus conciudadanos, y apartar a los demás de cometer otros iguales (**Idem, pág. 55**). Con ello, el gran exponente citado, nos dice que la norma, tiene como función una prevención especial apartando al autor de la sociedad para impedir que continúe haciendo daño y por otro lado, le da a la norma una función ejemplificadora con un mensaje disuasorio dirigido a los pares del autor, para impedir que éstos repitan las conductas que recibieron una pena concreta tratando de evitar que incurran en el delito.

Es una de las tantas teorías que se ensayaron sobre la pena. Sea cual fuera por la que breguemos, la realidad objetiva es que la principal función de la pena, es dar una respuesta por un hecho del pasado y una represalia al autor del mismo. Como es lógico, la sanción penal no retorna las cosas a su estado anterior, un perogrullo sumamente nítido en este tipo de casos, e indiscutible en los delitos contra la vida.

Pues, en primer lugar, la resocialización es un imperativo constitucional (cfr. nm. 14), que no puede ser desobedecido donde sea posible su cumplimiento. Y en segundo lugar hay que tener en cuenta que, en caso de conflicto, una primacía de la prevención general amenaza con frustrar el fin preventivo especial, mientras que, por el contrario, la preferencia de la prevención especial no excluye los efectos preventivo generales de la pena, sino que, a lo sumo, los debilita de forma difícilmente mensurable; pues también una pena atenuada actúa de forma preventivo general. Por otra parte, corresponde la preferencia a las necesidades preventivo especiales sólo hasta donde la necesidad mínima preventivo general todavía lo permita (como es el caso en nuestro ejemplo). Es decir, por motivo de los efectos preventivo especiales, la pena no puede ser reducida hasta tal punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad; pues esto quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico y a través de ello se estimularía la imitación. En muchos casos, aunque no siempre, el límite inferior del marco penal atiende ya a la consideración del "mínimo preventivo general (**ROXIN, Claus: "Derecho Penal. Parte General", trad. de la 2ª ed. alemana por Diego Manuel Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, 1997, Tomo I, pág. 97).**

En todo caso, la pena procura evitar la repetición de conductas de similar tenor o reducirlas al máximo, aunque muchas veces el logro de dicho objetivo se cuestione fervorosamente, al menos en otro tipo de delitos. Por eso, fuera de fines, objetivos, fundamentos de la pena, un mínimo de consecuencia es necesaria, para que cuanto menos, la finalidad retributiva y de prevención general se cumpla como un propósito legal buscado por el creador de las normas, para luego, en el caso concreto, reanalizar todo y volver sobre la retribución, la prevención general y aquí también, la especial.

Reflejada someramente la línea de pensamiento y rescatada la vigencia de Immanuel Kant como también de von Feuerbach y von Liszt, comenzaré con los

atenuantes expuestos por las partes, algunas de las cuales, aceptadas por ambos contrincantes procesales.

Una de las atenuantes es de vital importancia, que es la carencia de antecedentes condenatorios. Esta situación, el ser novel en el delito, no es algo que pueda desconocerse, y ello nos obliga a mantenernos en el mínimo, y en el caso, con notorios efectos. Los acusadores valoraron esta circunstancia, pero no con la entidad que merece.

No puede identificarse de manera igualitaria una persona que renueva sus votos con el delito, que una que comienza el tránsito ilícito. El primero confirma su vínculo afectivo con lo penalmente reprochable, el segundo, aún no lo sabemos, y por ello merece más oportunidad, como es el caso. Quitarle oportunidades, es ayudarlo a abrazar lo delictivo, es impulsarlo aún más.

Es que lo anterior se vincula, además, con la edad del imputado, pues no es una persona primaria a temprana edad. Pasó toda su vida por fuera de las actividades delictivas. Recién con casi setenta años fue declarado responsable por hechos ocurridos entre sus 65 y 67 años. No es un dato menor, aunque es cierto, esto, como después se verá, recibirá alguna opacidad por la edad de la víctima escogida y la notoria diferencia etaria. Sin embargo, este dato no puede pasarse por alto, y poco dijeron sobre la edad del imputado al solicitar una pena los acusadores.

Es que aquí estriba la oportunidad, pues como lo dijo el Defensor, su asistido es de “edad avanzada” y sumarle pena adicional por encima de las circunstancias fácticas y personales, sería un verdadero castigo por fuera de las necesidades del caso.

A modo gráfico, por un lado la Fiscalía solicitó la pena de veinte años, con lo que compurgaría con noventa años, mientras que la Defensoría de los Derechos del Niño, apelando solamente a solicitar una pena razonable, exigió 2

años más, sin más motivos que esos, solo alguna referencia a datos objetivos sobre la perspectiva de niñez y de la mujer, y refiriendo a la edad, cuando existiría una agravante que ambas acusaciones omitieron acusar y que reconocieron con valentía la ausencia. Siendo un dato objetivo, la edad de la niña, no puedo ignorarlo, pero teniendo una concreta agravante con una pena en concreto que las partes omitieron por la razón que fuera, es lógico que no tenga el mismo impacto, como puede tener un concurso de agravantes (adicional), pues en el caso, la función la cumple la guarda.

Por eso adelante, la petición de los acusadores no tendrá acogida favorable, al menos en los montos buscados, por infundados e irrazonables, en el sentido postulado por Beccaria, para que una pena consiga su efecto basta con que el mal de la pena exceda al bien que nace del delito; y en este exceso de mal debe calcularse la infalibilidad de la pena y la posible pérdida del bien que el delito produciría. Todo lo demás es superfluo y, por tanto, tiránico **(ya citado, pág. 56)**, más allá de las críticas ensayadas a la reciente aseveración, por inconsistente desde el punto de vista lógico y semántico, sino también desde el punto de vista pragmático, al ser imposible comparar, por su absoluta heterogeneidad, el mal incierto con el que se amenaza mediante la pena privativa de libertad y los bienes ciertos obtenidos con el delito. **(FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, trad. de Perfecto Andrés Ibañez y otros, Trotta, Madrid, 1995, pág. 400).**

De acoger la crítica de Ferrajoli, lo que deberíamos hacer, es no aplicar pena, dado que en todos los casos es imposible medir con precisión los costos de las víctimas con los costos del victimario a consecuencia de los padecimientos de la primera. Si bien el autor italiano hacía referencia a los mínimos legales y su vana existencia, de quienes muchos adhieren a tal tesitura, el mínimo es la mínima culpabilidad, y quizás el mínimo de precisión existente y de seguridad que todos tenemos frente al Estado. En el caso concreto, los costos del

imputado, serían perder casi todo tipo de oportunidad de aquí en adelante si optara por el pedido de los acusadores, cuando la damnificada tiene la oportunidad de reponerse.

Para continuar, que haya comparecido a lo largo de todo el proceso, son extremos obligatorios, que tienen efectos negativos en lo que hace a las medidas de coerción para asegurar su presencia y que la justicia pueda realizarse y afianzarse en el sentido del preámbulo constitucional. Que haya comparecido, no es más que una obligación procesal a la que está sometido todo ciudadano. No obstante ello, el no sometimiento a proceso provoca efectos nocivos en el programa constitucional y conspira en el afianzamiento de la justicia, con lo que, dado el caso, no sería incorrecto que tenga efectos negativos sobre la pena. Por eso, no es del todo incorrecto lo peticionado por las partes y por eso, debe colocarse en el haber del imputado que haya permitido y facilitado la realización de la justicia y del preámbulo constitucional.

Por último y para cerrar el análisis de los atenuantes, el Defensor señaló que durante la etapa de responsabilidad acudieron varios testigos que indicaron que Obialero es un excelente vecino, del que tienen plena confianza y en algunos casos se han servido de él dado que los ha ayudado de diferentes maneras, incluso la madre de E. también lo dijo durante el primer debate.

Si bien, en el caso, esa ayuda fue motivo para llevar a cabo las conductas reprochables, ha de ser considerado para seguir permaneciendo en el mínimo legal. Son extremos personales referidos al incuso que no pueden ser ignorados y por eso son evaluados positivamente por cuanto no fueron contradichos ni cuestionados.

Yendo a las agravantes, el concurso de delitos debe incidir en la sumatoria de pena, ya que en orden al principio de proporcionalidad y de razonabilidad, no puede valorarse de manera idéntica un solo reproche que dos, tres o varios más.

Aquí son dos hechos concursados, que merecen sumar pena en más. La solución legal obliga a partir del mínimo legal mayor de los delitos concursados (8 años en el caso) y hasta un máximo de la sumatoria de los máximos (35 años).

Siendo dos delitos, y sin perjuicio de la carencia de antecedentes condenatorios, la edad de imputado y su calidad de buen vecino y amigo, podríamos decir que los extremos hasta aquí casi se compensan, y todavía nos moveríamos en el mínimo.

Sin embargo, uno de los hechos concursados, fue considerado por el Jurado como continuado, una especie dogmática, si se quiere, de concurso, que quizás no sería de aplicación a los abusos sexuales, aunque jurisprudencialmente sea aceptado. Sucede que se apela a dicha frase cuando no se puede establecer la cantidad de veces que la víctima fue abusada sexualmente, lo que traducido, se trata de una sumatoria indeterminable de hechos delictivos independientes, aunque de la misma entidad, vale decir, de concursos reales indefinidos de abusos sexuales, como mínimo de dos y con un máximo de hechos sin establecer por la cotidianeidad de los sucesos durante un prolongado periodo de tiempo y por la escasa edad de la damnificada a quien no se le puede exigir mayores aclaraciones sobre el punto, por lógicas razones. En el caso, fueron dieciocho meses con unos veinte días de acontecimientos contra la integridad sexual de E. que ocurrían a menudo.

La víctima por todo ese tiempo tuvo que soportar los abusos sexuales con acceso carnal a los que fue sometida por el victimario, al tiempo que era corrompida, y eso nos marca una pauta objetiva que debe traducirse en estímulo punitivo.

Esto de por sí, ya nos aleja del mínimo legal en por lo menos el tiempo que duraron los actos sexuales y quizás un poco más en compensación del valor

tiempo para una niña de corta edad, que como lo expresó en Cámara Gesell, la misma E. sostuvo que le pasó toda su vida. Considero entonces, que la suma por esta agravante debe ser de dos años más por encima del mínimo legal.

Sobre la edad de la víctima y la convivencia, que si bien es una agravante independiente, la cual fue omitida por las partes, tal como lo reconocieron y no fue considerada por el Jurado Popular, y por eso, no sabemos qué decisión hubiese adoptado si hubiera estado planteada a la hora de decidir, es decir, no existe modo de saber si la hubiera considerado corroborada o no de haber sido considerada.

Empero, la edad de la misma es un dato objetivo, con lo que no es un impedimento para que dicho extremo sea valorado como una agravante dentro de las circunstancias fácticas, aunque no con la entidad de la agravante típica, que provocaría el concurso con la guarda, dos agravantes dentro de un mismo tipo penal.

No resulta de recibo, en cambio, el reproche relativo a la doble valoración negativa que formuló el tribunal de juicio con relación a la edad de las víctimas”, estimó la Sala, explicando: “Así, si bien el tipo penal del abuso sexual con acceso carnal (...) contiene el elemento fáctico “edad (persona menor de 13 años)”, en estos supuestos, cuando el juzgador pondera la mayor o menor edad del menor víctima, no se infringe la prohibición de la doble valoración toda vez que se trata de un factor graduable o ajustable que, como tal, encierra un disvalor que bien puede ser sopesado y que, por ende, puede ser utilizado para la individualización de la pena como circunstancia agravante” **(Comercio y Justicia: *Pena y valoración parcial de las condiciones personales*, 24 julio, 2008 (En referencia a un fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba).**

Por eso, dentro del margen punitivo posible, habré de valorar el punto edad de la víctima, menor de 13, que si es un dato típico que se configuró. Sabido es que mientras más pequeño es el niño o la niña (con independencia del género ya que ambos son igual de vulnerables), menos herramientas tendrán para defenderse, y más fácil le será la faena al ofensor para obtener el resultado deseado.

El incoado Obialero se valió de esos extremos, obtuvo lo buscado en una niña que tenía seis años al momentos de los hechos, que solo cursaba los primeros años de la primaria, que apenas estaba aprendiendo a leer y escribir, tal vez a sumar y restar, que naturalmente no sabía nada sobre relaciones sexuales y por la autoridad ejercida de una persona que tenía el mote de abuelo y al que le debía respeto, del que creía que la estaba cuidando, se sometió sin más remedios a esas prácticas, hasta naturalizarlas. En ese sentido, la enorme diferencia etaria (sesenta años) coadyuvo en el resultado, máxime cuando era respetado y tratado como abuelo. Se valió de ello.

No necesitó el mencionado en el párrafo anterior de modo comisivo alguno, tales como los enumerados en el primer párrafo del artículo 119 del Código Penal, solo bastó con la escasa edad de su presa, para lograr su cometido. Por eso, dentro de los márgenes de las edades, estamos en una edad media, donde recién se encuentra adquiriendo algunas herramientas como las ya enumeradas, sin ser una niña que no sabe hablar –mayor vulnerabilidad- ni tampoco una que está culminando la primaria, que sería el caso donde la suma de pena no tendría tanta incidencia.

En el caso, estando en el medio, debe incidir en sumar pena, puesto que los conocimientos de sexualidad eran nulos y solo por casualidad pudo develar. Ya lo valoré en el punto concurso real, no fue solamente el acto sexual, también la educo sexualmente en su particular manera para que los naturalice tempranamente. Aún así, la niña no tenía modo de codificar lo que le pasaba, no

podía entender que estaba mal lo que le hacía su “abuelo”, como también lo que le enseñaba y no tenía y no tiene por qué entenderlo (al menos que no estaba bien a su edad), aún en la actualidad, por el solo hecho que es una niña y no debía pasarle.

La única defensa que tuvo, es la voz de su inocencia cuando miraba una película con su mamá donde le hizo comentarios de los juegos sexuales que practicaba con sus muñecas y que tales juegos los aprendió con su “abuelo”. A partir de dicho develamiento casual, la madre activo todos los mecanismos a su alcance y es por esa inocencia que estoy escribiendo esta sentencia. Esta dinámica de los sucesos debe sumarle reproche a Obialero.

La situación conflictiva, por experiencia de otros casos, posiblemente vendrá después, y es donde ingresa mayormente la extensión del daño. Ese daño concreto no se puede cuantificar lamentablemente porque dependerá de un montón de factores, pero cuyas causas, a estar a la declaración de responsabilidad por parte del Jurado Popular, fueron colocadas por el imputado.

Y por esa razón, sea cual sea el resultado final, que de uno u otro modo tendrá que pagar la damnificada, es justo que sea reprochado al imputado y en el caso, con más dosis de pena.

Lo explicaré. Todo delito provoca resultados lesivos, y el delito sexual no es ajeno, ya que genera una serie de efectos en las víctimas, que se conocen después de la adolescencia, que es normalmente cuando suelen develarse. Aquí no hay modo de saber qué es lo que sucederá, y no se avizoran resultados cotidianos, en el sentido del que ya estipuló el legislador para regular el mínimo de la pena. Por el contrario, se habló de posibles intentos de suicidios, que quizás puedan hasta llegar a ser exitosos.

Impedirlo dependerá, como lo adelanté, de muchos factores, uno de ellos es el acompañamiento de los seres queridos, como puede ser la madre, que

seguramente lo hará, como también sus tíos o tías. También el acompañamiento institucional de la Defensoría de los Derechos del niño y del Adolescente, que seguramente hará un seguimiento para garantizar que el bienestar, el desarrollo emocional y básicamente, para que sus derechos, no sean más vulnerados, y se acerque en la adolescencia y en la adultez lo más posible a una vida de resiliencia.

Toda esa maquinaria debe ser soportada por el imputado, y de ahí la mayor dosis de pena, por el enorme trauma ocasionado a una niña que debe afrontar una vida con terapeutas para lidiar con la cicatriz que le generó. No es de ignorar que cualquiera sea la decisión que se adopte aquí, no soluciona el problema que pueda tener a futuro la niña que actualmente tiene nueve años y por su bienestar ignora por completo lo que sucede.

Lo anterior no es ninguna novedad, pues la pena no es *reparatoria*, es, según Ricardo Nuñez, *retributiva* porque con ella la sociedad responde a la ofensa que, violando su deber de abstenerse de delinquir, el autor le infiere a bienes individuales o sociales. La pena es la retribución a la culpabilidad del autor con arreglo a su personalidad (**cfr. NÚÑEZ, Ricardo: “Manual de Derecho Penal. Parte General”, 4º ed. act. por Roberto E. Spinka y Félix González, Marcos Lerner, Córdoba, 1999, pág. 277/78).**

Sobre los efectos del delito de corrupción de menores, si bien la Licenciada Úrsula Zuccarino, al ser consultada rápidamente por la defensa sobre si los efectos eran inevitables, sostuvo que de acuerdo a las circunstancias de los hechos, sí. Sin embargo, antes aclaró que fue el caso más difícil que le tocó resolver, que fue una niña que debió ser apartada de la escuela porque el tenor de sus temas con sus pares eran sexuales y corría el riesgo de corromper a sus compañeros. Con lo cual, su respuesta no fue genérica, sino que se centró en el caso concreto, y no como algo ya predispuesto, pues hizo expresa referencia a las circunstancias del caso.

Esto es un daño colateral que no figura en el tipo penal. Que una víctima deba ser apartada de sus compañeros, de sus relaciones interpersonales cotidianas, no es algo que el legislador haya determinado que deba ser tolerado por ella porque tal consecuencia no es parte de los posibles resultados del delito. El extremo al que llegó la niña luego de 18 meses de educación sexual adelantada con terminología enteramente y extremadamente vulgar, lo que luego trasladó a sus pares y debió ser separada de su grupo de pertenencia educativo, generándole más conflictos que le suman entidad al delito y por eso más efectos negativos en la salud psico social y afectiva de la niña.

Entonces, el punto anterior indudablemente debe ser abonado punitivamente por el imputado y generar costo adicional a cargo del mencionado, alejándose aún más del mínimo legal y acercándose al pedido de los acusadores.

Hasta aquí, la corta o mediana edad de la niña, la enorme diferencia etaria, sumado al aprovechamiento de la circunstancia de autoridad con el tratamiento de abuelo, con el daño provocado en la actualidad en su salud, como el daño esperado en el futuro que podría desembocar en un suicidio, es que corresponde sumar unos cinco años más de pena.

Son todas circunstancias independientes a la definición del tipo penal, que confluyen negativamente en la salud de la víctima, no solo actual, sino también futura, lo que demandará una exigencia adicional de su madre durante el resto de su desarrollo, sino también una constante intervención y protección de los organismos estatales en pos de evitar las posibles consecuencias nefastas que se señalaron como posibles.

Sostuvo oportunamente el Tribunal de Impugnación local que “La pena aplicada respeta las pautas de mensura previstas en las norma de fondo (arts. 40 y 41, CP) y se vincula con la culpabilidad del imputado, en tanto para ello se

consideró válidamente: la avanzada edad de la víctima, su dificultad para escuchar, el empleo de bastón para movilizarse, las consecuencias psicológicas sufridas (pérdida de peso) así como la contextura física robusta y fuerte del imputado (**Trib.Impug. de Neuquén: "C., J.F", caso 10010/14, 11/08/2014**).

E. le toca llevar una niñez y una adolescencia totalmente diferente a la que le toca llevar a sus pares, o al menos a la gran mayoría. Esas desventajas o diferencias fueron impuestas por una persona que debió cuidarla, con una diferencia etaria notoria que le imponía respeto por el solo hecho de estar, lo que equivaldría a la contextura física robusta y fuerte del imputado del párrafo anterior correspondiente a una cita del Tribunal de Impugnación.

Por eso, la damnificada, debe sortear una serie de obstáculos (puestos por R. Obialero) en su desarrollo, que le harán la vida mucho más difícil y con adversidades extremadamente complejas cuyos efectos desconocemos, y dependerán en gran medida de labores y ayudas que emergen también a causa de la conducta por la que se lo declaró responsable. No es en vano advertir que es posible que ni siquiera sea consciente de las adversidades que tendrá en el futuro.

Con lo señalado, la pena de catorce (14) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas del proceso, por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por haber sido cometido por quien tenía a su cargo la guarda de la menor y aprovechando la situación de convivencia preexistente –cometida en forma reiterada- en concurso real con abuso sexual con acceso carnal cometido por quien tenía a su cargo la guarda de la menor y aprovechando la situación de convivencia preexistente y corrupción de menores agravada, de conformidad a lo previsto por los arts. 45, 54, 55, 119, segundo y tercer párrafo en función del párrafo cuarto incisos b y f y 125 primer y tercer párrafo del Código Penal, impuesta a R. C., no sólo que no se advierte que sea desproporcionada ni

carente de fundamentación, sino que se ajusta al acuerdo de juicio abreviado oportunamente celebrado **(del voto en minoría del Dr. Maidana, Sala I del Trib. Cas. Penal de Buenos Aires: “Casanovas”, Causa N° 112641, 11/02/2022).**

Finalmente, la mayoría del caso citado decidió casar parcialmente la decisión y valiéndose de la competencia positiva, redujo la pena a trece años por entender que no se configuró el delito de corrupción de menores agravada, pues en primer lugar no se le había imputado y porque sólo se entendió configurado por la existencia de los demás delitos.

Solo para recordar, en este caso, la calificación escogida por el Jurado Popular fue la de *abuso sexual con acceso carnal continuado, aprovechando ser el encargado de la guarda y provocando grave daño a la salud en concurso real con corrupción de menores agravado*, en los términos del artículo 119 tercer y cuarto párrafo incs. a y b, 125 segundo párrafo del 45 y 55 del Código Penal.

Entonces aquí, la calificación es muy similar, salvo por la inexistencia del abuso sexual gravemente ultrajante y la agravante del aprovechamiento de la convivencia con una menor de edad, pero compensado con la existencia de la corrupción de menores y el grave daño a la salud. Con ello busco significar la proporcionalidad de la pena que se busca aplicar y para contar con un grado adicional de comparación proporcional.

Sin perjuicio que en la presente se intentó el método contrario, aunque de un modo orientativo, el tribunal ya citado señaló que: El sistema general de determinación de la pena adoptado por el Derecho Penal Argentino -de penas relativas-, en el que se mencionan pautas de orientación ejemplificadoras, sin determinar no sólo el sentido sino tampoco el valor de cada una de las circunstancias, sólo permite evaluar si las reglas seguidas cumplen con el deber de fundamentación explícita que posibilite el control critico-racional del proceso de decisión (Conf. Sala I TCPBA, causa "Valant" del 14/8/2018; "Carleo" del

21/2/2018) **(del voto en minoría del Dr. Maidana, Sala I del Trib. Cas. Penal de Buenos Aires: “Casanovas”, Causa N° 112641, 11/02/2022).**

Ello va en consonancia con la Corte Suprema de Justicia de la Nación que señaló que la proporcionalidad de la pena no puede resolverse en fórmulas matemáticas sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un estado de derecho **(CSJN: “Pupelis”, 314:424, 14/05/1991).**

Por último, resta considerar la solicitud efectuada por la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, basada en alguna jurisprudencia que consideró el punto. En concreto pidió que en la sentencia le dedique un párrafo a la niña víctima para explicarle los motivos de mi decisión. Durante la audiencia, sin ocultar mi sorpresa, le requerí aclaraciones sobre la petición, en atención que se trata de una menor de edad, con 9 años en la actualidad, a la que, como corresponde, se le tomó su relato por medio del sistema de Cámara Gesell para evitar su revictimización.

Sin lograr satisfacer mi pedido de aclaración, y ante la trascendencia de la petición, es que le requerí a la interesada que describa que es lo que ella le diría a E. luego de haber alegado, a los fines de esclarecer su demanda y dotar de las herramientas a éste Magistrado para poder valorar adecuadamente la requisitoria.

Es así que palabras más o palabras menos indicó que: “suponiendo que E. estuviera aquí presente, yo le diría, estimada E., después de llevar a cabo la tramitación de este proceso que hemos intentado que se garanticen tus derechos humanos como persona, como sujeto de derechos y que hemos intentado y probado en la primera etapa de que ha sido víctima, que ha sido vulnerada en tus derechos, que se ha generado un grave daño en tu salud, que ese daño es inconmensurable, que es de tal magnitud que el piso máximo no se

podría establecer, yo como defensora de los derechos del niño, buscando de llevar a cabo una actividad razonable en la defensa de tus derechos solicito una pena de veintidós años de prisión entendiendo de que resulta justa a tus intereses y es equitativa para que el castigo o la sanción de estos hechos aberrantes de los que has sido víctima en todo este tiempo y venís sufriendo, intentando salir de este trauma, pueda resarcir el daño ocasionado”.

He subrayado algunas palabras empleadas por la profesional de la defensa de los derechos del niño, dado que su mensaje fue dirigido a la niña en la suposición que estuviera presente y empleó terminología que si me remonto a mi pasado y la edad actual de la niña, no tendría manera de entenderlo.

Recordemos que la niña actualmente tiene nueve años, que estaría cursando cuarto grado, tratando de evitar que los hechos que el Jurado Popular consideró acreditados le generen perjuicios más allá de los señalados por la Perito Zuccarino. Por supuesto, no es consciente aún de lo que le ha tocado vivir, quizás algún día tome dimensión y llegado el caso, con sus herramientas, sorteará toda la dinámica de la adolescencia. Ahí es donde debe enfocarse toda la actividad de aquí en más.

Un numero punitivo, lo sabemos todos los operadores, incluida, por supuesto, la Defensora de los Derechos del niño, no soluciona los problemas de la víctima. Más arriba he tenido ocasión de tratar el tema. Sin dudas que es una respuesta, pero en todo caso, en términos coloquiales, para ser gráfico y que se entienda adecuadamente, un mero té para un enfermo, que no ataca ni resuelve el problema.

Por eso, lo que debe preocupar, para garantizar en el verdadero sentido objetivo de todo lo que tenga que ver con los derechos de la víctima, en este caso menor de edad, es que sus necesidades y su desarrollo psicoemocional sean adecuadamente atendidos. El juicio o el proceso en sí, seguramente pronto

terminará, con un resultado más o menos gustoso para las partes, pero lo que es claro que no termina aquí, es el desarrollo de la niña.

La Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente cuando le habló a la víctima en el supuesto caso de estar presente, es decir, a E., le habló del pasado y del presente, en lo relativo a lo obtenido con la tramitación del proceso. No obstante ello, he notado que faltaron palabras dirigidas a su futuro, de parte de quien debe velar por sus derechos.

Es muy posible que la Dra. Stornini también le haya sorprendido mi pedido y en la rapidez y vorágine de una audiencia, haya omitido algo que seguramente tiene presente (lo consideró al futuro de la damnificada al solicitar pena), pues estamos ante una niña vulnerada, y dicha vulneración no termina con una pena, solo es una pequeñísima cuota de solución, y nadie de los que estuvieron presentes lo ignora. Sobre el punto la Licenciada Zucarino fue clara y en los alegatos la Querrela Institucional le dio valor.

Pero intentaré hacer el esfuerzo de dialogar con una niña de nueve años, explicándole algo que no tiene por qué entender en lo atinente a lo que le pasó, es decir, casi con seguridad, que ignora los verdaderos motivos de su sufrimiento aún. Pido disculpas si no logro cumplir la tarea solicitada, pero es difícil explicarle algo como lo ocurrido y que lo pueda entender, por ser simplemente una niña:

Cada una de las partes vino a juicio para ver si R. Obialero a quien le decías abuelo hizo algo malo. Doce personas que vieron las pruebas, entendieron que sí y que esas cosas malas que hizo esa persona te afectaron a vos. Ahora me toca a mí decidir qué cantidad de tiempo la persona que hizo cosas feas, debe pasar en la cárcel. Decidí que fueran quince años, por varios motivos, pero también sugiero que para tu bienestar, tu protección no termine con esa pena, sino que te evalúen continuamente, al menos cada seis meses,

para que cuando leas esto, si es que decidís hacerlo, sea solo un mal recuerdo y tengas la vida que todos nos merecemos. Yo también fui niño como vos, en tu caso, niña. A tu edad estaba en cuarto grado y pude jugar todo el tiempo con mis amigos y estar al lado de mis compañeros. Por eso, espero que puedas tener una vida de hermosos recuerdos como los tengo yo actualmente a mis 43 años. Estoy seguro que sí.

También estoy seguro que la Dra. Stornini, a quien conozco de hace varios años, no se olvidará de vos (o quien cumpla la misma actividad), y te asegurará en la medida de sus posibilidades, que llegues a la adultez, luego de pasar por tu adolescencia, con todas las herramientas indispensable para la vida en sociedad junto a tus familiares, amigos y demás pares. El pasado no se puede cambiar, mi decisión en ese sentido, no lo hará, y tendrá un escaso impacto. Quizás un mero efecto de “alivio”. Lo que sí se puede cambiar, es el futuro, y estoy seguro que es prometedor porque tu mamá, junto con el apoyo de la Dra. Stornini o de cualquier otra persona que se encargue de la protección de tus derechos, te ayudaran a escribirlo con buena tinta.

Para cerrar, las razones concretas de mi decisión, no se las podría explicar a mi yo de nueve años, te lo digo con sinceridad, porque ese yo no las comprendería, y espero que vos tampoco, todavía es muy temprano para hacerlo. Espero que cuando puedas hacerlo, solo sea un mero recuerdo y tengas las herramientas para que puedas entender lo que viene y lo superes con facilidad.

Por todo lo expuesto, como lo adelanté en el veredicto, considero que la pena de quince (15) años de prisión de cumplimiento efectivo, es adecuada a todas las circunstancias pasadas, presentes y venideras, considerando también, la edad del imputado (como también los demás extremos favorables a sus

intereses), que, una vez firme la presente, compurgaría a la edad de ochenta y cinco años, y muy posiblemente, la misma podría cumplirse en detención domiciliaria, de acuerdo a lo que peticionen las partes y se resuelva a futuro en la etapa de ejecución.

Por todo lo anterior;

RESUELVO:

I.- Imponer al Sr. R. OBIALERO, D.N.I. , de demás datos personales obrantes en el legajo, la pena de **QUINCE (15) años de prisión de efectivo cumplimiento, por el delito que fuera declarado autor penalmente responsable, según la declaración de responsabilidad por el Jurado Popular que forma parte en la presente sentencia, **Calificado como ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL CONTINUADO, APROVECHANDO SER EL ENCARGADO DE LA GUARDA Y PROVOCANDO GRAVE DAÑO A LA SALUD EN CONCURSO REAL CON CORRUPCIÓN DE MENORES AGRAVADO**, en los términos del artículo 119 tercer y cuarto párrafo incs. a y b, 125 segundo párrafo del 45 y 55 del Código Penal., con más las **acesorias legales** del art. 12 del CP y las **costas del proceso**, art 268 y 270 del CPP.-**

II.- DISPONER que la sentencia de cesura con sus fundamentos en extenso sean notificadas a las partes a las casillas de correos electrónicos de los letrados por haber prestado su conformidad en audiencia y al imputado personalmente.-

III.- DISPONER conforme **art. 11 bis de la Ley Nacional Nro. 24.660 del presente legajo**, que se le de participación la víctima conforme lo manifestó su madre en audiencia, debiendo recibir las comunicaciones.-

VI.- SUGERIR a la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente un seguimiento activo de la menor víctima hasta su mayoría de edad con entrevistas al menos cada seis meses a su mamá, tal lo expuesto en el veredicto y ut supra.-

V.- Firme que sea la presente, ejecútese, practíquese cómputo de pena y planilla de liquidación de costas correspondientes, remítanse oficios al Registro Nacional de Reincidencia, a la Policía Provincial y a la Dirección de Asistencia a la Población Judicializada para su toma de razón. Inscríbase en el Registro Provincial de Personas condenadas por delitos contra la integridad sexual y comuníquese la presente al Juez de Ejecución por así corresponder. Oportunamente, dispóngase de los objetos secuestrados y ARCHIVÉSE.-

Firmado digitalmente por:
YANCARELLI Lucas Pablo Juan