

**SENTENCIA N° cincuenta y tres /2015.-** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los ***seis días del mes de agosto de dos mil quince***, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por las **Dras. Liliana Deiub, Gladys Mabel Folone**, y el **Dr. Alfredo Elosú Larumbe**, presididos por éste último, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso "**A., C. A. s/Abuso sexual**", identificado como **legajo MPFNQ 24536/2014** del registro de la Oficina Judicial de la I Circunscripción, seguido contra **C. A. A.**, D.N.I. ...., nacido el 26 de enero de 1979 en Mendoza capital, -Pcia. de Mendoza-, cuyos demás datos personales obran en el legajo, actualmente detenido alojado en la Unidad de Detención n° Once de esta ciudad.-

**ANTECEDENTES:**

A) Por sentencia del día 12 de marzo de dos mil quince dictada por el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Carina Álvarez, Daniel G. Varessio y Fernando J. Zvilling, del Colegio de Jueces de Neuquén Capital, se resolvió declarar, culpable a C. A. A. como autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal, delito continuado (art. 119 tercer párrafo del C.P.) perpetrado en fecha indeterminada desde el año 2003 al 2007 en más de dos oportunidades en perjuicio de J. I. V. L..

Asimismo, por sentencia del día 2 de junio de dos mil quince dictada por el mismo Tribunal en la ciudad de Neuquén, resolvió CONDENAR a C. A. A. a la pena de nueve de prisión de prisión de cumplimiento efectivo e inhabilitación absoluta por igual termino, imponiéndosele además las costas del proceso (art. 12 del Código Penal y 270 CPP), por el delito de abuso sexual con acceso carnal, delito continuado (art. 119 tercer párrafo del C.P.).

La Defensa interpuso recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del CPP), celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP, el día veintitrés de julio de dos mil quince, oportunidad en la que el impugnante expuso los fundamentos del recurso.

En la audiencia mencionada intervino por la defensa del imputado el Defensor de confianza Dr. Carlos A. Vaccaro y el imputado C. A. A.; por la Fiscalía la Dra. Soledad Rangone y por la Querrela el Dr. Daniel Ernesto Muñoz encontrándose presente la madre de la víctima, Sra. P. L..

B) El Sr. Defensor, estructura su impugnación en tres agravios que considera que se han producido al momento de dictarse la sentencia de pena. En primer lugar señala una indeterminación en la descripción del hecho probado, admite no obstante, la acreditación del hecho, pero alega que su indeterminación en punto a la cantidad de actos

sucedidos, lo afecta en relación a la gravedad del mismo y consecuentemente en la mensuración de la pena. En segundo término expresa que existe una errónea consideración al momento de gravar la pena, en relación a las lesiones físicas sufridas por la víctima y acreditadas. En tercer lugar alega una errónea consideración de la situación de convivencia, la que al momento de determinar la responsabilidad penal no se tuvo por acreditada, pero luego, se utilizó a los efectos de agravar la pena. Fundamenta la admisibilidad formal del recurso en función de la garantía constitucional del doble conforme. En punto al primer agravio que es la indeterminación del hecho probado dijo que, cuando se dicta la sentencia se establece “que la víctima habría sufrido hechos de abuso sexual en más de dos oportunidades”, dice que esa expresión deja abierta una indeterminación absoluta en relación al número de veces que se produjo el hecho. Admite que esto ocurrió en la determinación de la responsabilidad penal, pero expresa, que tal situación también fue utilizada al momento de la determinación de la pena y es ahí, remarca, donde se produce el agravio, porque al momento de determinar la pena se considera como un agravante la situación de que el hecho se hubiera repetido un número indeterminado de veces. A su modo de ver, el problema es que al establecer “más de dos veces”, no se sabe cuántas más son. Admite la dificultad probatoria en este tipo de delitos, por la

complejidad de las situaciones y porque se producen en un ámbito de privacidad, por lo que se ha flexibilizado al momento de la imputación la descripción del hecho estableciéndose cierta amplitud, en cuanto al lugar y tiempo, pero dice, que esa indeterminación no puede seguir al momento de la determinación de la pena, pues esto afecta el derecho de la defensa. Señala que la sentencia tiene que establecer el hecho en función de lo que se probó, por tal razón opina que la pena impuesta es exagerada.

El segundo agravio apunta a la errónea consideración de las lesiones físicas sufridas por la víctima, para agravar la pena. Manifiesta que las lesiones verificadas están comprendidas por el propio hecho imputado. Sostiene que es imposible un abuso con acceso carnal sin que se produzcan lesiones, por lo que las lesiones de la víctima, no pueden ser un agravante, porque ya están previstas en el tipo penal imputado. No pueden considerarse como un agravante autónomo para agravar la pena.

En relación al tercer agravio, alega que la situación de convivencia que no se tuvo por acreditada para agravar el tipo penal, al momento de la determinación de la pena esa situación fue valorada como una agravante. Entiende, que como consecuencia de estos agravios la pena fijada resultó excesiva, por lo que solicita se redecúe la misma,

aplicándose el mínimo penal para los hechos que es de seis años de prisión de cumplimiento efectivo.

La Fiscalía, en su réplica solicitó el rechazo de la pretensión de la defensa y la ratificación de la sentencia. Dijo que la sentencia no es arbitraria y que la pena impuesta es acorde a todo lo que se ha probado. En relación a la indeterminación de los hechos alegada por la defensa, señala que no ha sido lo más gravoso para el imputado, dado que al no haberse podido acreditar la totalidad de los hechos, no se ha dado un concurso real y por eso se calificó como un delito de abuso sexual continuado, no obstante de que quedó probado que los actos abusivos se produjeron en más de dos oportunidades. Señaló que la víctima contó en la audiencia que los hechos ocurrían casi todas las veces que se quedaba con el imputado, recordando en forma precisa dos hechos, que esto ocurrió cuando J. tenía entre los 8 y 12 años. Sostiene que hubiera sido más gravoso para el imputado habérselo condenado por todos los accesos carnales cometidos, en concurso real; manifiesta que el Tribunal consideró que fueron varios hechos durante cuatro años que le causaron un trauma que aun hoy padece. Expresa que es en los términos del art. 40 y 41 C.P. que los jueces deben considerar la pena a imponer conforme a la escala penal prevista, para lo que tienen que considerar las circunstancias de los hechos, y es eso lo que hicieron, tuvieron en cuenta que la víctima sufrió

todo ese tiempo esos abusos, que lo pudo develar a los 14 años y que recién se pudo juzgar ahora porque el imputado estaba rebelde. En relación a la extensión del daño, dijo que el daño producido, fue más allá del acceso carnal del tipo penal, que los jueces acertadamente consideraron las lesiones que fueron referidas por la médica forense, consistentes en lesiones en el esfínter interno y externo del ano, razón por la que sufre incontinencia, lo que le llevaría un largo período para recuperar esa función fisiológica, situación ésta corroborada por la madre y la propia víctima en audiencia. Que además hubo daño psíquico, pues el joven hoy aún está en tratamiento psicológico, no puede recuperar su vida normal, ha tenido ideaciones suicidas, no trabaja, no va a la escuela, no tiene novia. Considera que este caso es especial, por todo el daño sufrido por el joven que aun hoy continúa, lo que fue considerado por los jueces.

En punto al agravio referido a la convivencia, dice que no es tal, porque el Tribunal no lo consideró. Que lo que los jueces consideraron es la confianza que los padres de la víctima dieron al imputado para dejarle el niño, no la convivencia. Que del testimonio de la niñera de la víctima surge que dejó de cuidarlo cuando venía el primo. Considera ajustada la sentencia y la condena impuesta.-

La Querrela dijo, que la defensa no ha realizado una crítica razonada de la sentencia, sino una mera enunciación de los agravios, por lo que deben rechazarse los mismos.

En punto a la indeterminación del hecho probado alegada dijo, que debe rechazarse este agravio, pues debe considerarse en función del tipo de delito, que se trató de un acceso carnal de un niño desde los 7 u 8 años hasta los 12 años, que su develamiento le llevó otros siete u ocho años, y los padecimientos de tal conducta aun hoy los sufre; actividad que sí realizaron los jueces. Que son dos los hechos a los que hace referencia la sentencia, que son los que puntualmente el niño pudo referir, que su psiquis seguramente ha negado la ocurrencia de otros hechos de los que no pudo dar precisión, durante aproximadamente cuatro años. Relaciona este argumento con el tercer agravio planteado por la defensa referido a la situación de convivencia. Manifiesta que el tipo penal no hace referencia a la cantidad de veces que se produce el acceso carnal, sino que se hace referencia al delito de acceso carnal gravemente ultrajante y esto es a su entender lo que se ha probado. Expresa que las lesiones físicas han sido probadas, por los profesionales y son coherentes con lo señalado por los jueces y con la merituación de la extensión del daño que han realizado. Considera que la sentencia debe ser ratificada en todos sus términos. En cuanto a la situación de convivencia, si bien no fue

acreditada, sí quedó probado que los hechos ocurrieron cuando el imputado se quedaba en compañía del niño y eso generaba una situación propicia para la ocurrencia de estos hechos.

Otorgada que le fue la palabra al imputado, no hizo uso de la misma.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 –de aplicación supletoria del Digesto Adjetivo, se dispuso que debía observarse el orden siguiente de votación: **Dra. Gladys Mabel Folone**, en primer término, luego el **Dr. Alfredo A. Elosú Larumbe** y finalmente la **Dra. Liliana B. Deiub** y se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

**PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?**

La **Dra. Gladys Mabel Folone**, dijo:

De conformidad a lo explicitado por la Defensa, no controvertido por la Fiscalía ni la Querrela, la impugnación planteada contra la sentencia de condena, fue interpuesta en tiempo y forma, encontrándose la parte legitimada subjetivamente, por cuanto se trata de una decisión que es impugnabile desde el plano objetivo y corresponde su tratamiento.

El **Dr. Alfredo A. Elosú Larumbe**, expresó:

Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La **Dra. Liliana B. Deiub**, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

**SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?**

La **Dra. Gladys Mabel Folone**, dijo:

Tal como lo refirió claramente la Defensa, su impugnación se centra en la determinación de la pena. Puntualmente considera excesiva la pena impuesta a su asistido por el Tribunal de Juicio, esto implica que el tribunal revisor debe tener por inmutables todos los aspectos de la decisión impugnada no alcanzados por el recurso.

Concretamente la defensa plantea tres agravios: a)- que para la mensuración de la pena se consideraron hechos de abuso sexual en número indeterminado, cuando en el debate fueron debidamente acreditados sólo dos, teniendo esto una directa incidencia en la valoración de la gravedad de la conducta reprochada y consecuentemente en la pena impuesta. b)- la doble consideración de las lesiones físicas sufridas por la víctima, entendiendo que éstas son las propias del tipo penal imputado, por lo que no pueden considerarse también para agravar la pena. c)- la situación de convivencia preexistente no aplicada para el agravamiento del

tipo por ausencia de prueba de la contraparte, pero considerada como agravante al momento de la mensuración de la pena.

En principio, entiendo que corresponde la confirmación de la sentencia en tanto el monto de la pena ha sido fijado dentro de los mínimos y máximos establecidos por la ley y se encuentra debidamente fundamentado. En la sentencia en crisis, no sólo se ha mensurado adecuadamente la pena, sino que ésta se ha realizado asociándola a las normas aplicables del código de fondo, en función de las pruebas existentes, realizándose una clarísima explicitación de las razones por las que se eligió la sanción.

En relación al primer agravio, cabe señalar que tanto en la sentencia donde se estableció la responsabilidad penal, como en la sentencia de imposición de pena, el Tribunal de Juicio dejó claramente establecido que se trataba de un delito continuado, circunstancia ésta no controvertida. De lo que se sigue que las situaciones de abuso vividas por el menor víctima, no sólo han sido dos, que fueron las que el joven pudo recordar en la audiencia de debate, sino que fueron muchas más y ocurrieron entre los 7 u 8 años y los 12 años; dado que éstas se sucedían todas las veces que el condenado visitaba el domicilio de la familia de la víctima, y varias veces durante la permanencia. De todas maneras, la regla de experiencia indica que el grado de lesión física acreditado, sufrido por el

joven, no se produce con sólo dos eventos. En este tipo de casos, cuando el abuso es crónico, es difícil, casi me animo a decir imposible, que un niño/adolescente pueda registrar todas y cada una de las veces en que se vio sometido. En la sentencia se menciona que si bien el joven recordó con alguna precisión la ocurrencia de los hechos en dos oportunidades, quedó acreditado por otros elementos probatorios que se enumeran, que esto sucedió en un número indeterminado de veces, puntualmente la sentencia refiere "...en atención a los episodios de ataque contra la integridad sexual del entonces menor se sucedieron en más de dos oportunidades conforman una unidad ilícita que debe considerarse como delito continuado abarcativo del tipo penal sub examine...", aspecto éste no cuestionado por la defensa. De lo que se sigue que no se da el agravio planteado, es decir, no hay indeterminación del hecho imputado, sino que se trata de un delito continuado, es decir existe una multiplicidad de hechos interdependientes, provocados por el misma conducta del autor, que se reiteran en el mismo espacio de tiempo, en el mismo ámbito y con la misma víctima, afectando el mismo bien jurídico en todas las oportunidades. En cuanto al aspecto subjetivo, nos encontramos con un único propósito delictual, decisión única aunque aumente cuantitativa y cualitativamente la intensidad de la afectación de bien jurídicamente tutelado. Esto se traduce, como bien se señala en la sentencia, en un

mayor contenido de injusto respecto de la misma conducta típica que debe ser evaluado y sopesado al momento de la determinación de la sanción. Por tal motivo entiendo que este agravio no se ha configurado.

El segundo agravio se refiere a una doble valoración que habría realizado el sentenciante al considerar las lesiones físicas sufridas por el niño, tanto para calificar el hecho, como para graduar la pena. Refiere que las lesiones forman parte del tipo penal, y no pueden luego considerarse a efectos de agravar la pena, argumentación que también fue ensayada ante el Tribunal de Juicio.

Considero, y así lo propongo, que este agravio también se rechace por no producirse la afectación alegada. La sentencia es clara en este punto y dice "...contestando la crítica formulada por la Defensa, tengo en cuenta que el resultado inmediato de todo abuso sexual es un daño al órgano penetrado, en el caso el ano de un menor de edad, pero para agravar el quantum punitivo tengo por acreditado que aquel ataque a la sexualidad crónico se tradujo en problemas fisiológicos, ya que es al día hoy que J. no puede controlar esfínteres, operando, entonces, dicha anormalidad en la funcionalidad orgánica como consecuencia directa del delito y consecuentemente, debe justipreciarse como agravante...", a ello se agrega el impacto en la psiquis del joven, la afectación negativa en su cotidianidad, su área cognitiva, sus intentos

suicidas, todo lo cual fue debidamente acreditado y ponderado. En este sentido Patricia Ziffer –“Lineamientos de la determinación de la pena”, pag. 131-, señaló “...en muchos supuestos las circunstancias del hecho ya constituyen el fundamento del propio tipo penal. En ese caso, la prohibición de la doble valoración impide que esa característica del hecho se tenga en cuenta nuevamente. En cambio, sí es posible -y necesario- tomar en cuenta la intensidad con que esa circunstancia se manifiesta en el hecho. Por ejemplo, sería inadmisibles agravar un robo por haberse empleado violencia contra la víctima, pero sí podría considerarse el grado de violencia utilizado... La explicitación de los fundamentos subyacentes a la previsión de una u otra circunstancia dentro de los tipos será diferente según cuál sea el bien jurídico comprometido, pues la elección de una u otra forma de protección responde a valoraciones del legislador que difieren según cuál sea el ámbito de intereses en juego”. En similar sentido se ha expedido Abel Fleming y Pablo López Viñals en “Las Penas”, pag.374. En el presente caso, la reiteración en el tiempo de la conducta abusiva, ha provocado lesiones, que exceden las propias del tipo penal “afectando a la víctima hasta llegar a niveles incompatibles con un bienestar mínimo”, lo cual, como correctamente se señala en la sentencia, más específicamente en el párrafo transcripto, han sido merituadas para agravar la pena.

Finalmente, como tercer agravio la defensa señala que si bien el Tribunal de Juicio no tuvo por acreditada la “convivencia preexistente” al momento de establecer la responsabilidad penal y calificar con mayor gravedad el hecho, si la consideró para agravar la pena, lo que está a su modo de ver expresamente vedado.-

En este caso, al igual que en los anteriores, considero, y así lo propongo, que el agravio alegado no se verifica. Tal como lo refirió la Fiscalía, el sentenciante no habló de convivencia preexistente, sino que lo que se consideró para agravar el monto de la pena, es la confianza otorgada por la familia de J. a A., que se expresaba en hechos concretos debidamente acreditados, tales como dejar al niño al cuidado del imputado cuando este estaba en Neuquén, en el domicilio de la víctima y que fue aprovechada para perpetrar los ataques sexuales.

En síntesis, puede decirse que la sentencia tiene un razonamiento integrado, en el cual se conectan el hecho y las pruebas aportadas para concluir en la necesaria proporcionalidad de la pena al hecho imputado. No se ha constatado una fractura en el razonamiento lógico derivando en conclusiones contradictorias o inconciliables con las probanzas de esta etapa procesal. No alcanza la crítica ensayada por el impugnante, la que sólo puede considerarse como una opinión discrepante

sobre el monto de la pena impuesta, que de ningún modo fulmina la coherencia de la motivación en la que se sostuvo el fallo.

Por las razones expuestas, considero corresponde confirmar la sentencia impugnada por no constatar los agravios expresados por la defensa.

El **Dr. Alfredo Elosu Larumbe**, manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La **Dra. Liliana Deiub**, expresó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

**TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?**

La **Dra. Gladys Mabel Folone**, dijo: Por tratarse de un recurso ordinario y a fin de no menoscabar el derecho al recurso del imputado considero que debe eximirse de costas al impugnante.

El **Dr. Alfredo Elosu Larumbe**, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La **Dra. Liliana B. Deiub**, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

Finalmente el Tribunal de Impugnación por unanimidad, y dejando constancia que la Dra. Deiub no firma la presente por encontrarse en uso de licencia.

**RESUELVE:**

**I.- DECLARAR la ADMISIBILIDAD FORMAL** de la impugnación deducida por la Defensa (arts. 233, 236 y 238 del CPP).-

**II.- NO HACER LUGAR** a la impugnación ordinaria deducida, por no constatarse los agravios alegados, **CONFIRMANDO** en consecuencia la sentencia de fecha 2 de junio de dos mil quince, dictada por el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Carina Alvarez, Daniel Varessio y Fernando J. Zvilling, por la **que se impone la pena de nueve años de prisión de cumplimiento efectivo** con más inhabilitación absoluta por igual termino art.12 CP., a **C. A. A.**, de demás circunstancias personales consignadas, como autor material y penalmente responsable del delito de **Abuso sexual con acceso carnal continuado** (arts. 119 3° párrafo y 45 del Código Penal) en perjuicio de J. I. V. L., perpetrado en fecha indeterminada desde el año 2003 al 2007 en más de oportunidades.-

**III.- EXIMIR DE COSTAS** a la Defensa por el trámite derivado de la impugnación de la sentencia.-

**IV.-** Déjase constancia que la Dra. Deiub no firma la presente por encontrarse en uso de licencia.

**V.-** Remitir el presente pronunciamiento a la Oficina Judicial para su registración y notificaciones pertinentes.-

Dra. Gladys Folone

Juez

Dr. Alfredo Elosu Larumbe

Juez

**Reg. Sentencia N° 53 T° IV Fs. 691/699 Año 2015.-**