

**SENTENCIA N° tres /2016.** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **doce días del mes de febrero de dos mil dieciséis**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por los **Dres. Richard Trincheri, Alejandro Cabral y Mario Rodríguez Gómez**, presididos por el último de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial **"G., H. E. S/ABUSO SEXUAL"**, identificado como legajo **MPFNQ 20487 Año 2014** seguido contra **H. E. G.**, D.N.I.-....., de nacionalidad ....., de estado civil ....., nacido el ... de ..... de ....., de ocupación jubilado, hijo de H. R. y de R. del C. C., domiciliado en ..... de la ciudad de .....

**ANTECEDENTES:**

A) Por sentencia N° 182/2015 dictada el dieciocho de agosto de dos mil quince, el Tribunal de Juicio integrado por las Dras. Carina Beatriz Álvarez y María Gagliano y el Dr. Andrés Repetto en calidad de subrogante, por unanimidad, resolvió declarar culpable al precitado H. E. G., como autor material y penalmente responsable del delito de Abuso Sexual Simple - cinco (5) hechos- agravado por su condición de ascendiente y por haberlo consumado aprovechando la situación de convivencia preexistente con las víctimas menores de

dieciocho años de edad, en concurso real (arts. 119 primero, quinto y cuarto párrafos inc. b y f y 55 del Código Penal), perpetrados en perjuicio de T. G., M. A. e I. A., todas de apellido G., en base a las consideraciones expuestas, con costas (art.268 CPP); mientras que por sentencia dictada el dieciocho de noviembre de 2015, también por unanimidad, se resolvió imponer al nombrado una pena de cinco (5) años y seis (6) meses de prisión de efectivo cumplimiento e inhabilitación absoluta por igual termino (art.12 del C.P), además de disponerse como medida de coerción la presentación del nombrado semanalmente en la comisaría del radio del domicilio denunciado y la prohibición de salir del país hasta que quede firme la presente condena (art.2 y 3 del C.P.P.).

B) La Querrela particular interpuso recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del CPP) contra ambas sentencias. El Dr. Pablo Gutiérrez cuestiona la calificación legal dada a algunos de los hechos por los que fuera condenado G. (de los que fuera víctima T. G. G.) y también impugna el monto de la pena impuesta, considerando que el Tribunal de Juicio incurrió en arbitrariedad y en absurda apreciación de las pruebas producidas en el juicio, respectivamente.

El impugnante transcribe parte de la sentencia de responsabilidad, concretamente en la que el vocal ponente descarta la aplicación del segundo párrafo del art.119 del Código Penal. A continuación la querella cita declaraciones de T. G. G. en el juicio, en donde describe algunos de los ataques sexuales de parte de su padre, concluyendo el impugnante que, al contrario de lo resuelto, la conducta de G. encuadra en la comisión del delito de Abuso Sexual Gravemente Ultrajante, registrándose la duración en el tiempo exigida por el tipo aludido y también las circunstancias que tienen como fin esa figura legal. Cita doctrina y jurisprudencia en su apoyo.

En relación a la pena impuesta, el acusador particular señala que solicitó dieciocho (18) años de prisión, considerando agravantes la naturaleza de la acción y de los medios empleados, la extensión del daño y del peligro causado y la peligrosidad del imputado, en tanto que valoró como atenuante el no registro de antecedentes condenatorios. En cuanto a las dos primeras pautas, el Dr. Gutiérrez califica al imputado como un "depredador sexual" habida cuenta que fueron víctimas sus hijas y también otras personas (otra hija suya, una prima, una amiga de las víctimas e incluso la madre de las damnificadas) que no accionaron pero declararon en el

juicio. Señaló también que si el Tribunal no tipificó el ataque a sexual a T. como gravemente ultrajante entonces debió merituar la naturaleza de esos hechos en la determinación de la pena, lo cual tampoco hizo. En referencia a la extensión del daño y el peligro causado, la parte impugnante recordó lo aducido en el respectivo juicio de cesura: todas las dificultades por las que atravesaron y atraviesan las hermanas sometidas sexualmente por el progenitor a consecuencia de estos hechos. También alude el querellante particular a la peligrosidad de G., principalmente por la cantidad de personas que sufrieron su accionar además de las tres víctimas.

Al criticar la valoración realizada en la sentencia de imposición de pena, el impugnante resalta que la magistrada autora del voto al que adhieran sus colegas sólo consideró acreditado la extensión del daño ocasionado por el ilícito reprochado pero expresó que no correspondía valorar ninguna de las restantes circunstancias alegadas por los acusadores. La jueza remarcó las graves consecuencias sufridas por las víctimas pero sin embargo, expresa el impugnante, al momento de cuantificar la pena (con un máximo de 50 años, dada la cantidad de hechos probados) optó por imponer una cantidad de años apenas superior al mínimo (que es de 3 años de prisión), todo lo cual es considerado en el escrito como

ilógico y violatorio de los principios de culpabilidad, proporcionalidad y finalidad de la pena. También cuestiona la parte que la Dra. Álvarez no haya distinguido la mayor entidad de los hechos sufridos por T. (algo que su colega el Dr. Repetto reconoció en la sentencia de responsabilidad) como asimismo que no atendió los argumentos relacionados a la peligrosidad de G..

Finalmente rechaza el calificativo de "irresponsable" dedicado por la magistrada a los acusadores por el monto de pena requerido. En el petitorio, solicita se anule la sentencia y se imponga dieciocho años de prisión a H. E. G., haciendo reserva del caso federal.

C) La fiscalía también interpuso impugnación aunque limita la misma al monto de pena impuesta, considerando existentes arbitrariedad y absurda valoración de las pruebas producidas en la audiencia de cesura, la cual sintetizó en el escrito que se describe, coincidiendo en líneas generales con la querrela particular (agregando otros argumentos, como por ejemplo la profesión de G.) recordando que peticionó la imposición de una pena de quince (15) años de prisión.

El Dr. Patti se explaya en sus críticas al voto de la Dra. Álvarez, en consonancia con la impugnación del querellante, resaltando la contradicción

que desde su punto de vista existe entre la gravedad que la jueza observa en la conducta de G. y el monto de pena impuesto, debiéndose nulificar el quantum establecido en la sentencia que impugna e imponerse la pena de quince (15) años de prisión, conforme lo peticionara oportunamente.

D) Celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP, el uno de febrero de dos mil dieciséis, intervinieron en la misma además de los Dres. Pablo Gutiérrez y Rómulo Patti, el Dr. Claudio Raúl Romero, defensor de H. E. G., también presente en la audiencia.

En primer lugar hizo uso de la palabra el querellante particular. En general expresó con detalle lo adelantado por escrito, ya descripto precedentemente. Puso énfasis en demostrar que los hechos sufridos por T. G. encuadran legalmente en el denominado abuso sexual gravemente ultrajante. Para ello leyó la parte pertinente de la sentencia de responsabilidad que contiene la descripción de tales eventos dañosos, luego analizó críticamente el voto del juez Repetto, da lectura textual a la declaración de la víctima anotada en la sentencia y también a lo expuesto por la joven en el juicio, la cual se encuentra videofilmada. Finalmente cita a Donna, Gavier y pronunciamientos jurisprudenciales de la Cámara Nacional de

Casación y el fallo "Zeballos" del Colegio de Jueces local (año 2015).

En relación al restante agravio reitera los fundamentos asentados más arriba. Así, resalta que debe tenerse en cuenta que la hija menor de G. también develó en el juicio haber sido víctima de acciones similares a las de sus hermanas, sólo que no se ha accionado penalmente aún, como asimismo también surgieron otras damnificadas como una prima y una amiga de una de las hermanas G. abusadas. Señala el letrado que sino se tipificó como abuso sexual gravemente ultrajante, al analizarse la naturaleza de la acción, debió imponerse una pena mayor. La magistrada Álvarez, en la visión del querellante, sólo atendió la extensión del daño pero, además, no analizó en forma separada los argumentos de los acusadores sino que hizo un tratamiento global como si no se observaran diferencias entre una y otra posición las cuales existieron. Por último remarcó que encontró como pautas atenuantes la falta de antecedentes condenatorios y que el imputado estuvo siempre a derecho.

A su turno, el Sr. Fiscal se explayó sobre el agravio ya adelantado en cuanto considera escaso el monto de pena impuesto. Manifiesta que carece de sentido común el quantum escogido por los magistrados, en tanto la Dra. Álvarez en su voto por un lado destaca la magnitud de

los hechos, lo cual quedaría acentuado en la pretensión punitiva, pero luego recrimina a los acusadores solicitar penas altas creadoras de falsas expectativas en las víctimas e impone una pena que supera en poco al mínimo dentro de una escala penal de tres a cincuenta años de prisión. El fiscal reitera apreciaciones vertidas en su escrito, aludiendo a que necesariamente debe ponderarse la situación de padre de familia de G. y su condición de profesor de patín. También la manera furtiva en que se cometieron los hechos, reiterando que la magistrada mencionada se extendió en describir los daños ocasionados a las víctimas pero luego no lo volcó cuando cuantificó la pena a la cual adhirieron sus colegas. Finaliza el Dr. Patti citando a Patricia Ziffer, concretamente en cuanto destaca la autora la importancia que reviste en la graduación de la pena la forma en que se manifiesta el hecho reprochado, por resultar el punto de partida más evidente.

Otorgada la palabra en último término a la defensa sostuvo, en síntesis, que la sentencia se encuentra fundada y que debe mantenerse incólume. Que los acusadores disientan con la pena impuesta no significa que la decisión judicial atacada carezca de sentido común. Hizo el Dr. Romero una apreciación personal del rol del Ministerio Público desde el punto de vista constitucional y

de la Corte Suprema de Justicia a través de un fallo en los cuales fue parte la AFIP. También particulariza sobre la denominada "justicia mediática". Advierte sobre la importancia que se da a la versión de la víctima en este tipo de hechos ("a versión de la víctima relevo de pruebas"). En este contexto el defensor considera ajustado a la realidad la consideración que la jueza Álvarez efectuó sobre las falsas exceptivas que despiertan en las víctimas las pretensiones punitivas de los acusadores, reiterando finalmente su total acuerdo con la sentencia impugnada peticionando que no sea modificada.

Dada la última palabra al Sr. H. E. G. expresó que no tiene nada que manifestar.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el **Dr. Richard Trincheri**, luego el **Dr. Mario Rodríguez Gómez** y finalmente, el **Dr. Alejandro Cabral**.

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

**PRIMERA: ¿Es formalmente admisible la impugnación interpuesta por las partes acusadoras?.**

El **Dr. Richard Trincheri**, dijo:

Considerando que las impugnaciones deducidas contra las sentencias por las partes acusadoras (la querrela particular la de responsabilidad y también la cesura mientras que la fiscalía sólo la segunda) fueron interpuestas en tiempo y forma, por las partes legitimadas subjetivamente, contra decisiones que son impugnables desde el plano objetivo, y que además no hubo oposición de la contraparte, corresponde su tratamiento. MI VOTO.

El **Dr. Mario Rodríguez Gómez**, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el colega preopinante, adhiero a sus conclusiones. ASI VOTO.

El **Dr. Alejandro Cabral**, manifestó: Por coincidir con los fundamentos dados por quien iniciara la votación me pronuncio en igual sentido. ES MI VOTO.

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

El **Dr. Richard Trincheri**, dijo:

Habré de adelantar que, habiendo analizado integralmente la evidencia señalada por las partes en la audiencia de impugnación, los agravios expuestos por la querrela particular prosperarán y, por ende, la respuesta afectará favorablemente también la posición del Ministerio Público Fiscal.

Habiendo descripto suficientemente las impugnaciones registradas, corresponde hacer lo propio con

la sentencia emitida por el Tribunal de Juicio cuando determinó la responsabilidad de H. G. y también, aunque con posterioridad, la que impuso la pena, en las partes que directamente se relacionan con las impugnaciones de mención.

El Tribunal tuvo por acreditados dos (2) hechos en perjuicio de T. G. los cuales fueron calificados como abusos sexuales simples (art.119 primer párrafo) con los agravantes referidos al vínculo con G. (el ascendiente) y por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente por ser menores las víctimas.

Dice el voto del magistrado al que siguieron sin agregados los dos restantes: "...En perjuicio de **T. G. G.** se acreditó que en fecha incierta, pero cuando la nombrada contaba con diez u once años de edad, el imputado abusó sexualmente de ella en dos oportunidades. El primer ataque se produjo mientras los miembros de la familia dormían, y consistió en que el imputado se acostó a su lado en la cama cucheta de arriba, acariciándole sus partes pudendas, besándola en la boca utilizando la lengua, recostarse sobre el cuerpo de la niña realizando movimientos de neto contenido sexual, encontrándose el imputado sin ropa, y apoyando la mano de la niña en su pene. Esta acción fue llevada a cabo en horas



ponente: "...La calificante del segundo párrafo del Art. 119 del C.P. -esto abuso sexual gravemente ultrajante en perjuicio de Talía Gretel Gotardi-, a mi modo de ver no ha sido probada por los acusadores más allá de toda duda razonable. No pasamos por alto que cualquier acto de abuso sexual comporta un sometimiento para la víctima por tratarse un acto contrario a su voluntad, como también un ultraje a su dignidad e integridad. Sin perjuicio de ello, este tipo penal agravado del abuso se distingue por la modalidad en función de la duración o circunstancias de realización de ese abuso, lo que no se acredita en el caso, puesto que ni la Fiscalía, ni la Querrela, han probado ese sometimiento gravemente ultrajante que requiere la figura sub examine. Si bien la realización de lo que se denomina cunilingus resulta un sometimiento sexual más grave que un tocamiento de las partes pudendas, éste constituirá un acto gravemente ultrajante en la medida en que se acrediten los extremos que requieren el tipo penal, lo que en el caso no se ha probado..." .

La arbitrariedad aducida por la parte acusadora particular en su impugnación se observa nítidamente y en dos niveles distintos: en la materialidad objetiva y en la subsunción jurídica de los casos juzgados, todo lo cual obviamente mutara la cuantía de pena a imponer. En principio, al cabo de recurrir este Tribunal a

los registros fílmicos se comprobó rápidamente que la sentencia puesta en crisis hace un marcado recorte de lo testimoniado por la joven víctima y omite referirse a ello cuando tales partes de la declaración no valoradas por el voto rector revisten de una importancia capital, desde lo fáctico pero también, como se verá más adelante, desde el plano jurídico pues incide en forma dirimente en la tipificación de la conducta de Gotardi.

En referencia al primero de los hechos que el Tribunal de Juicio tuvo por probado, Talía Gretel además de lo asentado en la pieza impugnada, relató que hechos como el que describió volvieron a cometerse muchas noches más, durante mucho tiempo, prácticamente hasta séptimo grado, a veces todas las noches y otras veces no todas las noches (video 6, minuto 6:56). También la sentencia quita una secuencia muy importante del segundo de los sucesos que consideró acontecidos: Talía Gretel - además de lo transcrito por la sentencia- dijo que luego de pasarle "la lengua en la cola por un rato" (video 6 minuto 7:45), su padre la llevó a la cama cucheta y le siguió haciendo lo mismo para recién luego subirle la ropa, llevarla a la cama matrimonial y hacerle lo mismo "por un rato largo" (8:14).

Pero hubo otro recorte, tal vez más importante aún porque la omisión fue en este caso total,

respecto a lo vertido por la joven en el juicio e ignorado en la sentencia: además de los dos hechos anteriores, y de relatar que ello se repitió prácticamente hasta séptimo grado, mencionó el acaecido en Córdoba pero inmediatamente describió otro: según surge del video sería el último de los abusos que sufrió de su padre "siendo niña" (minuto 10:20). Contó que su padre se subió arriba de ella e intentó penetrarla con su pene, que ella cerró las piernas y entonces él quiso meterle un dedo lo cual le produjo un gran dolor que la llevó a gritar "no"! (10:45) pegándole una patada y retirándose el agresor. Como nota de referencia, la joven expuso en el juicio que al día siguiente de este último hecho su padre la encontró cerca de su casa y la llevó en su auto a un lugar en el que no había nadie e intentó justificar su accionar además de prometerle que no le haría nada similar a sus hermanas ni a ella tampoco.

Aunque posteriormente volveré sobre la cuestión fáctica, corresponde ahora hacer una suerte de introito y adelanto sobre la calificación legal realizada, estrictamente en lo que ha sido materia de impugnación. Conforme se transcribió más arriba se descartó la aplicación de la figura legal "abuso sexual gravemente ultrajante" (art.119 segundo párrafo del Código Penal).

Sabido es que la cuestión de los delitos sexuales fue modificada sustancialmente en 1.999

(Ley 25.087), en donde aparece por primera vez en el Código Penal la figura del Abuso Sexual Gravemente Ultrajante (art.119 segundo párrafo del Código Penal). Cualquier fuente adecuada que se consulte nos dirá que la reforma se imponía por varios motivos, partiendo de la denominación del bien jurídico protegido (desde 1922 se llamaba "honestidad") y pueden mencionarse otros (por ejemplo el desusado "estupro fraudulento" del ex art.121 CP) pero, a no dudarlo, la principal razón estaba dada en atender la disconformidad de la ciudadanía con la jurisprudencia, en cuanto (por gran mayoría) se consideraba "abuso deshonesto" (hoy sería "abuso sexual simple") ataques sexuales significativos por su importancia, largamente más ofensivos que un simple tocamiento, siendo el más notorio de ellos la denominada fellatio in ore o sexo oral, lo cual algunos escasos fallos (inspirándose en las solitarias y antiguas enseñanzas de Fontán Balestra) se atrevieron a encuadrarlos como "violación" (hoy, o mejor a partir de 1.999, "abuso sexual con acceso carnal"). Más allá que la solución pretendida ("cualquier vía" del tercer párrafo del actual art.119 CP) parece no haber llegado, esto a la luz de como siguió el tema en doctrina y jurisprudencia, lo que debe quedar claro (y por su directa relación con los hechos que analizamos) es que aquellos hechos más ultrajantes que los simples tocamientos no tenían expresa recepción legal. Para

ejemplificar se puede anotar el empalamiento, el cunnilingus, la introducción de dedos u otros objetos en vagina o ano, los tocamientos en zonas de significado sexual que por alguna razón (temporal o por características de realización) superaban el encasillamiento en abuso deshonesto (hoy abuso sexual simple).

Del análisis del tratamiento legislativo previo a la sanción de la Ley 25.087 se desprende que existió una intención exagerada (al menos en Diputados) en cuanto intentaban equiparar aquellos actos ultrajantes con el acceso carnal mismo. Ello surge claramente de la lectura del Diario de Sesiones De La Cámara de Diputados (pag.422) como lo advierte Gavier transcribiendo parte de dicho Diario: "la concepción de la acción es más amplia que en el Código actual ya que permite incriminar como violación a todo tipo de penetración incluyendo casos como la fellatio in ore y la penetración anal, situaciones de ultraje grave que no lleguen a la penetración como cunnilingus, la utilización de otros instrumentos que no sea el órgano sexual masculino, el sometimiento violento y prolongado que no culmine en la penetración..." ("Delitos Contra la Integridad Sexual", Marcos Lerner, edición 2000, pag.33/34). El mismo autor dice que no obstante lo antedicho resulta claro el criterio de abarcar estos ataques sexuales degradantes en el segundo

párrafo del artículo 119 del Código Penal, salvo claro está la penetración anal que tipificará en el tercer párrafo (obra citada pag.34). Persistirá la polémica por la fellatio in ore pero ello no nos incumbe esta vez.

Más allá de lo dificultoso que resulta definir "Sometimiento Gravemente Ultrajante" (D'Alessio Andrés, "Código Penal De La Nación" comentado y anotado, La Ley, Tomo II pag.239, edición 2011), hay acuerdo general en dos aspectos: la "duración en el tiempo" está dirigida a contemplar casos en que el acto dura más tiempo del normal requerido para la realización de la conducta abusiva, o que se trate de una modalidad reiterada o continuada a través del tiempo y "las circunstancias de realización" prevé la realización de un acto único que resulte altamente dañoso para el sujeto pasivo, sea por el carácter degradante de la conducta o por el peligro que ella trae aparejada para la víctima (Donna Edgardo, "Derecho Penal Parte Especial" Tomo I, Rubinzal Culzoni, p.550/51, edición 2008). También hay coincidencia entre los autores a la hora de ejemplificar y solamente para trazar paralelos con los actos que analizamos, concretamente introducción de dedos o lengua en la vagina o en el ano: Buompadre Jorge, ("Derecho Penal Parte Especial" Tomo I, Mave, edición 2000, p.371), Donna (obra citada p.554, donde coincide con Gavier), D'Alessio, (obra citada p.240).

En igual sentido a lo que se viene reseñando se ha pronunciado la jurisprudencia, lo cual ha sido correctamente ilustrado por el querellante particular en su impugnación.

Ingresando de lleno en la resolución de la impugnación, recuerdo las omisiones en las que incurrió la sentencia desde lo fáctico: sobre el primer hecho ignoró que la víctima afirmó que se repitieron esos ataques muchas veces más hasta séptimo grado, a veces todas las noches a veces no todas las noches. Respecto del segundo hecho hace un recorte importante y tergiversa sobre el final algo significativo también para el plano jurídico. La sentencia ignora asentar que Gotardi antes de llevar a Talía Gretel a la cama matrimonial la llevó a la cama cucheta donde según la joven le siguió haciendo lo mismo y, la tergiversación, está dada en que la sentencia expresa que en la cama matrimonial Gotardi siguió con los "manoseos" mientras que la joven dijo que en ese sitio su padre volvió a hacerle lo mismo por un rato largo (obviamente esto incluye los besos en la cola). Además, hay que sumar que el Tribunal no dice absolutamente nada sobre el tercero de los hechos que relató la damnificada en el juicio: según ella el último ultraje sufrido siendo niña, en donde su padre intentó introducirle el pene y como ella se opuso y cerró las piernas quiso introducirle un dedo, lo cual le produjo gran

dolor gritando y pegándole una patada a su progenitor que se retiró.

Sin dudas que es arbitrario todo este proceder del juez votante que vengo relatando. Por supuesto que como magistrado del juicio es (junto a sus colegas) el autorizado para percibir y valorar la prueba producida en el debate, pero tan excelsa facultad también le acarrea obligaciones, entre ellas, explicar razonadamente porqué ignora partes sustanciales del principal testimonio recibido. Es arbitrario asentar solamente "manoseos" cuando existieron también besos en partes de significado sexual; igual cuando se ignora todo un pasaje por una cama cucheta en la cual según la joven su padre le repitió "lo mismo" (además de tocamientos besos en la cola); también cuando no se valora que mediando intento de introducción de dedos luego de intentar penetrarla con el pene la víctima se libera de una patada de su agresor y, por supuesto, es arbitrario ignorar que Talia Gretel expresó que esos ataques siguieron prácticamente hasta séptimo grado de lo cual lógicamente se deduce que está diciendo cual fue el ámbito temporal en que se cometieron los hechos y el lugar. Las características de los mismos también las había descripto suficientemente. Y si la cuestión pasa por una cuestión de credibilidad, también debe explicar el

magistrado los motivos por los cuales descrea de la testigo. Nada de todo esto surge del voto criticado.

En lo atinente a la calificación legal, conforme transcribí más arriba, la sentencia impugnada rechaza el encasillamiento pretendido por los acusadores pero tampoco explica razonadamente porqué. Lo que se lee son un par de afirmaciones dogmáticas, que explican desde el plano legal cuando se registra la existencia del tipo legal alegado y que en los casos juzgados no se daría, pero no se observa siquiera una línea en la que se haga referencia a la entidad de los actos que se tuvieron por probados y por qué no encuadran en la figura agravada, salvo la alusión al denominado cunnilingus, en donde tampoco se explica cuales serían "los extremos que requieren el tipo penal" y que no se habrían probado. No se advierte que, como se dijera más arriba, es por todos aceptado que "circunstancias de realización" se refiere a la realización de un acto único que resulta altamente dañoso para el sujeto pasivo. Si, sólo a título de ejemplo, hay un tocamiento doloso de una vagina se dirá que hay un abuso sexual simple y, al mismo tiempo, no faltarán quienes, si tal tocamiento fue realizado delante de cien personas, sostengan que se trata de un abuso sexual gravemente ultrajante. Ahora bien, estas suposiciones no serían equivalentes si en lugar del tocamiento imaginado se

tratara de un cunnilingus, un empalamiento, una introducción de dedos u otros objetos, una fellatio in ore (esto para los que pensamos que el sexo oral no es acceso carnal), etc.

Entonces, y para concluir con el tratamiento de este primer agravio, aun pasando por alto los yerros advertidos en la sentencia sobre la entidad que tienen determinados ataques sexuales para tipificar como gravemente ultrajante, incluyendo también lo dicho sobre las "circunstancias de realización", se observa que la decisión judicial analizada también omite tratar lo que el tipo legal llama "duración en el tiempo", dirigido esto a contemplar casos en que el acto dura más tiempo del normal requerido para la realización de la conducta abusiva, o que se trate de una modalidad reiterada o continuada a través del tiempo. Como quedó patentizado precedentemente, Talía Gretel se explayó durante cuánto tiempo se prolongaron los ataques sexuales descriptos (aproximadamente dos años). Esta declaración de la joven fue volcada defectuosamente en la sentencia, no ha sido valorada y sin ninguna explicación, lo cual evidencia en forma contundente gran parte de la arbitrariedad observada.

Por todo lo expuesto considero que existieron desaciertos notorios tanto en la percepción directa de los elementos de prueba como asimismo en la

solución jurídica de lo juzgado, todo lo cual deviene en tener por existida la arbitrariedad alegada por el querellante correspondiendo hacer lugar parcialmente a la impugnación. En razón de ello corresponde encuadrar los dos hechos considerados como acreditados por el Tribunal de juicio, y que tuvieron como víctima a Talía Gretel Gotardi, como Abuso Sexual Gravemente Ultrajante reiterado (dos hechos), con los agravantes del vínculo y la convivencia por la condición de entonces menores las víctimas, previsto ello y penado en el artículo 119, párrafos segundo y cuarto incisos b) y f) del Código Penal.

Ahora corresponde dar respuesta al segundo agravio, relativo al monto de pena impuesta, el cual obviamente debe ser considerado con un escenario diferente al existente cuando se resolvió en el juicio de cesura, por cuanto ahora el mínimo a imponer es de ocho (8) años (art.119 cuarto párrafo del Código Penal). Las partes argumentaron en sus impugnaciones, y en la audiencia ante esta Sala, sobre la base del delito de abuso sexual simple y no alegaron en subsidio, es decir, no fundamentaron (pudiéndolo hacer) para el supuesto que se atendiera el primer agravio de la querrela, lo que finalmente ocurrió. Esto trae aparejado una consecuencia: que no se atiendan aquellas pretensiones de los acusadores que están incluidas en el tipo objetivo del abuso sexual gravemente ultrajante

porque debe evitarse la doble valoración y más allá que permanezca sin alteraciones la responsabilidad penal de abuso sexual simple por los hechos que damnificaron a las dos hermanas de Talía Gretel por cuanto ello no ha sido cuestionado.

Considero que la Dra. Álvarez ha dado respuestas justas y suficientes cuando trató la pauta principal a mensurar en esta etapa analizando la situación del condenado Gotardi: la extensión del daño ocasionado a sus hijas. La magistrada con mucha solvencia y claridad ha dado razones valederas en su voto, en cuanto realizó un análisis completo de la prueba recibida y la valoró también razonablemente.

No hay divergencia entre lo resuelto por el Tribunal y la posición de los acusadores respecto a los atenuantes: no registra Gotardi antecedentes condenatorios y siempre estuvo a derecho.

No corresponde en cambio considerar en la mensuración de la pena lo alegado respecto a la peligrosidad del condenado. Sin perjuicio de lo dicho en la sentencia (y también compartido por las partes impugnantes) en relación a que rige un derecho penal de acto y no de autor, lo cierto es que si- como requieren los impugnantes- se ponderara como agravante que Gotardi, además de abusar sexualmente de sus tres hijas por lo cual fue enjuiciado y

condenado, también atacó sexualmente a otras personas entre ellas una hija, estaríamos recorriendo un camino inverso a lo debido: se le estaría aplicando pena previo a la investigación y defensa correspondiente, máxime cuando la propia querrela ha sugerido la posibilidad de accionarse próximamente al menos en el caso de la hija menor del condenado. Tampoco puede tener lugar considerar en el monto de pena a aplicar lo que el penado pueda hacer en el futuro (dada su profesión, como sugiere el fiscal jefe). Claramente la culpabilidad que se le reprocha es por lo que hizo (por ello la pena) y no por lo que podría llegar a hacer.

Atendiendo a todo lo dicho hasta aquí considero ajustado a derecho imponer a Hugo Enrique Gotardi la pena de once (11) años de prisión, de cumplimiento efectivo, más las accesorias legales (art.12 CP) y en relación a todos los hechos por los cuales fuera declarado autor penalmente responsable al cabo del juicio celebrado entre los días 4 y 7 de agosto de 2015. ES MI VOTO.

El **Dr. Mario Rodríguez Gómez,** manifestó: compartiendo los argumentos vertidos por mi colega adhiero a sus conclusiones. MI VOTO.

El **Dr. Alejandro Cabral,** expresó:

Sin perjuicio de compartir casi en su totalidad los argumentos del vocal que emitiera el primer

voto, considero que debo aclarar que en el caso de la menor Talia Gretel surge claramente que en el hecho que ella menciona se encontraba subida a las escaleras, el imputado le bajó el pantalón, la bombacha y le empezó a pasar la lengua por la cola por un rato, la bajo de la escalera y la colocó en la cama de su hermana más chica siguiendo haciendo lo mismo, para posteriormente llevarla a la pieza superior de la casa, y continuó haciendo lo mismo por un largo rato, quedándose ella congelada intentando dormirse para no sentir nada. Este hecho evidentemente configura un abuso sexual gravemente ultrajante por las circunstancias de su realización en cuanto por un rato le practicó sexo oral.

En cuanto a la agravante del segundo párrafo por la "duración" entiendo que se refiere a un hecho que por su duración resulte gravemente ultrajante, no a los distintos actos que se repitieron en el tiempo, los que en su caso pueden llegar a constituir un concurso real o, en su caso, un delito continuado.

Por tal razón, es que considero que se da la agravante de "gravemente ultrajante" por las circunstancias de su realización en relación a la menor Talia Gretel respecto del hecho que mencionara de "cunninlinguis", el que comenzara cuando se encontraba en la escalera y termina en el dormitorio matrimonial.

No así la agravante referida a la "duración", la que atento la repetición de actos entiendo pudo constituir un concurso real o, más bien, un delito continuado respecto de dicha menor, por cuanto tal como lo describe la doctrina existió una unidad de resolución que se ejecuta mediante distintos hechos, que no son más que la unidad de esa única decisión; pluralidad de acciones homogéneas, siendo que las distintas acciones presentan una semejanza sustancial, en cuanto dependen de una misma resolución renovada en cada una de ellas; identidad de lesión jurídica, debiendo ser las acciones dependientes unas de las otras y objeto de un único disvalor jurídico; unidad de sujeto pasivo; cierta conexión temporal y espacial; y el aprovechamiento de la misma situación o relaciones (Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, David Baigún, Eugenio Zaffaroni T. 2 A, pág. 606/615, 2ª edición 2007, Ed. Hammurabi).

Sin perjuicio de ello y atento la cantidad de víctimas, la extensión del daño provocado a cada una de ellas, y el abuso sexual gravemente ultrajante respecto de la menor Talia Gretel, considero por las restantes agravantes mencionadas en la sentencia de imposición de pena y en el voto del Dr. Trincheri, ajustado

a derecho imponer la pena que propone de ONCE (11) AÑOS DE PRISIÓN. ASI VOTO.

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

El Dr. Richard Trincheri, dijo:

Atento el resultado de la impugnación debe eximirse de costas a los impugnantes e imponerlas al imputado. ES MI VOTO.

El Dr. Mario Rodríguez Gómez, manifestó: adhiero a la solución propuesta por el colega que me antecede en la votación. MI VOTO.

El Dr. Alejandro Cabral, expresó: comparto la solución expresada de imponer las costas al vencido. ASI VOTO

Por todo lo hasta aquí expuesto, el Tribunal de Impugnación,

**RESUELVE:**

I.- **DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL** de las impugnaciones deducidas por la querella particular y el Ministerio Público Fiscal (art.233, 237, 240 y 241 del CPP).

II.- **HACER LUGAR** a la impugnación ordinaria deducida por la querella particular, y calificar legalmente la conducta de **Hugo Enrique Gotardi**, de demás circunstancias personales obrantes en el legajo, como autor

material y penalmente responsable del delito de **Abuso Sexual Gravemente Ultrajante reiterado (dos hechos)**, agravado por el vínculo y por el aprovechamiento de la convivencia preexistente por la condición de menor de la víctima, en perjuicio de su hija **Talía Gretel Gotardi**, ya filiada en el legajo, cometidos en fecha indeterminada pero cuando la víctima contaba entre 10 y 12 años en la vivienda ubicada en Barrio Unión, calle Santa Fe, casa 98 de Senillosa (art. 119 segundo párrafo y cuarto párrafo incisos b y f del Código Penal), **revocándose parcialmente la sentencia** dictada el día 18 de agosto de 2015 (art.246 del CPP).

III.- **HACER LUGAR PARCIALMENTE** a las impugnaciones interpuestas por la querrela particular y el Ministerio Público Fiscal e **IMPONER** al nombrado **Hugo Enrique Gotardi** la pena de **ONCE (11) años de prisión de cumplimiento efectivo** e inhabilitación absoluta por igual tiempo (art.12 del Código Penal), por haber sido declarado autor material y penalmente responsable de los delitos de **Abuso Sexual Gravemente Ultrajante reiterado (dos hechos)**, en concurso real con **Abuso Sexual Simple reiterado (tres hechos)**, cometidos en perjuicio de sus hijas Talía Gretel Gotardi, Ivana Antonella Gotardi y Micaela Ayelen Gotardi, respectivamente, **agravados por el vínculo y por la convivencia preexistente con las víctimas menores** (art. 119

segundo párrafo, cuarto párrafo incisos b y f y art.119 primer párrafo e incisos b y f del cuarto párrafo y artículo 55 del Código Penal), hechos por los cuales fuera juzgado los días 4,5,6 y 7 de agosto de 2015, **revocándose la sentencia del día 18 de noviembre de 2015** (art.246 CPP).

IV.- **EXIMIR DE COSTAS** a los impugnantes por el trámite derivado de la impugnación de la sentencia, correspondiendo su **imposición** al imputado (art.268 CPP).-

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

Dr. Richard Trinchero

Juez

Dr. Mario Rodríguez Gómez

Juez

Dr. Alejandro Cabral

Juez

Reg. Sentencia N° 03 T° I Fs. 49/63 Año 2016.-