

SENTENCIA N° setenta /2018.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **doce días del mes de octubre de dos mil dieciocho**, se constituye el Tribunal de Impugnación conformado por los Sres. Jueces, **Dres. Fernando Zvilling, Alejandro Cabral y Héctor Rimaro**, siendo que el primero de los nombrados presidió la audiencia, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el Legajo MPFNQ 57.211 Año 2015, proveniente del Juzgado Penal del Niño y del Adolescente N° 1 de la ciudad de Neuquén, "H., J. M. S/ABUSO SEXUAL AGRAVADO", seguido contra el imputado J. M. H., DNI: .....

La audiencia prevista por el art. 245 del CPP se llevó a cabo el día 26 de septiembre de 2018 e intervino por la Defensa del imputado, el Dr. Raúl López y la Dra. Mariela Borgia, encontrándose presente también su defendido, es decir el Sr. H.; y, por la Fiscalía, el Dr. Germán Martín.

**I. ANTECEDENTES:**

Por sentencia de fecha 27 de noviembre de 2017, del registro del Juzgado Penal del Niño y del Adolescente N° 1 de Neuquén, se resolvió declarar a J... M... H.... "*autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual simple por haber sido cometido contra una*





Expresa que la sentencia se funda en prueba indiciaria, describe conductas abusivas con acceso carnal, pero no se pueden precisar las fechas ni años en que ocurrieron tales hechos, por lo que difícilmente lo puedan encuadrar dentro de los 56 días del período que va desde el 4/7/2008 al 31/8/2008. El Juez dice en función del relato de las víctimas, que los hechos pueden haber durado hasta el año 2010. Entiende que de esta manera, el Juez violó el principio de congruencia, pues la responsabilidad del menor se basa en hechos que están por fuera del período imputado. Ni siquiera sabemos cuáles fueron los hechos cometidos en el período de esos 56 días imputados.

Existe una contradictoria valoración de la prueba, porque según el juez estos hechos habrían ocurrido casi todos los días, pero también afirma que el hecho de que el imputado no viviera en la casa o que haya dejado de concurrir un tiempo a dicho domicilio, no tiene importancia. Aclara el defensor que el imputado desde que tenía ocho años no vivía en forma constante en ese domicilio, iba y venía. Aclara que un tiempo estuvo sin ir al domicilio y no sabemos si fue justamente en ese período imputado.

En cuanto a la pena, la Dra. Borgia refirió que la sentencia que la impone es absolutamente

arbitraria, no aplicándose los principios que rigen en el fuero de menores para la imposición de la misma.

En el considerando 3, punto 3.1 pág. 38 de la sentencia de determinación de pena, dice que los requisitos de los arts. 4 y 8 de la ley 22.278 se encuentran cumplidos. Ello no es así, porque aquí solo es aplicable el art. 8 de la ley 22.278. Es decir, que si el proceso se inició una vez que el menor cumplió 18 años, se debe solicitar un informe sobre la conducta del joven. Eso lo hizo la Defensa y la Lic. Mamani, dijo que no era necesario un tratamiento psico-terapéutico respecto del joven. Se pidieron los antecedentes del joven y no tiene ninguno, desde esa fecha hasta el día de hoy, que ya cuenta con 26 años, no posee antecedente condenatorio alguno, ni causa en trámite.

También se solicitó un informe socio-ambiental que realizó la Lic. Dalesson, el que explica que posee actualmente buenos vínculos, que tiene pareja, que se encuentra contenido, que vive con una de sus hijas y con los hijos de su pareja.

Todos estos informes favorables aportados por la defensa fueron desvirtuados por el Juez, quien tomando la declaración del mismo imputado, dijo que no tenía vínculos duraderos, que formó dos parejas y que tiene

un hijo con cada una. El Juez se basa en esto, es decir en el hecho de tener dos hijos con dos parejas distintas, para decir que el imputado no tiene vínculos duraderos. A la Lic. Dalesson se le preguntó si un imputado de abuso sexual necesitaba un tratamiento psicológico, y ella respondió que sí, para trabajar la adaptabilidad sexual del joven, pero no se le preguntó concretamente sobre el imputado. Agrega la Defensa que tampoco la Lic. Dalesson había sido citada al juicio para exponer sobre ello, sino sobre su entorno social. El Juez se toma de esto para decir que el imputado necesita un tratamiento eficaz y desactivador para que no vuelvan a reiterarse las conductas, cita las reglas de Beijing pero no explica en qué consistiría este tratamiento, máxime cuando dispone un encarcelamiento en un lugar de detención donde no existe tratamiento psicológico.

Destaca la Defensa que la Lic. Mamani - quien había sido citada para declarar sobre la necesidad o no de un tratamiento psicológico- había dicho todo lo contrario, expresando que no era necesario un tratamiento psicológico.

También el Juez valora en forma negativa el transcurso el tiempo, lo que llama la atención, porque no hubo ningún tipo de recidiva en estas conductas. A su vez, analiza en forma contraria al imputado el derecho a

permanecer callado, violando lo dispuesto por el art. 18 C.N.

En función de todo ello, y con toda la prueba aportada por la defensa, que da cuenta de la innecesariedad de imponer una pena, es que viene a solicitar en esta instancia que se revoque la sentencia de pena y se absuelva de pena al imputado.

Subsidiariamente, solicita se le imponga una condena de ejecución condicional.

**III.** Luego de ello, **tomó la palabra el fiscal y dijo:** que solicita se declare la inadmisibilidad formal de la impugnación de la sentencia de responsabilidad, ya que la misma fue dictada el día 27/11/17 y en fecha 13/4/18 se hizo la audiencia de admisión de prueba. Aclara que en el fuero de menores para que se haga la audiencia de admisión de prueba para la cesura, es necesario que la responsabilidad quede firme. No se podría iniciar un tratamiento tutelar sin que la responsabilidad penal del menor no haya quedado firme. Reitera que para que exista tratamiento es necesario una declaración de responsabilidad que haya adquirido firmeza. Por todo ello, en el entendimiento que la defensa ya consintió la declaración de responsabilidad, es que solicita se declare inadmisibile la impugnación de la





desde que las víctimas tenían 4 o 5 años y se tomó hasta la fecha en que ellas cumplieron los 9 años, es decir el 31/8/2008. Refiere que los hechos continuaron con posterioridad a ello, pero eso no fue incluido en la sentencia porque no fue materia de la acusación. El juez hizo referencia a ello, que los abusos habían continuado con posterioridad a dicha fecha, pero limitó la responsabilidad a la acusación de la fiscalía. Refiere que el juez sólo hizo una aclaración en este sentido.

Entiende que la sentencia de responsabilidad se encuentra perfectamente fundada en todos y cada uno de los testimonios que se recibieron durante el juicio. En función de ello, solicita se confirme la declaración de responsabilidad del aquí imputado y no se haga lugar a la impugnación.

En cuanto a la pena, quiere aclarar que se le impuso una pena inferior al 5%, ya que por el concurso real de hechos la pena podría llegar a los 98 años y teniendo en cuenta que el máximo de la especie son 50 años, solicitó al Juez le imponga la pena de 5 años en función de la gravedad de los hechos, que fueron cometidos de manera crónica y en forma reiterada. El Juez, sin embargo, le impuso la pena de 4 años y seis meses, es decir por debajo de lo requerido. Citando a la Dra. Mary Beloff,

el fiscal dice que la pena debe guardar proporcionalidad en cuanto circunstancias del delincuente y a la gravedad del hecho imputado, y las necesidades de orden público. La finalidad preponderante debería ser la resocialización orientada a la educación, pero en materia de delitos graves, las finalidades preventivo generales y de carácter retributivo de la pena, parecen estar presentes (pág 119, Beloff y Terragni, Derecho Penal juvenil últimos temas). Sigue diciendo Beloff, que según las reglas de Beijing (17.1,) se debe ponderar la gravedad del hecho, la culpabilidad del hecho, como la necesidad del menor (prevención especial) y la necesidad de la sociedad (prevención general). Concluye el fiscal que esto es lo que debe ponderarse.

Considera en definitiva, que debe ponderarse la gravedad del hecho, el modo de realización, la circunstancia de que sea un delito de abuso sexual, la edad de las víctimas, la modalidad del hecho, la cantidad de hechos, su frecuencia. Dice que todo esto fue valorado en la sentencia. Agrega que el Juez impuso el mínimo reproche que corresponde en relación al acto cometido. Agrega que en el presente se suma el hecho de que no tuvo arrepentimiento, nunca pidió perdón a las víctimas.

Explica a su vez, que la sentencia se encuentra más que fundada en derecho y las normas aplicables al caso.

Por todo ello, solicita que también se rechace la impugnación de la sentencia de pena y, se confirmen ambas sentencias en todas sus partes.

**IV.-** Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el **Dr. Alejandro Cabral**, luego el **Dr. Héctor Rimaro** y, finalmente, el **Dr. Fernando Zvilling**.

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

**PRIMERA: ¿Es formalmente admisible la impugnación ordinaria deducida?.**

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo:

El fiscal se opuso a la impugnación por entender que la misma fue presentada fuera de término. Funda ello en que la sentencia fue en noviembre y la audiencia de prueba fue en el mes de abril y que para poder realizar la cesura, es necesario que esté firme la sentencia de responsabilidad. Dice que ello es así porque en menores no se podría imponer un tratamiento sin que la sentencia de responsabilidad se encuentre firme.

En el presente caso hay que tener un cuenta que los hechos fueron llevados a juicio cuando el imputado ya era mayor de edad, tenía 26 años y por tal razón no tuvo el tratamiento tutelar que establece el art. 4° inc. 3° de la ley 22.278, siendo de aplicación lo dispuesto por el art. 8 de dicha ley, es decir que se suple con un amplio informe sobre su conducta.

Tan es así que el Juez no dispone ningún tratamiento y sólo impone una medida cautelar de no acercamiento a las víctimas, para luego disponer en el punto 4° de la parte resolutive: "***Que a partir de la notificación de la presente sentencia de responsabilidad penal, otórgase cinco (5) días de plazo a las partes, por su orden, para que ofrezcan la prueba de la que intentarán valerse en el juicio sobre la pena***".

De la cita precedente, surge claro que el juez y las partes tenían absolutamente claro que a efectos de realizar el juicio de determinación de pena, no era necesario que estuviera firme la sentencia, tal como sucede en el juicio de mayores (art. 178, segundo párrafo y 179 último párrafo del CPP), donde a su vez se aclara que el plazo para recurrir la sentencia comenzará a partir de la sentencia de pena.

En función de todo ello, considero que la impugnación es formalmente procedente, toda vez que el escrito fue presentado en término, por ante la Oficina Judicial respectiva, por quien se encuentra legitimado para ello; y se trata de una sentencia definitiva y, por ende, de una decisión impugnabile en los términos de los arts. 233, 236 y 239 del Código Procesal Penal. Asimismo, de lo debatido en la audiencia celebrada (art. 245 del CPP), fue posible conocer cómo se configuran los motivos de impugnación aducidos y la solución final que se propone.

Por lo expuesto, considero que el recurso de impugnación deducido debe ser declarado formalmente admisible.

El **Dr. Héctor Rimaro**, dijo: que adhiere al voto del Dr. Cabral, por compartir la respuesta que propone a esta primera cuestión.

El **Dr. Fernando Zvilling**, expresó: que comparte la decisión adoptada por el vocal del primer voto en relación a la admisibilidad de la vía recursiva.

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

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo:









hiciera referencia el Juez, sin que tampoco se advierta que se haya violado el principio de congruencia, tal como lo plantea la defensa.

Un párrafo aparte merece la calificación legal que oportunamente diera el Juez a la conducta del imputado, que si bien no fue objeto de reproche por parte de la defensa, es necesario puntualizar porque aparecen como calificadas, en forma reiterada, distintas modalidades del abuso y que influyen directamente sobre la pena, en función de lo que se menciona del concurso real y de lo que dice el Juez en la sentencia de determinación de pena.

El legislador ha distinguido claramente en el art. 119 del CP tres diferentes modalidades comisivas a las que les impuso distintas escalas penales atendiendo a su gravedad, intensidad y a la afectación del bien jurídico.

Como ya he dicho en el Leg. MPFZA 10.570/14 "G., P. A. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL" con fecha 26/6/15, (sentencia N° 37/15): *"El art. 119 del CP, regula en el primer párrafo el abuso sexual simple de una persona de uno u otro sexo cuando fuere menor de trece años de edad, o mayor de esa edad pero que no pudo consentir libremente dicho acto... Este abuso sexual simple consiste en actos impúdicos de tocamientos, de contactos corporales*

del autor con la víctima o, contactos de objetos con ciertas partes del cuerpo cuando tengan una connotación sexual. El segundo párrafo regula una agravante del primer párrafo, el abuso sexual gravemente ultrajante. La acción típica no se diferencia de la del abuso sexual básico, son actos objetivamente impúdicos realizados bajo alguna de las circunstancias previstas en aquél. Dos son las modalidades con las que puede configurarse este abuso sexual agravado: la duración del mismo o las circunstancias de su realización. El tercer párrafo también agrava la conducta del abuso sexual del primer párrafo si existió acceso carnal por cualquier vía. El abuso sexual con acceso carnal contiene un "plus" de vejamen con respecto al abuso sexual gravemente ultrajante. Así lo ha considerado el legislador cuando fijó escalas penales distintas a ambos supuestos por entenderlos obviamente diferentes, ya que la situación planteada en el tercer párrafo representa una mayor ofensa y menoscabo a la persona. Por ello, esta agravante desplaza a la agravante del segundo párrafo, es decir a la gravemente ultrajante... El cuarto párrafo del art. 119 del CP, agrava los supuestos del abuso sexual gravemente ultrajante o del abuso sexual con acceso carnal, regulados en el segundo y tercer párrafo de dicho artículo. Por

*último, el quinto párrafo agrava las conductas del primer párrafo del art. 119 del CP".*

Por tal razón, entiendo que habiendo intensificado su accionar en distintos tramos de su accionar delictivo continuado, hubiera correspondido calificar la conducta como autor de un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal agravado por su condición de hermano -dos hechos en concurso real-, uno por cada una de las víctimas -Macarena y Mariela- (arts. 119, tercer y cuarto párrafo inc. b), 45 y 55 CP), todo lo cual lo menciono porque ello necesariamente influye sobre la pena a imponer.

En función de todo ello, considero que corresponde confirmar la sentencia de responsabilidad en lo que fuera materia de impugnación.

En cuanto a la pena es importante aclarar que la fiscalía para dicho juicio no ofreció prueba alguna y solamente se refirió a la gravedad de los hechos, su reiteración y a que el imputado no había reconocido su accionar. En función de ello, consideró que debía imponerse una pena de cumplimiento efectivo.

Por su parte, la defensa ofreció: un informe socio-ambiental de la Lic. Dalesson, dando cuenta de los buenos vínculos que había establecido el imputado,

que tiene una pareja estable, que vive con un hijo de ambos y dos hijos de ella, que posee estabilidad emocional; un informe de la Lic. Mamanni, quien refería que el Sr. Hugo no necesitaba un tratamiento psicoterapéutico, que tiene una personalidad normal, no tiene trastornos afectivos y que posee vínculos estables; un informe de antecedentes que da cuenta que no posee antecedente alguno condenatorio; antecedentes laborales de haber trabajado correctamente durante cinco años en la empresa de camiones Fiorasi SA y que actualmente trabaja en una panificadora de manera particular, que mantiene su familia, que tiene un acuerdo sobre cuota alimentaria y régimen de visita con un hijo que tuvo con su anterior pareja. A su vez, acreditó que poseía auto y motocicleta. Todo lo cual entendía la defensa que acreditaba de manera fehaciente que el Sr. Hugo se encontraba encaminado y que no había vuelto a tener ningún problema con la ley.

En función de ello, es que solicitó se lo absuelva de la pena, conforme lo establecido por el art. 4 de la ley 22.278.

Ahora bien, el Juez consideró justo y equitativo imponerle la pena de cuatro años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo. Para ello tomó en cuenta que los abusos habían comenzado antes de que cumpliera los

16 años y que finalizaron recién en el año 2010, expresa que les daba dinero, que las hacía ver películas porno, que se aprovechaba de la noche y de los juegos para concretar su accionar. Funda la pena principalmente en la culpabilidad del Sr. Hugo y la proporcionalidad que debe existir en función de ella.

Agrega el Juez que la defensa no pudo demostrar de qué manera el trabajo, los hijos, la pareja, la casa, habían intervenido desactivando los mecanismos que lo llevaron a los abusos. Entiende que desde el develamiento (año 2015) hasta el juicio de determinación de pena (año 2018), no advirtió en el imputado conductas empáticas, ni una responsabilización subjetiva, sino que -por el contrario- siguió haciendo su vida normal. En este contexto, considera que la única posibilidad existente -ya que no hizo tratamiento alguno-, es imponer una pena de cumplimiento efectivo.

Concluye que la pena máxima -al sumar los concursos de delitos- es la de 98 años. Dice que el máximo de la especie es 50 años, por lo que la reducción a la tentativa es de 33 años y 4 meses de prisión. En función de lo solicitado por la fiscalía (cinco años) y dicha pena máxima, concluye adecuado fijar la pena en cuatro años y seis meses de prisión.

Sin perjuicio de la errónea valoración efectuada por el juez, amén que el máximo a aplicar estaba limitado por la pena solicitada por el fiscal, no tuvo en cuenta lo dispuesto por los arts. 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño, ni por las reglas de Beijing en los puntos 17.1 inc. a), b), c) y d), 18.1, 19.1, como así tampoco lo dispuesto por la CSJN en el fallo "Maldonado", considerandos 16, 21, 22, 23, 26, 33, 35, 36, 37, 38 40, y 41. Nada de ello ha sucedido en el presente caso.

En primer lugar, reitero que el hecho se encuentra mal calificado y no existe el concurso real que ha pretendido el Juez y por el que llega a una de pena de 98 años de prisión, tal como me referí al tratar la responsabilidad penal.

En segundo lugar, se refiere a un período de tiempo al imponer la pena, que no es el mismo por el que fue declarado responsable. Fue declarado responsable por el período de tiempo que va desde el 4/7/2008 hasta el 31/8/2008 (58 días). Sin embargo el Juez se refiere a que los hechos comenzaron cuando era inimputable y continuaron hasta el 2010. No tuvo en cuenta tampoco que el menor no vivía de forma constante en dicho domicilio y que por lo tanto también se reducían los días en que estuvo con las niñas.

En tercer lugar, no tuvo en cuenta cuál era la situación *"emocional del menor al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o bien, la posibilidad de haber actuado impulsivamente...o cualquier otro elemento que pudiera afectar la culpabilidad"* ("Maldonado", considerando 16); el deber ... de ponderar la "necesidad de la pena" ("Maldonado", considerando 21), fundado en la resocialización y no en la gravedad del hecho ("Maldonado", considerando 22, 23); los posibles efectos negativos de la pena privativa de la libertad de una persona actualmente reinserada en la sociedad y sin recaídas ("Maldonado", considerando 35); que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto ("Maldonado", considerando 37); que *"aumentar la pena por la peligrosidad siempre implica condenar a alguien por un hecho futuro, que no ha iniciado y ni siquiera pensado, y que nadie puede saber con certeza si lo pensará y ejecutará alguna vez en su vida"* ("Maldonado", considerando 39). Tampoco tuvo en cuenta la inmadurez emocional de una persona que apenas había cumplido los 16 años de edad ("Maldonado", considerando 40).

En función de todo ello, considero que la pena impuesta no tiene la debida fundamentación. Pero amén de ello, no se hizo una debida ponderación de la necesidad o no de la imposición de una pena de prisión de cumplimiento efectivo, máxime teniendo en cuenta que el hecho fue iniciando su juventud, que no hubo hechos posteriores, que actualmente posee 26 años de edad, que tiene un trabajo y una constitución familiar estables, que se encuentra debidamente contenido, que posee dos hijos y esposa de los cuales se hace cargo, que los informes tanto psicológicos como socio-ambientales son buenos y recomiendan la no imposición de una pena.

Por todo lo expuesto, y en el entendimiento que en el presente caso no es necesaria la imposición de una pena de prisión, pues no existen hechos posteriores transcurridos 10 años de los mismos y siendo que la misma conllevaría más que a una resocialización a graves perjuicios, tanto a nivel familiar como personal, soy de la opinión que corresponde revocar la pena impuesta y asumiendo competencia positiva, absolver al imputado de pena por considerar innecesaria una sanción penal.

El **Dr. Héctor Rimaro**, expresó: Por compartir los argumentos y conclusiones a las que arriba el Dr. Cabral, me pronuncio en igual sentido.



El Dr. Fernando Zvilling, dijo: Coincido con los argumentos sostenidos por el juez del primer voto, y voto en el mismo sentido.

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

El Dr. Alejandro Cabral, dijo:

Atento el resultado del recurso, sin costas (art. 268 del CPP).

El Dr. Héctor Rimaro, expresó: Que adhiere a lo resuelto sobre las Costas.

El Dr. Fernando Zvilling, manifestó: Que comparte los fundamentos expuestos en relación a la eximición de costas.

Por todo lo expuesto, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,

**RESUELVE:**

**I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL** de la impugnación deducida por la defensa de José María Hugo (arts. 233, 236 y 239 del CPP).

**II.- RECHAZAR los agravios relativos a la sentencia de responsabilidad,** en lo que fuera materia de agravio.

**III.- Hacer lugar a los agravios relativos a la sentencia de pena por no respetarse los**

principios rectores en materia de menores. Y, ejerciendo competencia positiva, absolver a JOSE MARÍA HUGO de pena en el presente legajo (art. 4, último párrafo de la ley 22.278).

IV.- Remitir el presente pronunciamiento a la Dirección de Asistencia a la Impugnación para su registración y notificaciones pertinentes, debiendo notificarse al imputado en forma personal.

Reg. Sentencia N° 70 T° V Año 2018.-