

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA Nro. 126

NEUQUÉN, 18 de diciembre de 2019.

VISTOS: Estos autos caratulados: "C., E. R. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL CONSUMADO" (MPFJU Leg. 26373/2018 y su acumulado Nro.27361/19), venidos a conocimiento de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia, y

CONSIDERANDO:

I.- El imputado E. R. C. fue enjuiciado por Jurados Populares y hallado culpable de todos los hechos que le fueron imputados (por unanimidad de votos).

En razón del veredicto antedicho, se preparó la pertinente sentencia por parte del Juez Técnico, que lo declaró autor penalmente responsable de los siguientes delitos: 1) Abuso Sexual simple, agravado por haber sido cometido contra una menor de 18 años y aprovechando la situación de convivencia preexistente (en relación a la menor "I.C.E."); 2) Abuso Sexual con acceso carnal, bajo idénticas circunstancias agravantes, cometido contra la misma víctima; 3) Tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil condicional; 4) Abuso Sexual simple, agravado por haber sido cometido contra una menor de 18 años, aprovechando la situación de convivencia preexistente (en relación a la menor "T.Y.V."); y 5) Abuso sexual con acceso carnal (en relación a la víctima "M.Y.C."), reputándose todos aquellos hechos vinculados a la integridad sexual como delitos continuados, en concurso real entre sí (arts. 45, 55, 119, 1º, 3º y 4º párrafo inc. "f", 189 bis, ap. 2, 2º párrafo; todos del Código Penal) (fs. 1/23 vta.).

Luego de llevarse a cabo la fase de cesura, el mismo magistrado (Dr. José N. Eulogio) dictó la pertinente sentencia de fecha 24/09/2019, bajo la cual le impuso al imputado E. R. C. la pena de veintiún (21) años de prisión de efectivo cumplimiento, más las accesorias legales y costas del proceso (cfr. fs. 24/71).

Los letrados particulares que asisten al precitado -Dr. Ricardo Mendaña y Pablo Gutiérrez- impugnaron ambas piezas procesales (cfr. fs. 72/ 88).

Tras sustanciarse dicho recurso en audiencia, el Tribunal de Impugnación, por su sentencia n° 74/2019 de fecha 12/11/2019, rechazó las censuras dirigidas contra el auto de responsabilidad, el cual confirmó. Acogió, en cambio, ciertos cuestionamientos de la sentencia de pena, la

cual en uso de la competencia positiva, la estableció en quince (15) años de prisión de cumplimiento efectivo (cfr. fs. 89/117).

II.- En contra de lo decidido por dicha Alzada, esa misma Defensa (representada por el Dr. Pablo E. Gutiérrez) dedujo el Control Extraordinario que aquí cabe decidir (cfr. fs. 120/ 133).

Bajo el carril previsto en el artículo 248 inc. 2° del C.P.P.N. (por la sub-vertiente de la doctrina de la arbitrariedad), estima que existen razones suficientes para que intervenga el Máximo Tribunal Nacional con eje en dos motivos de agravio: 1) incongruencia omisiva en el auto homologatorio de responsabilidad penal; y 2) por arbitrariedad en la mensuración de la pena, al considerar como pauta agravante la diferencia etaria entre víctimas e imputado.

En el primer motivo, el letrado defensor comenzó explicando que hubo planteos que eran relevantes para resolver la *litis*, los cuales si bien fueron introducidos oportunamente por esa Defensa durante la impugnación ordinaria no fueron respondidos por los magistrados revisores.

Sin indicar en específico cuáles fueron esas críticas, el recurso discurrió a continuación por aspectos teóricos vinculados con el deber de motivación de las sentencias judiciales y agregó que sus censuras (sin indicar cuáles) fueron adjetivadas por los magistrados del Tribunal de Impugnación como argumentaciones "genéricas y dogmáticas" (cfr. fs. 129 vta./ 130).

Explicó que es necesario que se realice una valoración integral de la prueba y que uno de los principios lógicos primordiales es el de "razón suficiente"; que el Tribunal de Impugnación se refirió a la existencia de prueba suficiente para derribar el estándar de presunción de inocencia pero que no la explicitó, citando seguidamente fallos de la Corte Suprema que refieren a la arbitrariedad en situaciones de omisión de prueba dirimente (cfr. fs. 130/ vta.).

Pareciera -de lo único concretamente extraíble de su agravio- que habría existido una indeterminación temporal de los hechos que se vio reflejada muy particularmente en el caso de los abusos sobre la niña "I.C.E.", lo cual resultaba crucial para su teoría del caso, pues ésta apuntaba a una relación sentimental entre ambos, captable en una figura de menor gravedad (Estupro), lo que quedó imposibilitado de sostener por haberse precisado los hechos, injustificadamente, en un rango etario menor al previsto en el tipo penal correspondiente.

Sostuvo que lo expresado por el Tribunal de Impugnación, en cuanto a que la figura de Estupro no fue litigada en el juicio, devino arbitraria porque desconoce la prueba producida en el debate y la relación sentimental entre dicha denunciante y su defendido, tal como fue referida por los tíos de aquélla.

De este modo, denuncia que el Jurado Popular fue inducido a error en el veredicto y aunque el Tribunal de Impugnación reconoció que las instrucciones fueron imprecisas y amplias, le atribuyó a esa defensa la falta de oportuna reserva, lo que tampoco tiene ajuste a la situación fáctica del legajo porque se realizó la reserva pertinente.

La segunda de sus críticas ronda en el tópico de la pena y más concretamente, en uno de los fundamentos del Tribunal de Impugnación que sirvió para establecerla.

Concretamente, "...la diferencia etaria entre las víctimas del abuso sexual y el victimario..." (fs. 132).

Razona en este punto que los propios magistrados reconocieron que esa divergencia en la edad no forma parte de las agravantes contempladas en el tipo penal y que tal subsunción ya conlleva esa disparidad al agravar la pena cuando la víctima fuere menor de 13 años.

Consecuentemente, estima que volver a agravar la pena por idéntica razón implica una afectación al *ne bis in idem*, claramente incompatible en el Derecho Argentino.

Hizo reserva del Caso Federal (fs. 133).

III.- Sentados así los motivos de esta impugnación extraordinaria, se impone el estudio de los recaudos mínimos de procedencia, atento al principio general de las impugnaciones establecido en el artículo 227 del Código Adjetivo.

El escrito fue presentado en término, por quien tiene legitimación para hacerlo y ante la Oficina Judicial correspondiente (cfr. fs. 118/119).

Sin perjuicio de ello, dicho examen no queda acotado a esos puntuales requisitos de forma, sino que se extiende además a establecer si prima facie el recurso se enmarca dentro de alguna de las causales que taxativamente prevé el artículo 248 del Código Adjetivo.

Ello se justifica en la necesidad de evitar que, bajo la apariencia de esa nueva fórmula impugnativa se hagan valer otras alejadas del significado jurídico que es propio en un recurso extraordinario como

éste. De allí que esta Sala controle de un modo riguroso esos presupuestos procesales.

En efecto: el Código Procesal vigente en la Provincia (Ley 2784) ha establecido un sistema de impugnación amplio y eficaz, capaz de garantizar el derecho al recurso que le asiste a toda persona imputada (art. 8.2.h. del Pacto de San José de Costa Rica y 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). Dicha tarea está en cabeza del Tribunal de Impugnación y se regula por las disposiciones establecidas en los arts. 242 y ss de dicho Cuerpo Legal.

Asimismo, en este diseño sistemático, se previó la competencia de este Tribunal Superior como instancia apelada sólo para casos excepcionales y taxativamente establecidos.

Fijada esta introducción, corresponde evaluar en concreto los motivos de impugnación para determinar su procedencia desde ese tópico.

A.- Del primer agravio (arbitrariedad por omisión de cuestiones articuladas).

La parte recurrente afirmó la existencia de un caso en el que debería intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Nación al amparo de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

Dentro de las diversas variantes en que puede manifestarse esa tacha, la Defensa invocó -en específico- una presunta incongruencia por omisión (fs. 129 vta.).

Como se sabe, el vicio de las resoluciones judiciales denominado comúnmente como *incongruencia omisiva* aparece en aquellos casos en los que el tribunal de instancia vulnera el deber de atender y dar respuesta a aquellas pretensiones esenciales, introducidas temporáneamente al proceso por las partes, frustrando con ello la tutela judicial efectiva, erigida como garantía de raigambre constitucional (art. 58 de la Constitución Provincial; art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Este déficit en la motivación resulta encuadrable en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias conforme a una pacífica doctrina de nuestro Máximo Tribunal Nacional (cfr. Fallos 261:297; 274:436; 275:68; 297:332; 303:874; 319:1416 y 692; 323:1774, entre muchos otros).

Sin embargo, no toda omisión en el pronunciamiento justifica su ataque por vía de la sentencia arbitraria.

"...la Corte indica que la falencia de la resolución judicial debe referirse a 'cuestiones sustanciales para la adecuada solución del litigio' (o 'cuestiones conducentes' a tal fin), u 'omisiones decisivas', o cuestiones que pueden influir sobre la integral decisión del estado litigioso', o que pueden gravitar en el resultado del debate, o que pueden ser relevantes para tal fin, o que pueden dejar de ponderarse para resolver la litis..." (cfr. Sagües, Néstor Pedro, "Derecho Procesal Constitucional", ed. Astrea, 4° edición, Bs. As., 2002, t. 2, pág. 222 (con cita a Fallos de la C.S.J.N., 267:443; 269:413; 300:1114; 318:2678; 319:434, entre muchos otros).

Frente a tan restrictivo cauce, era carga del apelante expresar mínimamente cuáles fueron en concreto cada uno de los argumentos omitidos y porqué tendrían un carácter dirimente para la solución del pleito.

Sin embargo, tal como se anticipó al compendiar los agravios, no se ha indicado en el recurso ninguna de estas circunstancias; es decir, no se han explicado cuáles fueron las censuras propuestas ni la gravitación que tendrían para resolver la controversia (cfr. nuevamente fs. 129 vta. y ss., en especial el acápite A.1 del escrito).

Esa falencia de articulación se agrava aún más cuando el documento impugnativo sostuvo que la única respuesta que obtuvo a sus críticas fue que se las tildara, sin otro aditamento, de "*generalizadas y dogmáticas*" (cfr. fs. 130, 1° párrafo); lo cual no tiene respaldo con las constancias del legajo, ya que un simple repaso de la sentencia del Tribunal de Impugnación coloca en evidencia que la frase transcripta por el defensor Gutiérrez fue sólo la conclusión del análisis pertinente (fs. 102 vta.), conclusión que fue precedida de una amplia y concreta respuesta en torno a sus puntuales cuestionamientos, que tendieron a proponer un "*veredicto contrario a prueba*" (fs. 98/102 vta.).

En este sentido, los jueces revisores respondieron que frente a la presunción de razonabilidad del veredicto (aserto que está sustentado en amplia doctrina y jurisprudencia igualmente citada en el fallo), era carga de quien alegaba lo contrario demostrar de qué modo los Jurados Populares emitieron un veredicto irrazonable, extremo que no se satisface con un parcializado análisis de la prueba por parte del apelante.

Máxime teniendo en cuenta la magnitud de los elementos acriminadores (en especial la prueba testifical enunciada a fs. 99 vta./100, y analizada a fs. 112/ 114) y la claridad de las instrucciones que fueron impartidas a los Jurados Populares para su pertinente ponderación (cfr. sentencia de responsabilidad, particularmente fs. 8 a 22, y sentencia del Tribunal de Impugnación, fs. 99 vta. y ss).

El déficit señalado impide considerar una hipotética intervención de la Corte Suprema, más aún cuando son cuestiones referidas a la apreciación de la prueba, que por vía de principio no son susceptibles de revisión en la sentencia extraordinaria (C.S.J.N., Fallos 264:301; 292:564 y 301:909, entre muchos otros), lo que lleva a la inadmisibilidad del agravio (art. 227 y 248, inc. 2°, a contrario sensu, del C.P.P.N.).

El recurso incluyó además -en el tópico de la afirmada *incongruencia omisiva*- una injustificada privación de incluir el delito de Estupro en el campo de las instrucciones particulares, con específica alusión a la víctima "I.C.E.", lo cual -dice- le impidió al Jurado valorar un delito alternativo de menor gravedad (cfr. fs. 131).

También aquí el apelante parcializa el contenido de la respuesta que le fuere otorgada en la instancia recursiva, pues la breve cita que puso en cabeza del Tribunal de Impugnación (fs. 131, último párrafo/ 132 primer párrafo) estaba inserta en una respuesta sustancialmente mayor (cfr. fs. 103/105).

Como antecedente de la contestación obtenida en esa Alzada, del visado de la audiencia de juicio llevada a cabo el día 21/06/2019, se aprecia que hubo una discusión amplia y detallada en torno a las instrucciones a impartirse a los Jurados Populares (conf. art. 205 C.P.P.N.).

En lo que aquí interesa, el Dr. Ricardo Mendaña pretendió que se incorporaran instrucciones particulares referidas a la ponderación de un eventual delito menor, atinente a la figura del Estupro (art. 120 del Código Penal), lo cual hizo en los siguientes términos:

"...nosotros pensamos que debería incluirse la figura del abuso sexual del artículo 120 del Código Penal, toda vez que el período de la imputación es un período muy largo que atraviesa por distintas edades de la presunta víctima, de manera tal que ese período tan largo es tomado por la ley con distintas hipótesis delictivas [...] entonces creemos que también hay que describir, o explicar e instruir sobre la figura del 120

que abarca un período de tiempo que está comprendido en los hechos que trae a colación la querrela y la fiscalía y que eventualmente los jurados podrían considerar.” (cfr. audiencia de fecha 21/06/2019, hora 02:47:11/02:48:09).

La Fiscalía se opuso a tal pretensión por las razones siguientes: “...el delito de estupro consignado en el artículo 120 del Código Penal no fue en ningún momento referido como una posibilidad en la teoría del caso de la Defensa, no fue presentado así ni en los alegatos de apertura ni se deslizó información al respecto en los contenidos que figuran en los testimonios que escuchamos a lo largo del debate, como así tampoco en el alegato de clausura se ha hecho mención de que pudiera ser aplicable esta circunstancia. Entendemos que la Fiscalía imputa un largo período de tiempo, entendemos que las conductas fueron increpando en intensidad durante ese período de tiempo, y también entendemos que un juez técnico, sin afectar el principio de congruencia, podría perfectamente, del abuso sexual por acceso carnal que plantea la Fiscalía, hacer otra calificación a un delito menor, tanto a un Abuso Sexual gravemente ultrajante, circunstancia que entendemos también se podría hacer [...] como así también a la figura más básica de un Abuso Simple [...] Ahora bien: esto no se da en igual circunstancia en el delito de Estupro, toda vez que es un delito independiente, [...] contiene otros elementos normativos del tipo penal, que son distintos y que difieren del delito del artículo 119, tal como por ejemplo el aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima; circunstancia que no ha sido tratada aquí en el presente legajo, en el presente debate y que por violar de esta forma el principio de congruencia [...] la Fiscalía [...] entiende que no es ajustado a derecho considerarla en el presente caso (ídem 02:48:24/02:51:05).

La Querrela, por su parte, adhirió a este último fundamento (02:51:25 y ss).

Otorgada la última palabra a la Defensa, el Dr. Mendaña expresó lo que sigue: “...la Fiscalía ha tomado un criterio de englobamiento de un conjunto de hechos en un período muy extenso de tiempo [...] pero lo cierto es que lo que nosotros tenemos que lograr es que el Jurado pueda resolver el caso que se le plantea con los mejores y mayores elementos de juicio. Entre esos elementos también está la cuestión de la teoría legal. La Fiscalía nos dice que nosotros no introdujimos el tema en nuestro alegato de apertura; pero en realidad

tampoco hizo una referencia a la calificación legal ninguno de los acusadores en el momento de las conclusiones finales, de modo tal que ese reproche no lo tendrían que hacer a nosotros. Pero insisto, creo que es una alternativa que tiene que ver con la segmentación de los hechos y tiene que ver con generarle las mejores condiciones al Jurado para que conteste todos los interrogantes que se le formulen." (02:51:42/02:53:00).

De lo dicho hasta aquí puede verse que los reparos centrales de la Fiscalía y de la Querrela (referidos a que ese delito tiene elementos normativos diferentes a los que fueron debatidos durante el juicio) resultaron incontrovertidos por el Dr. Mendaña, quien solo hizo hincapié en la necesidad de subdividir la imputación por el amplio margen temporal descripto en la acusación y así dar una mayor claridad al Jurado.

Tras un cuarto intermedio, el Dr. Eulogio resolvió rechazar la pretensión de la Defensa bajo los siguientes fundamentos:

"(...) celebro que estemos aquí hablando de delitos menores incluidos [...] Ya el Tribunal de Impugnación varias veces se expresó sobre los delitos menores incluidos y [...] compartiendo lo que están diciendo las partes, el Jurado Popular debe tener las mismas posibilidades que tiene un Tribunal técnico para calificar por un delito menor incluido y esa posibilidad se la tenemos que dar desde acá [...] Nos quedaría delimitar hasta donde llegamos, ¿llegamos a instruirlos por todos los delitos que tengan algún tipo de contacto con lo que se debatió en el juicio?, ¿o solamente lo acotamos a las teorías de las partes y la prueba producida?. Mi posición es la segunda, porque si no terminaríamos confundiendo al Jurado Popular, instruyendo sobre casi todo el Código Penal en lo que, por lo menos roce una de estas figuras [...] En cuanto a las figuras por las que está acusando la Fiscalía son las de Abuso Sexual con acceso carnal, en modalidad de delito continuado, y con el agravante del aprovechamiento de la convivencia preexistente con un menor de 18 años de edad. Entiendo que le tenemos que dar la posibilidad al Jurado Popular, porque es un extenso lapso de tiempo -es verdad lo que dice el señor Defensor-; comienzan los hechos con tocamientos -que pueden ser considerados Abuso Sexual simple-, entonces tenemos que darle la posibilidad de que si no se acreditan los accesos carnales que dice la Fiscalía, debemos instruir sobre la figura base del Abuso Sexual simple. Si no se acredita el aprovechamiento de un menor de 18 años de edad,

tenemos que darle la posibilidad de que su veredicto sea sin esa agravante. Lo de delito continuado es algo sobre lo cual las partes no se han opuesto [...] Ahora bien, yendo a lo concreto, lo que dice la Defensa es que se instruya también sobre el 120 [en referencia al artículo 120 del Código Penal] [...] El problema que yo veo en el artículo 120 es el aprovechamiento de su inmadurez sexual: un hecho no debatido en el presente juicio y que llevaría a una confusión de los Jurados porque nunca se ha tocado este tema. Es un elemento del tipo que es ajeno al artículo 119. Si bien depende, en alguna medida, del segundo y tercer párrafo del artículo 119, tiene un elemento objetivo diferente que no ha sido debatido, no ha sido parte de las teorías del caso de las partes. La Defensa dijo claramente [...] que los hechos sobre "I" fueron consentidos y por eso no hubo delito, y que los primeros hechos contra "I" no existieron; y los de las otras dos víctimas no han existido; lo del arma, hay un reconocimiento por ese delito. Por lo cual la teoría de la defensa estuvo bien clara. Al final vuelve a repetir esa misma teoría del caso. Hubo una relación sexual entre estas dos personas, sí, pero esa relación sexual fue consentida; lo anterior no existió. Sobre los otros hechos no se han podido demostrar, más allá de toda duda razonable. Esa es la teoría. No hay en ningún momento una mención en sus alegatos, ni de inicio ni de final, del aprovechamiento de la inmadurez sexual. Es por eso que lo que debo hacer yo según lo que piensa, tanto la Jurisprudencia como la doctrina es no introducir figuras que tengan algún elemento que no fue debatido en el curso del juicio..." (cfr. audiencia citada, 02:53:00/ 02:59:06).

Esta larga transcripción que nos permitimos efectuar aún en detrimento de la brevedad, pone en evidencia el fundado rechazo a esa pretensión, el cual también resultó confirmado en términos equivalentes por el Tribunal de Impugnación; argumentos éstos que no se agotan en unos pocos renglones transcriptos por el apelante a fs. 131 último párrafo/vta., sino que se inscriben en una respuesta mucho más completa, avalada con citas doctrinales y de jurisprudencia aplicable al caso (cfr. 103 vta./ 105).

En otro orden de ideas, es evidente que el delito de Estupro -que en la visión de quien apela equivaldría a un delito menor vinculado con su teoría del caso- era una pretendida hipótesis alternativa para el supuesto en que el Jurado estimara la existencia de una relación sentimental consentida entre víctima y victimario (en donde dicho

consentimiento no sería pleno, sino que estaría viciado por actos de seducción de parte del imputado bajo el aprovechamiento de la inexperiencia sexual de la víctima).

Sin embargo, el relato brindado por "I.C.E." descartó cualquier consentimiento (aún menguado bajo la figura del Estupro), en tanto aquella fue terminante en su declaración -brindada de manera directa ante los miembros del Jurado Popular- sobre la violencia desplegada por E. R. C. para vencer su resistencia en cada uno de los accesos carnales que padeció, no sólo a través de violencia física, sino también mediante amenazas (cfr., en especial, audiencia de juicio de fecha 18/06/2019, hora 06:22:22 y ss.); lo cual confluía en otras pruebas igualmente rendidas ante los miembros del Jurado que sirvieron para que éstos conformaran su íntima convicción en este plano (de manera unánime).

En tal contexto, el agravio interpuesto deviene meramente hipotético o conjetural, en tanto frente a la credibilidad asignada al testimonio brindado por "I.C.E." -aún sopesado con prueba aportada por la Defensa en abono de su teoría- el veredicto no hubiera variado al estimarse anulada la voluntad de la víctima mediante los actos de violencia y las amenazas que concretamente se describieron durante el juicio oral.

Consecuentemente, también es correcta la respuesta brindada en esa dirección por el Tribunal de Impugnación (cfr. fs. 104/ vta.), pues aún bajo la inclusión mental hipotética de esa instrucción particular, el resultado no hubiera variado; extremo que le quita toda esencialidad a su reclamo.

La falta de un interés jurídico para impugnar impide la competencia apelada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que invocó a su respecto el señor Defensor, pues ésta ha resuelto reiteradamente que no procede el recurso extraordinario si aún en caso de que fuera resuelta favorablemente la cuestión planteada, la situación del recurrente sería la misma (cfr. Esteban Imaz y Ricardo E. Rey, "El Recurso Extraordinario", 2º edición actualizada por los Dres. Ricardo E. Rey y Lino Enrique Palacio, Ed. Nerva, Bs. As., pág. 56, con cita de Fallos 189:245).

Todo lo dicho hasta aquí lleva a que se declare inadmisibles este motivo de crítica (art. 248 inc. 2º a *contrario sensu* del C.P.P.N.).

B.- Del segundo agravio (arbitrariedad en la graduación de la sanción por afectación del *ne bis in idem*).

Como punto de partida, atento a que por la vía escogida se propone la existencia de un caso en el que debiera intervenir la Corte, corresponde recordar que la graduación de las sanciones dentro de los límites ofrecidos por las leyes respectivas para ello, constituye el ejercicio de una facultad propia de los jueces de la causa (C.S.J.N., Fallos 237:190 y 423; 255:253; 305:494; 306:1669; 315:807 y 1699, entre otros).

Si bien ello admite su excepción cuando lo resuelto fue sólo a través de una consideración fragmentada y aislada de las pautas relevantes a tal efecto (C.S.J.N., Fallos 315:1658 y 320:1463), esta situación particular no se verifica en el *sub lite*. Veamos:

Los factores penológicos valorados por el Tribunal de Impugnación en la sentencia apelada fueron los siguientes: a) la pluralidad de hechos típicos independientes entre sí (cuatro hechos en contra de tres víctimas mujeres y en contra de la seguridad pública); b) la considerable duración de uno de esos ataques sexuales, que fueron concretados casi de forma diaria durante un lapso de ocho (8) años; c) que los restantes abusos sexuales también fueron repetidos y considerados como delitos continuados; d) la diferencia de edad entre las víctimas y el imputado, lo que propendió a un mayor poder sobre aquéllas; e) la extensión del daño causado por los delitos cometidos por el imputado, en virtud de las secuelas advertidas en la psiquis de las víctimas.

De todo ello, el recurso cuestionó, como doble pauta incidente en la pena, la diferencia de edad entre las víctimas y el imputado. Ello así, al estimar que esa circunstancia ya se encuentra incorporada como elemento objetivo del tipo penal aplicado.

Ahora bien: la especial vulnerabilidad derivada de esa diferencia en edad, tenida en cuenta por el Juez de grado para este caso concreto (y que fue ratificada en la sentencia del Tribunal de Impugnación), es un elemento que no vertebraba el tipo básico del artículo 119 del Código Penal y permite su aplicación sin generar una doble valoración.

Aun cuando del trasfondo de la norma aludida pueda existir implícitamente una diferencia de edad entre víctima y victimario, ese margen puede ser nimio y por tanto intrascendente como pauta computable.

Consecuentemente, la edad del sujeto activo y su prevalencia en relación a la que tiene su víctima para concretar las acciones ilícitas es susceptible de variaciones y grados en cada caso, que bien puede resultar un aspecto ponderable en los términos del artículo 41 del Código Penal sin implicar una afectación del *ne bis in idem*, y por tanto un elemento apto para justificar el plus de culpabilidad y punición.

Esta situación se verifica en el presente, en donde el imputado se sirvió conscientemente de una circunstancia de este tenor, que le facilitaba la comisión de esos hechos y reducía las posibilidades de defensa de sus víctimas.

Por lo demás, la proporcionalidad aquí advertida entre el grado de injusto y la intensidad de la sanción, lejos de generar un caso de arbitrariedad implica una correcta observancia de la norma (nos referimos al artículo 41 ya citado), máxime teniendo en cuenta que aún frente a todos aquellos factores penológicos negativos (multiplicidad de delitos que concurren de manera real, duración de los hechos, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad confluyente y las consecuencias producidas en las psiquis de las niñas víctimas) la pena aplicada se mantuvo en lo que hubiera sido casi el punto medio de uno solo de esos múltiples ataques sexuales, lo que implica que aquella correlación entre los artículos 41 y 119 del C.P. se flexibilizó al límite de lo posible con un manifiesto fin resocializador.

Ello descarta la tacha alegada y consecuentemente la vía de acudimiento a esta instancia por no suscitarse un caso en el que debiera intervenir nuestro Máximo Tribunal Nacional (nuevamente, art. 248 inc. 2°, a contrario sensu, en función del art. 227, del mismo Cuerpo Legal).

IV.- Al no versar el presente sobre un tema de libertad cautelar ni de ejecución de la pena, corresponde imponer el pago de las costas procesales a la parte perdedora (art. 268, 2° párrafo y 270, primer párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.).

Por todo ello, esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

I.- DECLARAR INADMISIBLE la Impugnación Extraordinaria deducida a fs. 120/ 133 por el letrado particular, Dr. Pablo E. Gutiérrez, en favor del imputado **E. R. C.**, contra la sentencia del Tribunal de Impugnación glosada a fs. 89/ 117; por no verificarse el motivo aducido

en el documento recursivo (art. 248 inc. 2°, a contrario sensu, en función del art. 227 del C.P.P.N.).

II.- IMPONER LAS COSTAS PROCESALES a la **parte perdidosa** (art. 268 y 270, 1° párrafo, a contrario sensu, del mismo Cuerpo Legal).

III.- Notifíquese, regístrese y hágase saber de ello a la Oficina Judicial, a los fines pertinentes.

OSCAR E. MASSEI
Vocal

ALFREDO ELOSÚ LARUMBE
Vocal

ANDRÉS C. TRIEMSTRA
Secretario