



Tribunal de Impugnación Provincial de Neuquén

SENTENCIA Nº 79/2019.- En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintisiete días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala del Tribunal de Impugnación Provincial (TIP) integrada por los magistrados **RICHARD TRINCHERI, FEDERICO AUGUSTO SOMMER y FLORENCIA MARTINI**, presidida por el primero de los nombrados, con el objeto de dictar sentencia de impugnación en Legajo Nº 25.888/2018 del caso **"I. M. S/ABUSO SEXUAL"**, en caso seguido contra el ciudadano M. I., argentino, DNI Nº ..., nacido el día 23 de agosto de 1977, de ocupación empleado municipal, domiciliado en calle, Barrio ... de la localidad de Bajada del Agrio, Provincia del Neuquén, y de demás datos personales obrantes en el legajo referenciado.

Intervinieron y litigaron en la audiencia de impugnación celebrada el pasado día 14 de Noviembre de 2019 en la Sala de Audiencias de la Oficina Judicial Penal de Zapala (conf. art. 245 del C.P.P.N.), en la cual intervinieron por la Fiscalía, la Sra. Fiscal Jefe, Dra. Sandra González Taboada, la Defensoría Defensora Adjunta de los Derechos del Niño y el Adolescente -Dra. Natalia Díaz-, por la Querella particular el Dr. Germán Zúñiga en representación de la señora Y. V. (madre de la menor víctima) y por la Defensa Particular, el Dr. Lucas Guíñez.

ANTECEDENTES: **I.** Mediante sentencia de cesura dictada por la Dra. Laura Barbe en calidad de Jueza Penal del Colegio de Jueces del Interior de Neuquén, se le impuso a M. I. la pena de veintidós

(22) años de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas del proceso, por los delitos de ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON UN MENOR DE 18 AÑOS CONTINUADO EN CARÁCTER DE AUTOR en concurso real con ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON UNA MENOR DE 18 AÑOS, CONTINUADO EN CARÁCTER DE AUTOR”, ocurridos entre los años 2014 y agosto de 2018 (conf. artículos 119, 1ro. y 5to. párrafo, con remisión al 4to. párrafo, inc. f) del CP, en concurso real (art. 55) con art. 119, 3er. párrafo, con remisión al 4to. párrafo, inc. f), art. 45 del CP y con más las accesorias legales -art.12 del CP-, y las costas del proceso -Art. 268 y 270 del Código Procesal Penal.

II.- En contra de este fallo, la defensa de confianza dedujo impugnación ordinaria motivadora de este pronunciamiento.

Durante el transcurso de la audiencia de impugnación celebrada fueron expresados los motivos de agravio referidos por el defensor particular, y refutados por el acusador público y por las querellas la procedencia de los mismos. Por su parte, en lo referente a la admisibilidad formal del recurso interpuesto por la defensa del imputado no hubo controversia alguna entre las partes litigantes.

A su turno, la apelante sostuvo como primer motivo de impugnación contra la sentencia de pena la arbitrariedad de la misma por absurdidad. Propuso que este Tribunal de Impugnación declare la arbitrariedad de la sentencia de determinación de la pena, asuma competencia positiva y determine como pena el mínimo de la escala penal en abstracto, o en su defecto una pena más cercana al mínimo legal.

Reseñó que su asistido por veredicto popular fue declarado culpable del delito de abuso sexual simple agravado por la convivencia

preexistente con un menor de 18 años, bajo delito continuado, en carácter de autor; y por el delito abuso sexual con acceso carnal agravado por la convivencia preexistente con un menor de 18 años. Luego, en la segunda fase del juicio la Dra. Leticia Lorenzo dictó sentencia de pena en orden a los veintitrés (23) años de prisión, con accesorias legales y costas del proceso, pronunciamiento que fue revocado por otra Sala del Tribunal de Impugnación que dispuso que debía reenviarse el presente caso para que con nueva integración se sustancie nueva audiencia de imposición de pena. Agregó que en la nueva audiencia de cesura las partes acusadoras solicitaron de forma unánime la pena de veintitrés (23) años de prisión, y que la ulterior sentencia dictada con una pena de veintidós (22) años de prisión resultó arbitraria. Aquello, por no tener fundamentos objetivos que expliquen el modo utilizado para agravar y atenuar el monto de pena conforme las pautas del deber de motivación que derivan de la racionalidad, la congruencia, la integración, y la controlabilidad. Agregó que se ponderaron los agravantes sin determinar un quantum, y determinando que la presencia de delitos continuados, extensión del daño causado, el actuar casi como en calidad de papá de M., gran diferencia de edad de los sujetos activo y pasivo del delito, cambio de residencia, cambio de escuela y cambio de turno escolar, embarazo de la niña víctima de doce (12) años; interrupción legal del embarazo, modo comisivo del abuso sexual que implicó cosificación de la niña, afectación psicológica en M., y modificación de la dinámica familiar por el reproche de las hermanas menores y afectación económica. Invocó lo resuelto en este mismo caso mediante sentencia n° 46/2019 del Tribunal de Impugnación y destacó que la conclusión en relación al monto de la pena devino irrazonablemente subjetiva, carente de cualquier

justificación, por lo que solicita que se anule.

En segundo término, impugnó que como circunstancia agravante se hubiera erróneamente ponderado la diferencia de edad entre acusado y víctima, como elemento no contenido en la figura penal. Asimismo, no ponderar que la convivencia preexistente ya estaba contemplada en el tipo agravado, por lo que implica bajo la prohibida doble valoración.

Que también se agravió que como segunda circunstancia agravante se consideró a la calidad de padrastro del acusado, ya que entendió, que incurría en doble valoración en tanto la relación cercana preexistente se subsume con el agravante legal del art. 119 4to. párrafo inc. f) de aprovecharse de la situación de convivencia preexistente.

Seguidamente, la sentencia postuló la extensión del daño causado derivada de la afectación de la vida de M. quien se vio perjudicada más allá de la realización del delito. El fallo sostuvo que esos significativos daños son un plus a considerar al momento de fijar el quantum de la pena, pero conforme argumentos del recurrente se critica que la magistrada no hubiera explicado ni fundamentado a que daños en concreto se está refiriendo, por lo que requiere que sea eliminada como agravante por falta de motivación.

En cuarto lugar, se agravia que el embarazo de la niña víctima y la ulterior interrupción legal ese embarazo permita agravar la extensión del daño causado, con sustento en que sostiene que no corresponde reprochar al acusado la práctica del aborto por no resultar derivado de su voluntad.

También se agravió por la procedencia del quinto agravante referido al cambio de residencia de la ciudad de Bajada del Agrio a la ciudad de Zapala a una casa de menores comodidades como consecuencia directa del delito. Adujo que por convención probatoria se acordó que el Juzgado de Familia de Zapala excluyó al imputado del

hogar y determinó la prohibición de acercamiento para con la menor, por lo que la casa familiar quedó en posesión de la madre de la víctima y fue por su propia voluntad que decidió irse a Zapala.

En sexto término, expresó que alegar que el cambio de escuela y el cambio de turno escolar sea una circunstancia agravante imputable al acusado deviene arbitrario, ya que fue realizado por su propia madre.

Seguidamente, cuestionó que como agravante se valore que el modo comisivo implicó cosificación de la niña víctima, con fundamento en que se incurre en doble valoración ya que el alegado sometimiento ya fue analizado bajo el agravante de "delito continuado". Agregó que las referencias a tocamientos –elemento del delito de abuso sexual simple-, y la penetración vía vaginal y vía anal –elemento del delito de abuso con acceso carnal-, que la jueza valora para agravar la pena, incurre en la prohibida doble cuantificación y debe eliminarse como agravante.

En octavo término, sostiene que el agravante derivado de la modificación de la dinámica familiar a partir del reproche de las hermanas menores y la disolución de la familia carece de respaldo probatorio, y no puede serle atribuido.

En noveno lugar y por la referencia de la afectación psicológica, se agravia la quejosa que la sentencia reseñe consecuencias psicológicas sin prueba certera, y que no se puede agravar la pena por las dudas. Por ello, solicita que se elimine este agravante de la sentencia de determinación de la pena.

Habida cuenta de ello, solicita que este Tribunal de Impugnación Provincial considere que la determinación de la pena resultó arbitraria y que decrete la nulidad de la misma, asuma competencia positiva, y determine una nueva pena cercana al mínimo de la escala penal.

III. A su turno, las tres (3) partes acusadoras rechazaron la procedencia del recurso interpuesto y solicitaron la confirmación de la sentencia de pena cuestionada.

En particular, el Ministerio Público Fiscal sostuvo que la sentencia de pena derivaba de una declaración de responsabilidad determinada por un veredicto de culpabilidad y que estaba debidamente fundada en la prueba rendida en juicio y en el contenido de la declaración prestada en Cámara Gesell que fuera observada en soledad por la magistrada para su valoración. Ratifica que fueron debidamente ponderadas las circunstancias agravantes derivadas de la situación de ostentar rol de padre, de la diferencia etaria entre víctima y victimario, del cambio de residencia, y concluye que la ley vigente no requiere la cuantificación aritmética de agravantes y atenuantes.

En igual tenor, se expresó la querella institucional –Dra. Natalia Díaz- y la querella particular -Dr. German Zúñiga-, quienes requirieron que esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial disponga la confirmación del pronunciamiento en crisis.

En ejercicio del derecho a la última palabra, el asistente técnico del imputado rechazó la argumentación de las partes acusadoras y reiteró parte de los fundamentos ya vertidos en su anterior intervención.

IV. Que en ejercicio de las facultades conferidas por la normativa procesal local, este Tribunal revisor requirió al profesional impugnante y luego a la partes litigantes precisiones respecto de los motivos de agravios referenciados y pormenores de los argumentos vertidos en el juicio de cesura.

V. Se dispuso que debía observarse el siguiente orden de votación: **Dr. Federico Augusto Sommer, Dr. Richard Trincheri y Dra. Florencia Martini.** Cumplido el secreto proceso deliberativo que

emerge del art. 193 y 246 del Código de rito, se ponen a consideración las siguientes:

CUESTIONES: 1ª.) ¿Es formalmente admisible la impugnación ordinaria interpuesta?; 2ª.) En el supuesto afirmativo, ¿resulta procedente la misma y qué solución corresponde adoptar sobre el monto de pena determinado? y 3ª.) Costas procesales.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión** el **Dr. Federico Augusto Sommer**, dijo:

Sin perjuicio de la ausencia de controversia entre las partes litigantes respecto de la admisibilidad formal de la impugnación ordinaria interpuesta, debo reseñar que el recurso fue presentado en término, por parte legitimada, mediante escrito que permite conocer los motivos de agravio, ante la Oficina Judicial Penal de Zapala que tramita el presente legajo y contra una sentencia definitiva. Que se debe agregar asimismo, que el acto impugnado configura una sentencia definitiva de condena, que deviene una decisión expresamente declarada impugnable, y que se halla en juego el derecho al recurso del condenado (Art. 8 de la C.I.D.H.).

Por lo tanto, esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial concluye que el recurso de impugnación ordinaria interpuesto contra la sentencia de pena –cuya primer fase de juicio y consecuencia sentencia de responsabilidad derivada de un veredicto de culpabilidad ya fuera revisada–, resulta formalmente admisible (arts. 227, 233, 236 y 239 del C.P.P.N.) Mi voto.

El **Dr. Richard Trinchero** dijo: Adhiero al voto del Juez preopinante.

La **Dra. Florencia Martini** dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el colega que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

A la **segunda cuestión** el **Dr. Federico Augusto Sommer**, dijo:

II.a) Que debo iniciar el análisis de procedencia del recurso de impugnación interpuesto, dando cuenta que en el orden local se nos impone como órgano jurisdiccional una revisión integral de la sentencia de pena objetada. En tal sentido, desde antes de la reforma procesal en nuestra provincia ya se había expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en caso "Casal" (Fallos 328:3399), respecto del estándar metodológico para determinar la razonabilidad de las sentencias. Ello, en concordancia con la doctrina del control de convencionalidad e interpretación del art. 8.2. de la C.A.D.H. respecto del alcance de la revisión de la sentencia condenatoria, labor que fue ampliada por el legislador neuquino y que satisface y supera el alcance de aquella revisión.

En igual sentido, la doctrina jurisprudencial neuquina ha establecido que el Tribunal de Impugnación Provincial debe: "a) *comprobar que los magistrados del juicio hubieran dispuesto de la correcta actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que la prueba se hubiese incorporado bajo la vigencia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad ("juicio sobre la prueba")*; b) *comprobar la existencia de elementos probatorios con suficiente consistencia para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia ("juicio sobre la suficiencia de la prueba")*, y c) *verificar que el tribunal de juicio haya cumplido con el deber de motivación, es decir, que se haya concretado de manera real el fundamento de la convicción del juzgador y que este convencimiento se base en parámetros lógicos y razonables ("juicio*

sobre la motivación y su razonabilidad”), –el destacado en negro me pertenece-; *labor que también se extiende a una función valorativa de pruebas no comprometidas con la inmediación pero que se desarrolla, en este último tipo de pruebas, bajo el control de la racionalidad de las inferencias realizadas, censurándose las fundamentaciones ilógicas o irracionales, absurdas y, en definitiva, arbitrarias*” (Tribunal Superior de Justicia, Sala Penal, R.I. Nro. 79 de fecha 16 de mayo de 2017, en caso **“ESPINOZA, VICTOR EDUARDO S/ LESIONES GRAVES AGRAVADAS”**; Acuerdo Nro.33/2015 de fecha 16 de Mayo de 2017, caso **“PALAVECINO PABLO ESTEBAN S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO”**, y más recientemente en R.I. Nro. 76 de fecha 23 de agosto de 2019, en caso **“CAMPO, JUAN ALBINO Y OTRO S/ USURPACION”**).

Habiendo descripto el primer motivo de agravio introducido por el Defensor particular, debemos destacar que la sentencia de responsabilidad derivada del veredicto del Jurado Popular, concluyó en determinar la materialidad y autoría del imputado en orden a los hechos de abuso sexual simple agravado por la convivencia preexistente con un menor de 18 años, continuado y en carácter de autor, y por el delito abuso sexual con acceso carnal agravado por la convivencia preexistente con una menor de 18 años, continuado y en carácter de autor, en perjuicio de la menor M. G. V. –referida como MAGV en la pieza sentencial recurrida-, y en segundo término, la jueza profesional dispuso imponer el monto de pena que configura el delimitado objeto procesal de la presente vía impugnaticia.

Debemos indicar, que durante la segunda fase de juicio, se produjeron en audiencia de debate los testimonios de Y. V. (ex pareja del acusado con quien tiene tres (3) hijas y madre de M.), de

la Lic. Susana Colonna (Psicóloga Forense del Poder Judicial y quien entrevistó al condenado M. I. para realizar una pericia), de la Lic. Graciela Noemí Hervas (Psicóloga del Hospital Zapala que realizó el acompañamiento previo a realizar la ILE y un seguimiento posterior), de L. S. (Maestra de Bajada del Agrio de M.); de la Lic. Irati Zavala (Jefa del Servicio de Salud Mental del Hospital de Zapala); de la Lic. Sabrina Defino (Asistente Social de la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente), y de la Lic. Soria (Asistente Social y Directora de Hogar de Niños de Zapala). En consecuencia, el pronunciamiento postula que como primer limitación a la labor jurisdiccional de determinación legal de la pena estatal, se encuentra impuesta la escala penal fijada en abstracto por el legislador nacional que conforme el concurso de delitos oscila entre un mínimo de ocho (8) años a un máximo de treinta (30) años de prisión y el ulterior límite concreto el impuesto por el pedido de los acusadores quienes solicitaron la imposición de una pena de veintitrés (23) años y de veinticinco (25) años de prisión de ejecución efectiva, con accesorias legales y costas procesales en ambos casos. En merito a una anterior intervención de este Tribunal revisor –con una diferente integración-, y tratarse el presente caso de un juicio por reenvío (conf. art. 247, párrafo tercero del C.P.P.N.), quedó aún más determinado el máximo de la escala penal a veintitrés (23) años de prisión.

II.b) Ahora bien, ingresando a la cuestión controvertida se debe ponderar si los fundamentos vertidos en el decisorio para determinar el monto de la pena conforme las pautas de mensura objetivas y subjetivas establecidas por los artículos 40 y 41 del Código Penal, a la luz del hecho ilícito y la culpabilidad del imputado, resisten el embate del impugnante en cuanto a la debida motivación. En tal labor, adelantamos que algunos fundamentos expresados para resolver la

procedencia de circunstancias agravantes resultan contrarios al principio de culpabilidad por el injusto penal, configuran supuestos de arbitrariedad y de doble cuantificación contraria a la justa y proporcional medida de la pena.

Si bien la decisión en crisis sostiene que *"solamente corresponde considerar y evaluar aquellas circunstancias pretendidamente agravantes que hayan sido invocadas, expresadas y fundamentadas por la parte acusadora y en su caso, rebatidas por la Defensa, en el marco del sistema acusatorio y adversarial adoptado por nuestro código procesal provincial"*, lo cierto es que arriba a una conclusión y computo de pena muy cercano al propuesto por las partes acusadoras –y rayano al máximo de pena posible para el caso–, aun cuando inician desde distintos puntos de partida. En igual sentido, si bien destacó que *"debo remarcar que no corresponde tomar en cuenta elementos que ya han sido considerados como constitutivos del tipo penal en la valoración previa del legislador al configurar el mismo (prohibición de doble valoración o doble contabilidad), es decir que en la medición de la pena no podemos evaluar nuevamente las circunstancias que pertenecen al tipo legal"*, se advierten extremos que bajo la ponderación de circunstancias agravantes configuran supuestos de doble computo en perjuicio del imputado.

En referencia al primer motivo de agravio, referido a que la sentencia de pena carece de desarrollo y cuantificación objetiva del tiempo utilizado en los diferentes agravantes y atenuantes que conforman su decisión, debemos afirmar que la exigencia reseñada por el recurrente no resulta ni se deriva de las normas procesales y sustanciales que reglan la materia. La requerida cuantificación cuasi aritmética que reclama el impugnante para la correcta estructuración de

la sentencia de pena, configura un motivo de agravio que adolece de configurar una crítica concreta y razonada de la decisión ya que no explica el sustento normativo que apoya su tesis. En suma, la sentencia de pena como todo acto jurisdiccional debe estar motivada y expresar el razonamiento que justifica la decisión, pero no requiere un cómputo aritmético de circunstancias agravantes y atenuantes como postula la quejosa, por lo que procede en primer término rechazar el planteo de nulidad de sentencia deducido.

II.c) Ahora, deberemos abordar el motivo de agravio referido a la exclusión de determinadas circunstancias agravantes de la pena en cuanto la magistrada parte del mínimo legal de la escala penal por aplicación del principio *pro homine* para luego abordar agravantes y atenuantes. Sin embargo, y tal como se hiciera referencia anteriormente, igualmente arriba a un monto de pena de solo un (1) año menos que el requerido por la Sra. Fiscal Jefe interviniente en el caso. En tal sentido, postuló "*la enorme desproporción que podría traer aparejado la fijación de la pena, si se parte del justo medio o de la franja media...*", pero en la práctica, la escasa diferencia temporal que resultó de una pena de veintitrés (23) años de prisión requerida por la Fiscal y el monto de veintidós (22) años determinada en la sentencia, no refleja aquella inicial postulación de la magistrada. También ilustra la reseñada desproporción de la pena fijada, lo relacionado con los fines de la pena de prisión que fuera objeto de controversia entre las querellas y la defensa. Esto, puesto que si bien la magistrada rechaza la requerida implementación de pena con fines preventivos o la imposición de una pena ejemplificadora en el caso, y concluye que la única finalidad constitucionalmente posible "*es la resocialización y readaptación social del condenado*", nuevamente se advierte que no hay diferencia sustancial en los montos de pena determinados. Se presenta esta

similitud de monto de pena entre la requerida y la establecida, no solo a pesar que parten de distintos lugares –justo medio o mínimo legal-, sino que incluso también parten desde opuestos sentidos respecto de los fines de la pena de prisión. Por último, también resulta pertinente para la solución del caso y destacar una inicial desproporción entre el monto de pena requerida por los acusadores y la determinada por la sentencia de cesura, el hecho que incluso la propia magistrada rechazó como circunstancia agravante al tiempo de duración de los abusos sexuales, con el argumento que ya formaba parte de la modalidad comisiva como “delito continuado” y no puede ser nuevamente analizada.

En referencia a las circunstancias agravantes en particular, no resultó cuestionado como extremo para apartarse del mínimo legal aplicable, la modalidad de delito continuado que fuera objeto de la declaración de culpabilidad determinada por el Jurado Popular.

Ingresando a las circunstancias agravantes objeto de crítica, advierto que habremos de abordar los motivos de agravio en el orden cronológico desarrollado por el impugnante, ya que no observa el orden determinado por la sentencia de pena en crisis.

II.d) Como primer agravio a las circunstancias agravantes en particular, la defensa cuestiona que se valore la diferencia de edad entre acusado y víctima por interpretar que configuraría una doble valoración. En tal sentido, si bien en otras oportunidades he adscripto a la tesitura que fuera receptada en la sentencia de pena, lo cierto es que fruto de la deliberación con mis colegas se ha convenido hacer lugar al motivo de agravio invocado. En tal sentido, fruto del intercambio de opiniones se interpreta por esta Sala que la citada diferencia de edad ya forma parte del tipo penal del delito previsto en el art. 119 primer párrafo que regla el abuso sexual contra persona menor de 13 años y en el cuarto párrafo

inc. f, al legislar sobre menor de 18 años. Luego, la ley agravó aún más el monto de la pena para cuando las víctimas tengan menos de 18 años de edad y se presente la situación de convivencia preexistente, elevando las penas de entre 6 meses a 4 años a una pena agravada de 3 a 10 años –caso de abuso sexual simple-, y de ente 6 a 15 años a una pena agravada de 8 a 20 años en el caso de abuso con acceso carnal. En consecuencia, por criterio mayoritario se impone interpretar que la diferencia de edad ponderada ya fue previsto como un elemento agravante por el legislador, y al analizarlo como un agravante independiente para aumentar la pena en el supuesto de la propia figura calificada, conlleva a incurrir en doble valoración o contabilidad, por lo que corresponde excluir su valoración como circunstancia agravante.

II.e) En similar sentido, habremos de expedirnos respecto de la segunda circunstancia que sustenta la queja por la que se cuestiona que se pondere como circunstancia agravante que el delito fue cometido por el padrastro, por cuanto se incurre nuevamente en doble valoración. Veamos.

La magistrada fundamentó la procedencia de tal circunstancia agravante que fuera requerida por las partes acusadoras, en base a la relación cercana preexistente entre imputado y víctima. No obstante, advertimos que aquel fundamento resulta insuficiente para motivar la admisibilidad del mismo como elemento agravante para determinar la pena de un delito ya agravado (art. 119 4to párrafo inc. f del C.P.), por cuanto aquella norma recepta el supuesto de *"...aprovechándose de la situación de convivencia preexistente con el mismo"*. Es dable reseñar que aquella relación cercana derivada de la calidad de padrastro del acusado, ya constituye uno los elementos del tipo penal agravado que fuera incorporado por el legislador al sancionar la Ley 25.087 e incluir el

supuesto de convivencia. Por lo tanto, corresponde excluir su valoración como circunstancia agravante en la determinación de la pena.

En igual sentido me he expedido de modo reciente, al analizar el tipo penal calificado del tipo penal del art. 119 4to. párrafo inc. f. del C.P. que refiere al aprovechamiento de la convivencia preexistente con un menor de 18 años de edad, cuando sostuve que *"aumentar aún más el grave reproche penal determinado por la figura calificada del delito de abuso sexual -que agrava la pena por la calidad de conviviente del autor respecto de un menor de dieciocho (18) años de edad- por resultar visualizado como padre de la víctima, incurre en un supuesto de doble valoración de circunstancias agravantes y en una irrazonable labor en la estimación de la pena"* (**TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN PROVINCIAL DE NEUQUÉN**, Sentencia N° 72/2019, caso "C. E. R. S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL").

II.f) En tercer término, la queja referida a la extensión del daño derivada del delito también debe ser excluido de computo conforme la motivación desarrollada en la sentencia. Ello, por cuanto la alegada diferencia significativa de vida carece de prueba que la sustente y el incremento de la reacción penal por la gravedad del hecho y la afectación de la integridad sexual de la víctima ya forman parte del tipo penal calificado por el que fuera declarado responsable el condenado de autos. En otras palabras, no existen dudas que la vida de M. se vio gravemente afectada por su calidad de damnificada del delito contra su integridad sexual, pero la mera remisión a la extensión del daño para elevar la escala penal de un delito agravado y sin referencia al tipo del daño específico que se le atribuye, conlleva a hacer lugar a la queja y excluir a la extensión del daño como elemento agravante, tanto por falta de prueba como de debida motivación.

II.g) En sentido contrario a lo anterior, habremos de rechazar el motivo de agravio direccionado a cuestionar como circunstancia agravante al embarazo y ulterior interrupción legal del embarazo –ILV- de la víctima, ya que configura un extremo acreditado y motivado supuesto de extensión del daño causado a M.. Así, en razón que la anterior diferencia etaria entre víctima y victimario permite razonablemente atribuirle al segundo la provocación de un embarazo infantil en una niña víctima de doce (12) años de edad, y junto a ello, la consecuente interrupción legal de ese embarazo derivado de una violación y con fines de evitar el padecimiento físico asociado al mismo. Aquellas circunstancias tienen plena autonomía del hecho del abusar sexualmente con acceso carnal de una menor de trece (13) años aprovechando la convivencia, por lo que configura una circunstancia agravante el hecho de acceder carnalmente a la niña de doce (12) años sin recurrir a método preventivo alguno y en donde la posibilidad de un embarazo no deseado se presenta como más que probable. En tal sentido, aquellas circunstancias pueden serle válidamente reprochadas al acusado ya que se encuentran dentro de previsibles consecuencias que pueden derivarse de abusar sexualmente vía vaginal y bajo la modalidad de delito continuado durante cuatro años de una niña con la que se convive.

II.h) En referencia al quinto elemento agravante objeto de queja -cambio de residencia de la menor víctima y grupo familiar-, no se habrá de receptar el argumento de la defensa que sostiene que la mudanza fue por la propia voluntad de madre de la víctima y no puede serle atribuido. La circunstancia de mudarse desde Bajada del Agrio a la ciudad de Zapala luego de atravesar una situación de embarazo y ulterior aborto legal –I.L.E.- derivado de la niñez de la víctima, puede ser razonablemente reprochado al imputado del abuso sexual infantil. La

circunstancia de abusar sexualmente de la hijastra menor de edad de modo continuado en el interior de la vivienda familiar situado en la pequeña ciudad en la que vivían desde los dos años edad de la menor, permita atribuirle al acusado que a consecuencia de su accionar la menor deba mudar vivienda y ciudad por fundadas razones de vergüenza y constante presencia policial en la vivienda. Así, se comparte con la judicante que el cambio de residencia de la niña víctima puede ser considerada una circunstancia agravante para el computo de la pena a imponer.

II.i) En relación al sexto agravante derivado del cambio de escuela y cambio de turno escolar, habremos de hacer lugar a la crítica formulada por la defensa ya que la acreditada circunstancia de cambiar de escuela y turno escolar en virtud de comentarios de una alumna que le causó vergüenza a la menor, no puede serle nuevamente reprochado al acusado ya que al menos parcialmente fue anteriormente incluido como circunstancia agravante dentro del ítem cambio de localidad o residencia.

II.j) Tampoco se puede confirmar como válida circunstancia agravante de pena al hecho de ponderar que el modo comisivo implicó cosificación de la niña víctima, ya que la reiteración de conductas de agresión sexual ya fue objeto de ponderación en oportunidad de valorar la modalidad de delito continuado, y una nueva mensuración conlleva a incurrir en un supuesto de prohibida doble valoración. En igual inteligencia, justificar su procedencia con base a reiterados tocamientos -ya valorado por el legislador en el art. 119 1er párrafo- y accesos carnales-ya incorporado en el art. 119 3er párrafo-, remite a cuestiones propias del tipo penal que determina la pena establecida por el Código Penal.

II.k) El octavo agravante criticado lo constituye el valorar a la modificación de la dinámica familiar derivada del reproche de las hermanas menores de la víctima, y se agravia que configure una circunstancia agravante valida. En relación a ello, si bien el hecho delictivo por el cual fuera declarado responsable obviamente implicó un sustancial cambio familiar por la afectación de la vinculación entre las hermanas menores de M. y el imputado –padre de aquellas-, aquella modificación también afecta al imputado por cuanto no tiene posibilidad de tener contacto con sus hijas biológicas que no resultan victimas en la presente investigación.

II.l) Por último y como novena circunstancia agravante, la sentencia de cesura recepta el ítem de afectación psicológica que la magistrada sustentó en las consecuencias psicológicas que quedan en una niña víctima de abuso sexual infantil y en que aquellas secuelas constituyen un valido agravante que debe ser valorado. En oposición a ello, la defensa se agravió porque sostuvo que aquel extremo carecía de prueba y solo configuraba un supuesto futuro a la luz de la prueba rendida. Ahora bien, asiste razón al impugnante tanto por la falta de prueba científica que permita sustentar aquella afección psicológica, como por el carácter hipotético y conjetural de la presencia del mismo en la menor víctima, por lo que haremos lugar a la queja y dispondremos excluir de cómputo esta circunstancia agravante para la determinación de la pena.

Habida cuenta de esa inicial desproporción entre la pena requerida por los acusadores y la determinada por la sentencia de cesura -a la luz de la distinta modalidad para iniciar el cómputo y la manifiesta discrepancia respecto de los fines de la pena-, la procedencia de las circunstancias atenuantes no controvertidas y la exclusión de parte de las circunstancias agravantes que fueran ponderadas para la

determinación de la pena de veintidós (22) años de prisión, habremos de revocar parcialmente la sentencia de pena dictada por resultar injusta y desproporcionada. En tal labor, habremos de tener en cuenta el fin resocializador que debe tenerse para determinarse una pena privativa de libertad (conf. art. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 1 de Ley Nacional 24.660), y un monto de pena que se corresponda con la culpabilidad del imputado por los hechos cometidos, atendiendo a las circunstancias agravantes y atenuantes antes ponderadas (conf. arts. 40 y 41 del Código Penal).

En tal sentido y toda vez que no resulta razonable el reenvío del presente caso para celebrar un nuevo juicio de determinación de la pena, teniendo en cuenta la doctrina sustentada respecto del reenvío por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Neuquén, sumado a que se encuentra en juego el derecho de las partes a una decisión judicial en tiempo razonable (Art. 18 del C.P.P.N.), y que la prueba rendida y su alegación por los litigantes para esta labor de individualización de la pena se puede valorar de los registros del juicio de cesura, resulta procedente ejercer competencia positiva y dictar en esta instancia el monto de la pena a imponer.

En función de los argumentos ya sostenidos, propiciamos hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida, y en consecuencia revocar la pena y sin reenviar para un nuevo juicio (art. 247 del C.P.P.N.), consideramos justo y equitativo, imponer a M. I., DNI N° ... la pena de DIECISEIS (16) AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, accesorias legales del art. 12 del C.P., y las costas del proceso (arts. 268 y 270 del C.P.P.N.)

El **Dr. Richard Trinchero** dijo: Adhiero al voto del Juez preopinante.

La **Dra. Florencia Martini** dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

A la **tercera cuestión** el **Dr. Federico Augusto Sommer**, dijo:

En merito a la solución del presente caso, no corresponde la imposición de costas procesales por la tramitación de la presente instancia recursiva (cfr. arts. 268 y 270 del C.P.P.N.).

El **Dr. Richard Trinchero** dijo: Adhiero al voto del Juez preopinante.

La **Dra. Florencia Martini** dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

Por lo expuesto, esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial, por unanimidad,

RESUELVE: I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL DE LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA por la Defensa particular a favor de M. I., de demás circunstancias personales obrantes en el legajo (arts. 227, 233, 236 y 239 del C.P.P.N.).-

II.- HACER LUGAR PARCIALMENTE A LA IMPUGNACION ORDINARIA DEDUCIDA EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PENA dictada por el Tribunal Unipersonal de Juicio, y en consecuencia y sin disponer el reenvío para un nuevo juicio de cesura (art. 247 del C.P.P.N.), imponer a M. I., DNI N° la pena de DIECISEIS (16) AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, por los delitos que fuera encontrado CULPABLE por el Jurado Popular, accesorias legales del art. 12 del C.P., y las costas del proceso (art. 268 y 270 del C.P.P.N.) en orden a los delitos de ABUSO SEXUAL SIMPLE

AGRAVADO POR LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON UN MENOR DE 18 AÑOS CONTINUADO EN CARÁCTER DE AUTOR en concurso real con ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON UNA MENOR DE 18 AÑOS, CONTINUADO EN CARÁCTER DE AUTOR, ocurridos entre los años 2014 y agosto de 2018, en perjuicio de la menor M. A. G. V. (conf. artículos 119, 1ro. y 5to. párrafo, con remisión al 4to. párrafo, inc. f) del C.P., en concurso real (art. 55 del C.P.) con art. 119, 3er. párrafo, con remisión al 4to. párrafo, inc. f), art. 45 del C.P. y con más las accesorias legales -art.12 del CP-, y las costas del proceso -Art. 268 y 270 del Código Procesal Penal del Neuquén.-

III.- SIN IMPOSICIÓN DE COSTAS por el trámite derivado de la etapa de impugnación ordinaria de sentencia condenatoria (arts. 268 y 270 del C.P.P.N.).-

IV.- Firme que sea la presente, ejecútese, practíquese cómputo de pena, remítanse los oficios respectivos y comuníquese la presente a la Jueza de Ejecución Penal del Interior de la Provincia del Neuquén por así corresponder.-

V.- Firme que sea, comuníquese a la Dirección de Asistencia a Impugnación y Coordinación General para el registro del condenado en el "**Registro de Identificación de Personas Condenadas por Delitos contra la Integridad Sexual (RIPeCoDIS)**", de conformidad a lo normado por la Ley Nacional 26.879 y la Ley Provincial 2927.-

VI.- Dejar constancia que el magistrado Federico Augusto Sommer participó de la redacción y deliberación de la presente, pero no suscribe la misma por estar en uso de licencia.-

VII.- Firme que sea, notifíquese a la representante legal de la víctima menor de edad M. A. G. V. -Y. V.-,

debiéndosele consultar si desea ser informada de los planteos a que hace referencia el art. 11 bis de la Ley Nacional Nro. 24.660, debiendo, en caso afirmativo, fijar un domicilio y establecer el modo en que recibirán las comunicaciones; pudiendo designar un representante legal y proponer peritos.-

VIII.- Remitir el presente pronunciamiento a la **Dirección de Asistencia a la Impugnación y Coordinación General** –DAICG- para su registración y notificación pertinente.-

Firmado digitalmente por:
SOMMER Federico Augusto

Firmado digitalmente por: MARTINI
Flores María