En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintinueve días del mes de diciembre del año dos mil diez, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Mónica Rodríguez, Roberto Rubén Portela y Daniel Pintos, con la presidencia de la mencionada en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"P., M. s/denuncia-Dolavon" (Carpeta 2059 OJ Tw – Legajo 20291 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por la defensa técnica contra la sentencia Nro. 1795/10 OJ Tw dictada en fecha 30/08/10.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 16/12/10 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado J. A. B. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), e intervinieron por la Defensa Pública, Dr. Abdon Manyauik, y la Dra. Alicia Susana Vilaseca en representación del Ministerio Público Fiscal.

Concluida la deliberación en presencia del secretario (arts. 385 quinto párrafo, 329 y concs. CPP), se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto Rubén Portela, Mónica Rodríguez y Daniel Pintos.

El juez Roberto Rubén Portela dijo:

1. He de principiar este voto efectuando una prieta síntesis de los agravios formulados por el imputado J. A. B., en el marco de la impugnación deducida en el presente caso y el responde a los mismos por parte del Ministerio Público Fiscal.

En tal orden y como el propio impugnante sostiene, su agravio se centra en la pena de ocho años de prisión que le impusiera el Tribunal de Juicio en orden al

delito de abuso sexual con acceso carnal (arts. 45 y 119, tercer párrafo del C.P.), peticionando que la misma se adecue a seis años de prisión conforme a la doctrina vigente para estos casos.

Señala que los sentenciantes para arribar a la pena que concluyeron, no efectuaron una adecuada apreciación tanto de sus características personales como del hecho, sino en forma general, basándose aquélla exclusivamente en el legítimos sentimientos de angustia de la víctima, importando una falta de fundamentación o al menos que la misma resulta incompleta.

En tal sentido, cuestiona los argumentos vertidos por la Dra. Ivana González, quien refiere –al momento de construir la pena - a daños físicos y síquicos, cuando en momento alguno se habló de los primeros y los segundos han quedado en el plaño de la duda dado que tampoco se consultó sobre la formación y actividad sexual de la víctima, más allá del generado por la maternidad. También observa que la magistrada califica al acceso como "sorpresivo y violento", lo cual resulta incoherente con lo sostenido en el veredicto en cuanto se afirmó la duda razonable del consentimiento o no como circunstancia de hecho, cuestión ésta que entiende debe ser valorada en su beneficio y no en su perjuicio; sumando a ello que la a quo en modo alguno valoró la atenuantes, considerando sin más las que efectuara la acusadora en su oportunidad.

A su turno cuestiona del voto del Dr. García, los alcances que el mismo adjudica a los testimonios de las Licenciadas C. y O., observando que la primera de las mencionadas al señalar los indicadores de abuso del caso no pudo concluir si eran producto del hecho o de su consecuencia, la maternidad, señalando al respecto que tanto el "proyecto que no pudo ser" como la ideación de muerte aparecen avanzado el embarazo, no antes, por lo que concluye que los indicadores que

señalara la nombrada son de angustia por una maternidad temprana y no por un hecho que no fue violento. Respecto a lo sostenido por la Lic. O., entiende que el enojo de la victima y la desaprensión en el ámbito escolar por ser madre no puede ser valorado en su contra. Observa asimismo que le adjudica una relación con otra persona al tiempo de los hechos, cuando la misma comienza en forma posterior a los mismos, para concluir conforme a lo sostenido en su favor y a la falta de antecedentes que la pena es justa.

En relación a lo sostenido por la Dra. Servent entiende que no resultan claros los motivos para aumentar en dos años el mínimo cuando evalúa el daño causado en relación específicamente a la maternidad, no menciona situación de violencia, para luego valorar las atenuantes en el modo que lo hiciera.

A modo de conclusión, sostiene que la valuación de la pena se efectuó en relación a la calificación del hecho; que en modo alguno puede valorarse de la misma manera un hecho cometido con violencia y falta de consentimiento expreso que la presunción jure et de jure de esa falta de consentimiento en razón de la edad, por lo que careciendo de antecedente penal alguno y las pautas mensurativas del art. 41, solicita se le imponga una pena de seis años de prisión, disminuyendo de tal modo en dos años la que le impusiera el Tribunal de Juicio.

Finaliza su presentación ofreciendo como prueba los audios de los testimonios que individualiza y formula reservas de impugnación extraordinaria local y del caso federal.

Por su parte, el Ministerio Público Fiscal en su responde a la pena que se cuestiona, sostiene que en modo alguno puede sostenerse la existencia o no de

violencia, cuando el tipo penal del caso no exige su concurrencia por tratarse de una menor de trece años, por lo que la falta de consentimiento se presume "jure et de jure" y que el Tribunal ha mensurado la misma conforme a las pautas de los arts. 40 y 41, concluyendo que resulta justa, solicitando en consecuencia se confirme la sentencia que se impugnara.

2. En el marco de la audiencia de impugnación (art. 385 CPP), La Defensa Pública amplió la fundamentación de los agravios expuestos por escrito, señalando, respecto de lo sostenido por la Dra. Ivana González que la misma mensuró como agravantes los daños físicos y psíquicos en la menor víctima, cuando de los mismos en momento alguno se habló, como así también que la citada juez afirmó que el acceso fue sorpresivo y violento cuando en el veredicto se sostuvo que existía la duda razonable del consentimiento o no en el hecho.

En relación a lo expuesto en sus votos por los Dres. García y Servent, sostiene que nunca se consideró como atenuante la conducta posterior de su asistido que procuró asistir a su hijo. Finaliza su intervención ratificando el escrito de impugnación oportunamente presentando, solicitando se le imponga a su asistido el mínimo de la pena.

A su turno, la Sra. Fiscal sostuvo que los jueces han fundado debidamente las razones que los llevaron a apartarse del mínimo legal, que los mismos han considerado como atenuantes la juventud y la falta de antecedentes del imputado y que el porqué de la pena impuesta, como lo sostiene el Dr. García, ha radicado en la opinión de los especialistas quienes han señalado el inmenso daño causado en la niña como mayor contenido del injusto reprochable, sumado al violento acceso a la reserva sexual y la limitación de los proyecto de la menor, como así también los trastornos que la misma ha sufrido producto del embarazo hasta llegar a intentos

suicidas. Que la extensión del daño como las circunstancias de aprovechamiento para acceder a la menor, han sido tenidos en cuenta para fijar la pena.

En orden a lo sorpresivo y violento que se observa del voto de la Dra. González, señala que los mismos hacen más a la intromisión a la reserva sexual y circunstancias del acceso y como consecuencia de ello, una temprana maternidad en una persona en formación, consideraciones que la a quo consideró ineludibles para no imponer el mínimo legal.

Respecto a lo sostenido por la Dra. Servent, sostiene que la misma fundó la pena en la naturaleza de la acción y la extensión del daño causado con el aprovechamiento de la indefensión y la confianza creada, por lo que concluye que en la sentencia se han dado los fundamentos para apartarse del mínimo legal, encontrando su correlato en el daño causado, ser madre precoz, intentos de suicidio y un estado de difícil recuperación que ha tenido necesidad de expresa asistencia en el área de salud, por lo que solicita se mantenga la pena impuesta.

Cedida la palabra al imputado B., sostuvo que la relación con la menor fue consentida, reconoció el error dado que ahora conoce las leyes y que la pena que se le ha impuesto no le encuentra sentido por tener una familia que lo espera, manifestando su interés en reconocer a su hijo y colaborar en su crianza pero que encerrado no lo puede hacer, por ello es que pide se le imponga el mínimo de pena para poder ayudar. A preguntas varias de miembros del Tribunal, refiere que ha estado con prisión preventiva por cuatro meses, manteniendo la libertad hasta el juicio y que en dicho período estuvo trabajando como albañil pero con la prohibición de acercamiento por lo que no ha tenido

contacto con la familiar de la menor, procurando por terceros colaborar con la crianza de su hija, pero se han negado. Finaliza su exposición reiterando su interés en reconocer a su hija y de tal modo asegurarle una manutención.

3. Citados que fueron los antecedentes del caso a resolver, he de emitir mi voto.

En primer lugar señalo que el pronunciamiento dictado en fecha 30 de agosto de 2010 y registrado bajo el nro. 1795 de la Oficina Judicial de esta ciudad, en cuanto declara a J. A. B., autor material del delito de abuso sexual con acceso carnal (arts. 45 y 119, 3er. párrafo del C.P.), por el hecho ocurrido entre el 13 al 20 de febrero de 2009, en la ciudad de Dolavon, en perjuicio de la menor M.N.L., fue consentido parcialmente por el imputado, ya que prestó conformidad con la materialidad, autoría y calificación que el tribunal le adjudicara, atacando únicamente el quantum punitivo que de ocho años de prisión se le impusiera en el mismo.

Los fundamentos respecto a los agravios que apontoca la defensa, para poner en crisis el tiempo fijado como de cumplimiento de la pena, se basan, como ya lo describiera al inicio del presente, en la omisión de considerar o apreciar circunstancias personales y del hecho en general.

En efecto, encuentro atinada la queja de la Defensa en cuanto a la pena impuesta, debido a los motivos que inmediatamente he de analizar, considero excesiva.

"*Si bien los jueces de los Tribunal son soberanos en la apreciación de atenuantes y agravantes y en la correlativa fijación de la pena, sus conclusiones son revisables en esta instancia si omiten computar un motivo de atenuación, que tengan indebidamente uno de agravación, valoren como agravante lo que debe ser atenuante, o directamente infrinjan las escalas penales*

para el respectivo delito" (Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (Causa 1558, "Sausa, Daniel Omar s/rec. de casación", sent. del 21/12/00, reg. nº 1106).

Cabe señalar, reforzando lo anteriormente expresado, que efectivamente el arbitrio del monto de la pena corresponde a los jueces de mérito, pero ésta graduación en modo alguno (aunque no sea éste el caso), puede resultar irrazonable ni tampoco reservada al sentir de cada intérprete, por lo que el Código Penal a través de los arts. 40 y 41, determina algunos elementos indicativos para que la actividad no repose en la pura subjetividad de los jueces.

El Tribunal de juicio consideró adecuada la fijación de una pena de ocho años de prisión, guardando estrecha vinculación con la pena que a tal efecto requiriera la Fiscalía, valorando cada uno de los magistrados intervinientes, los distintos ítems que determinaron la fijación de la misma, tales como: el mínimo y máximo previsto por el tipo contenido en el art. 119, tercer párrafo del C.P., que va de seis a quince años de prisión; la naturaleza de la acción y la extensión del daño causado a la menor víctima; la falta de uso de preservativo por parte del victimario al momento de concretar el acceso carnal a la víctima.

Respecto al no uso de preservativo por parte del victimario, no encuentro razón alguna para otorgar o no alguna atenuación o agravante de la pena, toda vez que no se ha encaminado la investigación a la posibilidad de una transmisión de enfermedades de carácter sexual, sino una relación con una menor, la que tuvo como consecuencia un embarazo y posterior nacimiento de una criatura que fuera inscripta como C. R. L., que naciera el 24 de octubre de 2009.

Debo merituar también como lo hicieran los sentenciantes, la falta de antecedentes del acusado y el informe psicológico elaborado por la Lic. Forense, P. F., quien señala que el procesado no presenta patologías graves en su personalidad. Que posee un perfil evitativo, dependiente, de baja autoestima; que es una persona inhibida con poca vinculación con el entorno, con una vida más bien socialmente aislada, con cierta mirada del mundo como persecutorio, en el que hay que cuidarse generando temor y desconfianza social. Altos niveles de ansiedad; no se observan escalas llamativas en cuestiones de conductas agresivas o de descontrol impulsivo. No brinda signos de patología mental o de enfermedades que le impidan comprender sus actos. Todas estas situaciones detectadas respecto a su personalidad, determinan una mayor posibilidad de vinculación con personas que son menores, más inmaduras que él o de menor condición social.

Teniendo presente entonces todas estas características apuntadas, sumado a que el nivel de educación abarca la etapa primaria; la dedicación laboral en el ámbito de la construcción, la favorable conceptualización que de el hicieran los testigos en el debate, que no fueron tachados como tales y quienes reseñaran en forma genérica que se trata de una buena persona, trabajadora, no conflictiva, no agresiva etc., se condice con el psicodiagnóstico que llevara adelante la Psicóloga Forense P. F. En ese sentido cabe entonces hacer una reflexión en la fijación o determinación de la pena, teniendo presente para ello, la función que la misma debe cumplir.

Así se ha expedido la Corte Suprema de Justicia Nacional, en cuanto a que '*…la graduación de las penas no puede hacerse mediante un mero cálculo matemático o una estimación dogmática, sino apreciando los aspectos objetivos del hecho mismo y las calidades del autor, lo*

que permitirá arribar a un resultado probable sobre la factibilidad de que el sujeto vuelva o no a cometer un injusto penal… No se trata de limitar la facultad del juez para analizar y decidir sobre aquellos aspectos…, sino de ajustar la elaboración judicial a pautas ordenadoras a tener en cuenta al momento de fallar…' (CSJN., *'M.S. y otra'*, sent. del 15/07/97, publ. en *'L.L.'* 1.997-E-372)...

En base a las distintas circunstancias consideradas por el suscripto y ante la falta de antecedentes condenatorios y las características del hecho, teniendo como víctima a una menor cercana a los trece años de edad, sin que mediara violencia física en cuanto a su ejecución, estimo que debe hacerse lugar a lo solicitado por la Defensa toda vez que, considero convincente la actitud posterior al hecho que nos convoca, adoptada por el imputado cuando se refirió a la posibilidad de realizar trámites diversos para lograr el reconocimiento como padre y ayudar en la crianza de su hija, en la medida de sus posibilidades. Dejo constancia que tengo presente el informe psicológico respecto de la víctima llevada a cabo por la Lic. L. B. C., del cual no se extrae de modo alguno irreversibilidad de daños psicológicos que si bien existieron, no son de la magnitud que prevé el cuarto párrafo del art. 119 del C.P., por lo que en definitiva, convencido de que la finalidad de la pena es la resocialización del sujeto, considero que en este caso y tal como lo solicita la Defensa, debe hacerse lugar a la impugnación incoada y fijarse el quantum punitivo en el mínimo del tipo penal adjudicado, es decir, seis años de prisión.

Finalmente en orden a los honorarios que corresponden a la Defensa, fijo los mismos en la suma

de Pesos Quinientos ($ 500), conforme a lo establecido en los arts. 5, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200) y art. 59 y concs. de la ley V-90 (antes ley 4920).

La Jueza Mónica Rodríguez, dijo:

1. Se agravia el imputado J. A. B. por la cuantificación de la pena impuesta en la sentencia en crisis, de fecha 30 de agosto de 2010, que lo condena a la pena de ocho años de prisión, por el delito de abuso sexual con acceso carnal en perjuicio de una menor de trece años (art. 45 y 119, tercer párrafo, del Código Penal).

Sostiene que el Tribunal A-quo ha considerado el efecto del hecho y las posibles secuelas en la víctima en mayor medida que las circunstancias del hecho mismo, también probadas en la audiencia de debate. Indica que no puede valorarse de igual manera un hecho cometido con violencia y sin consentimiento, que otro respecto del cual sólo juega una presunción *jure et de jure* de esa falta de aquiescencia en razón de la edad de la víctima –doce años-.

Solicita que, en atención a su falta de antecedentes penales y a todos y cada uno de los parámetros contenidos en el art. 41 inc. 2° del Código Penal, se disminuya la pena impuesta, aplicándose el mínimo de la escala penal respectiva, esto es, seis años de prisión. Ofrece como prueba los testimonios de E. M. E. S., E. O. J., M. C., E. V. M., E. B. H., L. V. H., I. S. M., R. A. B. y Lic. G. M. Asimismo pide que el Tribunal reexamine el informe de la Psicóloga Forense, Lic. P. F. y su declaración en la audiencia de juicio.

2. He sostenido antes que la determinación de la pena es la fase de la sentencia penal que más intensamente afecta los derechos de la persona sometida

a proceso y exige, por ello, una motivación específica que va más allá de la genérica exigencia legal y constitucional de fundamentación. El juez debe construir la decisión aún dentro del marco de parquedad de los lacónicos parámetros legales, teniendo en consideración la gravedad del hecho en tanto refleje la culpabilidad del acusado como punto de partida fundamental y decidiendo la cuestión con arreglo, básicamente, a los principios de legalidad, taxatividad legal e interpretativa o interpretación restrictiva, ley penal más benigna, proporcionalidad mínima, trascendencia mínima, humanidad y prohibición de doble punición.

La difícil tarea aconseja establecer parámetros lo más objetivos posibles para permitir el control del razonamiento seguido en la valoración, teniendo en cuenta que la libertad que ha dado el código penal a los jueces en tan trascendente decisión no puede traducir un mero arbitrio, sino el razonado análisis de circunstancias -objetivas y subjetivas- que distingan el hecho a juzgar dentro de la constelación de hechos atrapados por el mismo tipo penal.

3. Cabe, ingresando a la crítica formulada, analizar los argumentos que han sido explicitados en el fallo recurrido para la fijación de la pena en el caso concreto.

Así, la jueza Ivana González alude a las circunstancias tenidas en cuenta por la Fiscalía para requerir la aplicación de una pena de ocho años de prisión. Hace referencia a las condiciones personales del acusado, su juventud, que no posee antecedentes penales, así como que se ha tratado de un solo hecho. En sentido contrario, pondera los daños físicos y psíquicos ocasionados a la menor en comparación con el

mezquino móvil de obtener un mero placer físico. Indica que el acceso carnal fue producido de modo sorpresivo y violento, aprovechando el autor un contexto de confianza preexistente y la inocencia de la víctima. También valora la grave y dañosa repercusión del hecho y de su resultado (un hijo a edad inapropiada) en una niña en plena formación de su personalidad e identidad sexual.

El juez García, por su parte, valora como agravantes las consecuencias del hecho, tanto respecto de la menor como de su núcleo familiar. Alude a la consumación del ilícito por sorpresa y aprovechando la confianza existente, lo cual implica una mayor capacidad vulnerante y estado de indefensión en la afectada. Señala, también, la falta de uso de preservativo, así como la elección de tiempo y de lugar. Pondera la calidad de los motivos que llevaron al acusado a delinquir, indicándolos como precipitados, irreflexivos y, por ende, censurables. Como atenuantes valora el buen concepto de que goza el acusado, así como su falta de antecedentes penales y su comportamiento en el proceso.

La jueza Servent pondera el enorme daño ocasionado a la niña, tanto por tener que asumir una maternidad a edad temprana como por las graves consecuencias psicológicas y físicas padecidas. Valora también la condición de persona adulta del acusado, con estudios primarios completos, el móvil de satisfacer su apetito sexual, la falta de precaución del uso de preservativo y el aprovechamiento de la indefensión y de la confianza de la víctima. Como atenuantes pondera la falta de antecedentes penales del acusado, el buen concepto dado por los testigos en la causa y su comportamiento a lo largo del proceso.

4. Es preciso contrastar los argumentos que fundan el agravio de la Defensa con los fundamentos del fallo,

reevaluando también la prueba ofrecida, a fin de precisar si es justa la pena impuesta, siempre teniendo a la culpabilidad según la magnitud del injusto –en su doble aspecto, es decir, por el hecho en sí y por la vulnerabilidad del agente frente al sistema penal-, como base para la cuantificación.

Anticipo que, en mi opinión, asiste razón a la Defensa en cuanto señala que el fallo ha sobredimensionado los aspectos negativos derivados de la conducta atribuida, en particular, las consecuencias que el hecho ha ocasionado en la víctima, minimizando, como contrapartida, las circunstancias beneficiantes a la situación del acusado en relación a la pena impuesta.

En primer lugar advierto que los Sentenciantes no han indicado el modo en que han ingresado a la escala penal -punto de partida- para hacer pesar las circunstancias beneficiantes o agravantes de la reprochabilidad del acusado. He sostenido en anteriores pronunciamientos que si bien es imposible hacer una cuantificación matemática del valor de cada una de las circunstancias a ponderar, considero que un posicionamiento en aquel sentido constituye un límite útil al intérprete, ya que permite acotar el procedimiento eminentemente valorativo de la individualización de la pena.

En tal sentido, en posición que comparto, la jurisprudencia local ha señalado: "Los principios de máxima limitación de la respuesta contingente, pro homine, y la realidad de nuestro sistema carcelario (que en los hechos genera tendencia a la criminalización secundaria), sugieren partir en el análisis, desde las cercanías a los mínimos establecidos". (del voto del Dr. Montenovo en autos:

“PROVINCIA DEL CHUBUT c/M., J. C.”(Carpeta de la Oficina Judicial Esquel NIC N° 414-Legajo de Investigación N° 3193).

5. Entrando en el análisis concreto de los parámetros legales evaluados en la sentencia de condena, una primera aproximación muestra que los Sentenciantes, más allá de ciertas discrepancias en su ponderación, coinciden en valorar como agravantes la extensión del daño físico y psicológico ocasionado a la menor víctima, la motivación de satisfacer el acusado su deseo sexual y el aprovechamiento de la confianza por la existencia de una relación de amistad preexistente.

Sabido es que en el proceso de determinación de la pena es preciso valorar el objeto que se reprocha en cuanto resulte indicativo de un mayor grado de culpabilidad en el agente. Tal ponderación debe hacerse conforme al daño efectivamente ocasionado o al peligro corrido por el bien jurídico afectado.

Particular relevancia agravante han dado los Jueces A-quo al importante daño psicológico sufrido por la menor víctima, así como a la inesperada y precoz maternidad que ha sobrevenido como consecuencia. No obstante cabe recordar que si bien la extensión del daño producido es uno de los parámetros a tomar en cuenta, es preciso centrar el análisis en la culpabilidad más que en las consecuencias del obrar ilícito, pues su magnitud no siempre, ni necesariamente, guarda relación directa con aquella y esta última es la situación que advierto en el caso de autos.

Los informes profesionales introducidos al debate indican que la damnificada ha sufrido un cuadro traumático que ha modificado su ritmo de vida y provocado un importante cuadro de angustia. Sin embargo la conclusión de los expertos muestra que tal situación

reconoce su origen más bien en la consecuencia de un precoz y no buscado embarazo que en las características propias del acto sexual intrusivo, puesto en conocimiento de su madre aproximadamente seis meses después. En su declaración la menor alude a ese momento al decir: "le conté por eso, porque no iba a poder ocultar el embarazo".

Por otro lado, entiendo que no es el impacto en la subjetividad de cada víctima el parámetro para determinar la mayor o menor gravedad de un hecho delictivo, pues más allá del negativo efecto que todo hecho ilícito provoca –y que es, justamente, uno de los motivos que determinan la conminación penal-, jamás un episodio repercute de la misma manera en las distintas personas y ello no es directamente achacable al agente cuando tales extremos escapan al ámbito de su dominabilidad. Es preciso, pues, contar con pautas objetivas para medir la mayor o menor entidad lesiva de un ilícito penal.

Por ello, aún teniendo por cierto que la extensión y grado de los daños ocasionados a la víctima en el aspecto psicológico fue importante –insisto, más producto del embarazo que del hecho en sí-, ellos forman parte del eventual efecto regular en este tipo de hechos, no advirtiendo en el caso la existencia de parámetros que demuestren un daño, imputable al autor, mayor al que regularmente genera un episodio de las características del investigado.

Cuestión aparte resulta la falta de precaución en el uso de preservativo por parte del acusado, circunstancia que le es achacable y que bien puede vincularse al riesgo generado con su accionar, tanto del contagio de enfermedades venéreas como del de embarazar a la víctima, extremo este último que se ha

concretado en el caso. No obstante entiendo que la aludida circunstancia, en el marco de un episodio producido supuestamente de manera súbita y no planificada, resulta un parámetro neutralizado por una serie de pautas atenuantes que habrán de ser evaluadas de continuo.

6. He de discrepar con la valoración como agravante, contenida en los votos de las magistradas González y Servent, del móvil tenido en miras por el acusado –satisfacer su deseo sexual- al llevar a cabo el hecho. Los "motivos" a que alude el art. 41 inc. 2° CP, si bien constituyen, como señala Zaffaroni, "la base más incuestionable del reproche de culpabilidad por el acto", sólo puede tomarse como parámetro calificante cuando excedan la finalidad normalmente incluída en el tipo penal de que se trate. Es claro que en un delito contra la integridad sexual tomar como agravante el deseo de satisfacer el imputado su libido sexual implicaría una doble y prohibida desvaloración, pues se trata de un extremo de la culpabilidad del agente que se refleja en el mínimo penal que en abstracto ha fijado el legislador, en tanto la conducta no aparezca guiada por un móvil aberrante o particularmente cruel –odio, venganza, resentimiento, etc.-. En el caso entiendo que no se ha dado ninguna de tales circunstancias, sino que el suceso aparece como un impulso momentáneo del acusado dentro del marco de una relación afectiva preexistente.

Por otra parte cabe, también, tener en cuenta que la culpabilidad por el acto no alude sólo a los motivos, sino también al ámbito de autodeterminación que el autor haya tenido al momento del hecho. En este sentido el grado de autodeterminación resulta más o menos amplio en la medida en que la vivencia del agente haya estado más lejana o más próxima a una causa de exculpación. En el caso, tal como lo ha sostenido la

defensa, el error alegado acerca de la precisa edad de la víctima o de la prohibición de la conducta en sí misma, aunque no alcance para eliminar totalmente el dolo o la culpabilidad, viene a jugar como un importante atenuante a favor del condenado.

Debe tenerse presente, además, que no se tuvo por acreditado –cuando menos para la mayoría del Tribunal de juicio- que el contacto sexual se haya cometido con violencia. Por eso no cabe adicionar al consentimiento viciado –presupuesto de la prohibición- ningún otro elemento que repercuta en un mayor grado de reproche por el hecho en sí.

Por otra parte, las características de personalidad del acusado han atentado contra una más ajustada comprensión de la decisión asumida, según lo ha explicado detalladamente en el juicio la Psicóloga Forense, Lic. P. F., al indicar que se trata de una persona cuyo grado de inseguridad lo lleva a vincularse con personas menores que él, con las cuales ve suplido ese déficit de madurez en su formación.

Tengo en cuenta, también, la actitud posterior al hecho delictivo adoptada por el acusado, en cuanto manifiesta que el ilícito aparece como un "error" en su vida y que quiere reconocer a su pequeña hija, extremos que resultan demostrativos de la decisión de asumir la plena responsabilidad por las consecuencias del evento atribuido.

Tomo en consideración, asimismo, que la conducta imputada aparece en la historia vital del joven como un hecho aislado o accidental, ya que carece de antecedentes penales condenatorios. Así, de la prueba rendida en el debate sobre la pena surge que tanto sus familiares directos, como sus amigos o compañeros de trabajo, dan cuenta de una persona seria, responsable,

trabajadora y sin aristas o facetas sociales inadecuadas o negativas, a pesar de su escaso nivel de instrucción.

7. Cabe tener presente que la subsunción legal del hecho prevé una escala penal que reconoce un mínimo de seis años de prisión y un límite máximo configurado –según el criterio que entiendo correcto, fijado por la minoría de la Corte Suprema de Justicia *in re* "Amodio" (L.L. del 8-8-2007, p.8)-, por la pena que en concreto solicitara la parte acusadora, esto es, ocho años de prisión.

Así, teniendo en cuenta las consideraciones precedentes respecto de las pautas a tener en cuenta para valorar la gravedad del hecho, circunstancia determinante en la necesidad de atenuar o agravar la responsabilidad, debo decir que los parámetros ciertos que han quedado probados en el caso no justifican, en mi opinión, un apartamiento del mínimo legal previsto para la figura penal en juego. En virtud de ello entiendo justo disminuir la pena impuesta a J. A. B., tal como lo solicitara la impugnante, fijándola en definitiva en la de seis años de prisión, de conformidad a lo normado por los art. 45, 119 tercer párrafo, 40 y 41 del Código Penal.

8. Adhiero a regulación de los honorarios que corresponde regular de la Defensa Pública por su labor en esta etapa, en la suma de Pesos Quinientos ($ 500), de conformidad a lo establecido por los art. 5, 7, 13, 44 y ccdtes. de la Ley XIII N° 4, antes Decreto-Ley 2200 y art. 59 de la Ley V N° 90, antes Ley 4920.

El juez Daniel Pintos dijo:

I.- En materia de determinación judicial de la pena, la doctrina penal hace tiempo viene llamando la atención acerca de que el arbitrio judicial, no puede confundirse con la arbitrariedad, sino que ha de

orientarse con arreglo a algunos principios. Y los mismos han de extraerse, en parte, de las declaraciones expresas de la ley, pero en parte también de los fines que cabe atribuir al derecho penal.-

En el sentido antes indicado, nos enseña Mir Puig que: "En el **Estado social y democrático de Derecho**…, el Derecho penal ha de proteger a la Sociedad mediante una **prevención general** y una **prevención especial** sometidas a **principios limitadores** como los de legalidad, utilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, humanidad, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización …" (cfme. aut. cit., "Derecho Penal Parte General", 7ª. edición, págs. 723 y ss.; quien más adelante reitera que "…la enumeración de factores a tener en cuenta en la determinación de la pena por parte del Código penal no impide que el juzgador pueda y deba atender además a todos los **principios que han de limitar el *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho**: principios de utilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, resocialización, humanidad, etc.. En particular hay que resaltar la necesidad de que la medición judicial de la pena respete un principio constitucional básico: el **principio de igualdad**. Este principio ha de impedir tanto que por razones coyunturales… se esgrima la prevención general para elevar la pena de algún o algunos individuos más que la de otros, como que la prevención especial se administre desigualmente") –el destacado pertenece al original-.-

II.- Sobre la base de los principios reseñados precedentemente, es que he de concordar con los colegas del Tribunal de impugnación, en el sentido que el agravio propuesto por la impugnante, limitado al monto de la pena impuesta en la sentencia recurrida, al

acusado J. A. B., merece prosperar en esta instancia, en virtud que es evidente el predominio de circunstancias atenuantes en el caso, que autorizan entonces la aplicación del mínimo legal de la escala contemplada en el art. 119 CP.-

1) En efecto, advertimos que reiteradamente en los sufragios de los integrantes del tribunal del debate, se ha aludido con referencia a los medios comisivos del hecho motivo de juzgamiento, al aprovechamiento de la "confianza preexistente", y/o de la "inocencia propia de la edad", al "factor sorpresa", etc., siempre en calidad de agravantes. Soy de la opinión, por el contrario, que en el marco de la figura de Abuso sexual de persona menor de trece años, con acceso carnal (párrafos primero y tercero de la norma citada *ut supra*), si no se ha constatado la existencia del ejercicio de violencia física en perjuicio de la víctima, ello debería favorecer la situación del autor, y ser valorado como una circunstancia minorante.-

2) Algo similar ocurre con la merituación en calidad de agravantes de los daños y/o consecuencias "psíquicos", que se han producido a la víctima. Sobre este particular, entiendo pertinente seguir aquí un razonamiento análogo al propuesto en la doctrina, para interpretar la agravante del art. 119, 4to. párrafo, inc. a, que eleva la escala penal en el caso de "grave daño en la salud física o mental de la víctima"; en el sentido que "no estarán alcanzados por la agravante los resultados que no le puedan ser **atribuidos objetiva y subjetivamente al autor**, porque no pueden existir supuestos de responsabilidad objetiva (**principio de culpabilidad**)" (cfme. "Código penal y normas complementarias…", tomo 4, Artículos 97/133, Parte Especial, págs. 472 y ss., Aporte de Javier A. De Luca y Julio E. López Casariego), el destacado me pertenece.-

En el presente caso, se advierte por un lado la falta de acreditación probatoria suficiente de algunos extremos, que la sentencia ha tomado como base para imputarle a B. episodios sufridos por la víctima (v.g. tener por cierto que la niña ha ingerido pastillas, como consecuencia de un encuentro con el acusado, en el cual éste se habría burlado de ella, todo según manifestaciones del padre de la víctima a la psicóloga tratante, Lic. O.).-

Por otra parte, en otros supuestos se aprecia la evaluación un tanto prematura/anticipada de algunas posibles consecuencias negativas del hecho, y su impacto en la vida de relación de la niña, como si se tratara de algo irreversible (v.g. cuando se concluye que la víctima abandonó la escolaridad, dejando "de lado" sus proyectos futuros en orden a su formación, capacitación laboral, etc.).-

Comparto íntegramente en suma, la apreciación de la colega Dra. Rodríguez, en el sentido que en el fallo se han sobredimensionado los aspectos negativos derivados de la conducta atribuida, en particular las consecuencias que el hecho ha ocasionado en la víctima.-

3) Por último, también se ha valorado como agravante la falta de uso de preservativo, por parte del autor del hecho. Sobre este particular, entiendo que tal extremo se halla vinculado inequívocamente con circunstancias relativas al contagio de enfermedades (v.g. el Síndrome de inmunodeficiencia adquirida); por lo cual, si en el caso no se ha verificado que la víctima haya debido someterse a algún tratamiento al respecto, no se aprecia la incidencia del punto en la determinación del monto de la pena.-

III.- En estrecha vinculación con alguno de los argumentos expuestos en el apartado precedente, vemos que la prueba de descargo que permite concluir acerca de la existencia de atenuantes, justamente potencia aquellas conclusiones parciales. Por caso, el informe psicodiagnóstico producido por la Lic. P. F., en el sentido que no aparecen en su evaluación "componentes agresivos, ni dificultades en el control compulsivo", y que se trata de una persona "bastante controlada", con la necesidad de dar una imagen de sí, que sea positiva.-

Con claridad, nos advierte el jurista español Perfecto Andrés Ibáñez sobre lo "extraordinariamente relevante" de la decisión sobre la pena, aspecto en el que "los códigos suelen trasladar a tribunales, en términos de notable amplitud, la tarea de individualización de aquélla", por ejemplo "cuando se impone la compensación racional de las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el caso; cuando se hace uso de criterios de ponderación como la mayor o menor gravedad del hecho; o se impone considerar la personalidad del delincuente…". Y en particular, previene el autor que: "De todas las categorías legales de uso común, seguramente, la que presenta mayores problemas de utilización es la de **la personalidad del delincuente**, que **no** puede ser interpretada desde una perspectiva de estricta prevención especial sino sólo por **su incidencia en el nivel o contenido de reprochabilidad del sujeto por el acto cometido**. Aquí, mayores problemas quiere decir más **riesgos de un uso arbitrario** que, si bien podrá limitarse en alguna medida por esa vía de la más **rigurosa adherencia de la valoración judicial a las particularidades objetivas del hecho enjuiciado**, serán difíciles de eliminar. Ni siquiera por el eventual recurso a pericias, debido a que el peligro que se

apunta está determinado por la propia naturaleza del objeto de la apreciación –la personalidad-, **de una complejidad extraordinaria**, y por la diversidad y la dificultad del análisis de los rasgos que la integran" (cfme. el trabajo titulado: "La sentencia penal", incluido en la obra: "Justicia penal, derechos y garantías", págs. 153 y ss. –el destacado ha sido agregado al original-).-

Asimismo, la prueba producida resulta unívoca, en el sentido del buen concepto personal, familiar, laboral, y social en general del imputado B. –así lo corroboran los testimonios de E. V. M., E. V. G., I. B. S. M., R. A. B., M. A. C., E. M. E. S., E. O. J., y la Lic. en Trabajo Social G. M.-; como asimismo, se ha acreditado que el acusado no cuenta con antecedentes.-

También resulta pertinente citar la opinión autorizada de Perfecto A. I., cuando enseña más adelante sobre la fundamentación de la sentencia penal en orden a la pena, que: en los casos en que "no exista verdadera claridad de criterio y no se esté en condiciones de justificar convincentemente un grado de pena de posible legal imposición, situado por encima del mínimo, **lo correcto será atenerse a éste**, caso en el que la motivación… podría ser implícita, puesto que vendría ya predeterminada por la propia acreditación de la existencia del delito. Y cuando, en razón de las particularidades personales y del hecho, sea legalmente posible y se estime obligada una agravación de la pena, recorriendo hacia arriba los márgenes de apreciación discrecional abiertos en el supuesto concreto, habrá de considerarse que ello sólo estará justificado si realmente se acierta a *justificarlo* de una forma razonable, argumentada y convincente. Nunca acudiendo a

la vía … de las fórmulas estereotipadas" (cfme. ob. cit., pág 203, el destacado me pertenece).-

Finalmente, en lo concerniente a los móviles y objetivos del autor -"motivos que lo determinaron a delinquir" (art. 41, inc. 2, CP)-, no mediando ninguna comprobación en orden a que el hecho nos remita a una determinada disposición del autor; cabe concluir entonces, que sólo se corresponde con una "situación o tentación momentánea", producto de la falta de reflexión (cfme. Maurach – Gössel – Zipf, "Derecho Penal. Parte General", tomo 2, Editorial Astrea, pág. 280), por lo que no corresponde aquí computar ningún tipo de agravación.-

IV.- Por todo lo expuesto, adhiero al voto de los magistrados preopinantes, por la afirmativa a la cuestión planteada.-

V.- En orden a las costas y honorarios que corresponde fijar en los presentes, adhiero a la propuesta por el primer voto.

De conformidad con los votos precedentes, por unanimidad esta Cámara en lo Penal, dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1)Hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa técnica del imputado J. A. B., cuyas demás circunstancias personales obran en autos, contra la sentencia Nro. 1795/10 OJ Tw, dictada en fecha 30/08/10, modificando la pena impuesta en la sentencia recurrida, y fijándola en definitiva en **Seis Años de Prisión** (art. 119, tercer párrafo y 45 del C.P.P.), por el hecho ocurrido aproximadamente entre los días 13 al 20 de febrero de 2009;

2)Regular los honorarios de la Defensa Pública en la suma de Pesos Quinientos ($ 500.-), por la labor

desarrollada en la presente etapa, de conformidad a lo establecido por los art. 5, 7, 13, 44 y ccctes. De la ley XIII N° 4 -antes Decreto Ley 2200- y art. 59 de la ley V N° 90 -antes Ley 4920-.

3) Protocolícese y notifíquese.

Roberto Rubén Portela **Mónica Rodríguez**

Se deja constancia que el juez Daniel Pintos, ha remitido su voto a esta sede, vía correo electrónico y con firma digital. Registrada con el Nro. /2010 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.