PROVINCIA DEL CHUBUT

PODER JUDICIAL

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

En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los quince días del mes de septiembre de dos mil diez, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, el Tribunal integrado por el **Dr. Víctor Alberto SARQUIS**, en su carácter de Presidente, el Sr. Juez de Cámara **Dr. Martin MONTENOVO y el Sr. Juez de Cámara Subrogante, Dr. Ricardo R. ROLÓN**, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco de la Causa caratulada: **"PROVINCIA DEL CHUBUT c/ M., J. C." (Carpeta de la Oficina Judicial Penal de Esquel, N°414, Legajo de Investigación Fiscal N° 3193)**, en las que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal General, **Dr. Martín Eduardo ZACCHINO**, en representación del Ministerio Público Fiscal, **el Dr. Omar Osvaldo LÓPEZ**, en como Defensor del imputado **Sr. J. C. M.**, en representación del Ministerio Público de la Defensa.-

Y CONSIDERANDO.

Que el día 08 de septiembre del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Víctor Alberto Sarquis, en la que Defensor Público del imputado, Dr. Osvaldo Omar López ratificó y mejoró los fundamentos de los agravios contenidos en la impugnación ordinaria que oportunamente articulara el por entonces Defensor General del Ministerio Público de la Defensa, Dr. Javier Angel Allende (conf,

escrito fs. 68/74. de la Carp. Of. Jud. Esquel NIC N° 414, Leg. Fisc. N° 3193), contra la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Colegiado, presidido por la Dra. Cristina Isabel Jones, e integrado con los Dres. Jorge Eyo y Nelly García, que luego de dictada la sentencia de responsabilidad, con fecha 14 de noviembre de 2008, registrada bajo el N° 1445-F° 2308/2337, del año 2009, de la OJ cit., por la cual se declarara a J. C. M., autor material y penalmente responsable del delito de Abuso Sexual Agravado por el Vínculo (arts. 45 y 119, párr. 1° , 4° inc. b) e "in fine" del C. Penal), condenara al imputado a cumplir la pena de CINCO AÑOS de PRISIÓN de cumplimiento EFECTIVO, accesorias legales y las costas del juicio (arts. 12. 29, inc. 3°, 40 y 41 del C. Penal), conforme decisorio del día dos de diciembre de 2008, y que fuera registrada bajo el N° 1518, F° 2442/2447, Año: 2008, OJ cit..- Asimismo, en dicho escrito, había requerido que la sentencia cuestionada sea revocada conforme los agravios planteados, diminuyéndose el monto de pena impuesto a tres años de prisión, suplantando la modalidad de cumplimiento efectivo de la pena por su ejecución en forma condicional.- Todo, en relación al hecho cometido por el imputado en la ciudad de Esquel, entre el 08 de abril de 2005 y el 20 al 31 de octubre de 2007, en perjuicio de su hija M. S. M.- Finalmente, en caso de no hacerse lugar a la impugnación planteada, formuló reserva de articular en favor de su pupilo el recurso extraordinario previsto en el art.375 del CPP por ante el Excmo.STJCh, y eventualmente,"...el caso federal por inconstitucionalidad y/o arbitrariedad de sentencia por ante la CSJN, en los términos del art. 14 de la Ley 48..." (conf. fs.73 vta. CJ cit.).-

En el marco de la audiencia citada, reiteró el Sr. Defensor del imputado, los motivos de agravios volcados en su escrito impugnatorio de fs. 68/73 vta. CJ cit., ratificando

y mejorando profusamente sus fundamentos, siguiendo la misma línea marcada en el escrito impugnatorio.-

Tales agravios fueron contestados por el Ministerio Público Fiscal, primero, en la persona del Sr. Fiscal General, Dr. Martín Eduardo Zacchino, al corrérsele traslado de escrito de expresión de agravios de la Defensa (conf. escrito fs. 76/77 vta. CJ cit.) y luego, ya en la audiencia fijada en esta instancia, al contestar a la Defensa la ratificación y el mejoramiento de los mismos.- En dicha oportunidad, el Sr. Fiscal – "General ratificó y reiteró también profusamente los fundamentos volcados en el escrito de contestación de agravios (fs.cit.CJ cit.), a cuyos términos finalmente se remitió "brevitatis causa", reiterando su petición de que se rechace la impugnación formulada y se confirme en todos sus términos del decisorio puesto en crisis.-

Finalmente el Sr Presidente concedió la palabra al imputado. Sr. J. C. M. para que manifieste lo que considerara pertinente en relación a su defensa material, manifestando sólo que para él "...hace mucho que está preso, ...de ser una persona diferente supuestamente para las personas que lo juzgan... que hace ya más de 10 años que viene con este problema...", que "no ha tenido oportunidad de poder ser oído, ha pedido ayuda... y que en este momento lo único que quiere es "...que se le dé una oportunidad de reconciliación con su familia...", "...que estos problemas le han traído gravísimos problemas dentro de la sociedad, ha nacido en Esquel lo conocen en Esquel...", por lo que sólo pide que se le de una oportunidad para desarrollarse en los trabajos que realiza.-

Atento los precedentes reseñados, corresponde dar respuesta fundada a las cuestiones que fueran objeto del

recurso, como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5° párrafo, CPP).-
A esos fines, el Tribunal fijó las siguientes cuestiones a resolver: 1°) ¿Debe admitirse o rechazarse la impugnación planteada por el Sr. Defensor del imputado J. C. M. contra la sentencia que lo condenara a sufrir la pena referida más arriba? y 2°), en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-
Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° párr. del CPP), se estableció el siguiente orden para la votación: Sarquis – Montenovo -Rolón.-

El Juez Dr. Víctor Alberto SARQUIS, dijo:
I.- ANTECEDENTES DE LA IMPUGNACIÓN PLANTEADA: Conforme la síntesis de los antecedentes reseñados, llegó el presente caso a conocimiento y decisión de este Tribunal con motivo de la impugnación ordinaria deducida por escrito por el Sr. Defensor Público del imputado, Dr. Javier Angel Allende (conf. fs. cit., CJ cit.), contra la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Colegiado de esta Circunscripción Judicial, presidida por la Dra. Cristina Isabel Jones, e integrado con los Dres. Jorge Eyo y Nelly García, de fecha 02/12/08, que condenara al imputado Sr. J. C. M., como autor material y penalmente responsable del delito de Abuso Sexual Agravado por el Vínculo (art.45 y 119, párr. 1°, 4° inc. b) e "in fine" del C. Penal), a sufrir la pena de CINCO AÑOS de PRISIÓN de cumplimiento EFECTIVO, con más accesorias legales y las costas del juicio (arts.12,19,29, inc.3°, 40 y 41 del C. Penal), según sentencia registrada bajo el N°1518, F° 2442/2447, Año 2008 de la Of.Jud.cit..-
Las pretensiones del recurrente, expuestas en el escrito impugnatorio referido, apuntaron a solicitar la revocación de aquélla, por las razones y motivos que conformaron los agravios -que detallaré "infra"-, requiriendo se modifique

el monto de pena impuesta, fijándosela en tres años de prisión, requiriendo además, que dicha pena le sea impuesta a su pupilo en forma condicional.-

Tales agravios fueron ratificados en la audiencia fijada ya en esta instancia, solicitando su íntegra reproducción y requiriendo que en su caso, se tenga presente las reservas de plantear el recurso extraordinario ante el STJCh previsto en el art. 373 del CPP y eventualmente, el recurso extraordinario federal por ante la CSJN, por existir a su criterio cuestión federal suficiente que habilite la vía prevista en el art. 14 de la Ley 48.-

Asimismo, el Sr. Fiscal General Dr. Martín Eduardo Zacchino, al contestar por escrito los agravios citados (fs.76/77 vta., CJ cit.), solicitó el rechazo de la impugnación planteada y la consiguiente confirmación de la sentencia cuestionada en todos sus términos.- Postura ésta, que reiteró en esta instancia, requiriendo se tengan por reproducidos los fundamentos allí expuestos en todo sus términos, así como la petición confirmatoria de la sentencia en crisis.-

II) RESEÑA DE LOS AGRAVIOS.-

Los agravios formulados en el escrito impugnatorio propuesto por la Defensa Técnica de M. contra la sentencia condenatoria individualizada más arriba, comprendieron las críticas formuladas a ésta en dos acápites previamente delimitados, que reseñaré a continuación, sin perjuicio de 1a ampliación de fundamentos expuestos oralmente en la audiencia que precediera a este decisorio.-

En el marco del primer agravio, la Defensa Técnica del imputado, sostuvo primeramente, que la sentencia en crisis, al cuantificar la pena a aplicar a M., violentó los arts. 40 y 41 del C. Penal, incurriendo en inobservancia y errónea aplicación de la ley de fondo (arts.26, 40 y 41 del

C. Penal , conf. arts. 372 inc. 2° y 374 y ccdtes. Del CPP).-

Ello porque según la Defensa, al momento de determinar el monto de la pena, en el caso de la doctora García, se consideró como entrada a la escala punitiva su término medio, a partir del cual se considerarían las atenuantes y agravantes, método que considero cuestionable como principio general, puesto que su lógica no explica como un abuso sexual simple de las mismas características del de autos podría alejarse del mínimo de la escala si no hay otra agravante por el vínculo ya contemplado en la abstracta conminación del mismo, entendiendo que el punto de partida debe ser el mínimo de la escala penal debiendo ponderarse a partir de allí agravantes de relevancia para aproximarse al máximo conminado, criterio que por otro lado ha sido recogido en el ejemplo dado por el doctor Eyo al sostener que el mínimo de la escala penal para este tipo de delitos sería la conducta de una persona con un solo tocamiento y sin prohibición de acercamiento y plena capacidad de culpabilidad, la cual no posee M. por la parafilia que padece.

Por otro lado consideró errado tener en cuenta una pena máxima de diez años, conminada en abstracto, o de ocho años conforme a la escala legal puesto que en ambos casos, el monto es superior a los siete años de prisión requeridos por la acusación ya desde que se fijara la pretensión punitiva inicial al formular la acusación, estimando que este monto de siete años sería el máximo de pena a considerar.-

Asimismo cuestionó que el a quo no haya efectuado una readecuación del monto punitivo en el caso concreto, teniendo en cuenta que, en primer lugar, la propia sentencia de responsabilidad había absuelto a M. por uno de los delitos por los que se los juzgaba (el de

desobediencia), lo que implica una menor magnitud del injusto; en segundo lugar, porque ni la doctora Jones ni la doctora García tuvieron en cuenta en beneficio del imputado, su falta de antecedentes penales, que si fue considerado por el doctor Eyo, sosteniendo el impugnante que tal circunstancia debió haber sido valorada en sentido favorable a M. en la medida que el respeto a la ley penal, implica un necesario grado de internalización normativa y por ende a la convivencia social, lo que demuestra una menor necesidad de tratamiento penitenciario que una persona con condenas anteriores y por tanto una menor necesidad de encierro. Agregó que el hecho de que en el tercer voto no se hiciera mención alguna a la falta de antecedentes condenatorios del imputado, es un error del fallo en la medida en que también aquí se omitió la consideración de prueba objetiva y que era necesaria como parámetro para establecer el monto de pena y la modalidad de cumplimiento.- En tercer lugar advirtió el impugnante que los votos de los jueces del tribunal no consideraron en favor de su pupilo las declaraciones de las hijas de M. en cuanto manifestaron su voluntad de que su padre no sea encarcelado, dándosele credibilidad a sus dichos sólo cuando aportaron datos de cargo, lo que interpretó como una apreciación parcial y arbitraria de los testimonios violando el análisis integral al que obliga el sistema de la sana crítica, teniendo en cuenta que en el decisorio no se afirma la prueba que acreditaría ese aspecto ambivalente en el ánimo de las declarantes, por lo que resultaría sólo de una convicción del juzgador no sostenida probatoriamente en el fallo.-

El segundo agravio apuntó a cuestionar la modalidad efectiva de cumplimiento de la pena que dispusiera el tribunal a quo, aseverando que más allá de que tal modalidad estaría implícita en el monto de pena impuesto,

existen razones para demostrar que el cumplimiento bajo esa modalidad deviene innecesario y por ende desproporcionado y razonable en términos constitucionales, atento a que no se valoró lo sostenido por la Lic. S. en cuanto a la sinceridad del imputado respecto a su pedido de ayuda y de aceptar someterse a tratamientos, que sufría por lo que le pasaba Y que su tratamiento podía ser ambulatorio.- En este aspecto cuestionó el criterio de la doctora Jones referido a que para ella la pena debía ser cumplida de manera efectiva para que el imputado internalice mejor las normas, por considerarlo refractario al cumplimiento de órdenes judiciales anteriores, remarcando que sobre el particular nada dijeron los otros dos magistrados, más allá de que la doctora García aludió a que M. debía recibir tratamiento especializado que podría proporcionar el sistema penitenciario.- Al respecto por un lado, la Defensa remarcó que tal conducta refractaria al cumplimiento de órdenes judiciales no puede ser computada en este ámbito, ya que M. fue absuelto por conductas de ese tipo.- Y por otro lado, tampoco se advierte que exista fundamento alguno acerca de que el tratamiento a que se lo debía someter deba ser realizado bajo encierro carcelario, cuando la Lic. S. aseveró que aún cuando M. necesita atención especializada, "su tratamiento terapéutico puede ser ambulatorio".-

Por ello concluyó que la falta de fundamento que ostenta la sentencia en el punto, produce al imputado un doble agravio: primero, en cuanto a la modalidad de cumplimiento de la pena en sí misma, y segundo, "...porque el tratamiento ambulatorio tiene incidencia en el monto de pena para que así pueda darse...".- Respecto del primer aspecto, sostuvo con cita de un fallo de la CSJN, que "...nada autoriza al Tribunal a dejar de lado el análisis de prueba con aptitud para orientar el cumplimiento de condena con la modalidad contraria..." si ello fue

planteado por la Defensa en base a pruebas que han sido regularmente debatidas -en particular, las que acreditaran la falta de antecedentes condenatorios de M. y el dictamen de la Psicóloga Forense Lic. S.-, y que dieran fundamento a lo solicitado.- Y en relación al segundo aspecto, remitió a los cuestionamientos formulados acerca de la razonabilidad del monto de pena impuesto.-

Finalmente requirió se haga lugar al recurso, se imponga a M. una pena no mayor a los tres años de prisión, que la misma sea de ejecución condicional y que en caso de no acogerse su pretensión se tenga presente las reservas formuladas de plantear los recursos extraordinarios antes indicados.-

Y ya en esta instancia, el Sr. Defensor General, Dr. Omar Osvaldo López, reiteró y amplió profusamente con el sostén de importantes citas doctrinarias, los fundamentos de los agravios citados, siguiendo los lineamientos marcados en el escrito impugnatorio del Dr. Allende que acabamos de explicitar, cuyos detalles obran en el audio de la audiencia, a los que me remito a todo evento.- Asimismo, el Dr. López reiteró en esta instancia las reservas y peticiones que formulara el Dr. Allende en el escrito citado.-

Para no volver sobre el particular, consigno que contestando tales agravios del impugnante, el Sr. Fiscal General, Dr. Martín Eduardo Zacchino, en su escrito de fs. 76/77 vta. CJ cit., luego de advertir que los fundamentos plasmados en los votos por los Jueces del Tribunal a quo "...no tienen fisuras...toda vez que los argumentos allí vertidos no han hecho más que plasmar y valorar lo que ha ocurrido en el transcurso de la audiencia de debate y en particular al tiempo de mesurarse el monto de pena aplicable, discrepando con la Fiscalía sólo en cuanto al monto de pena impuesto, sostuvo que los jueces fueron

coincidentes en cuanto a considerar como agravantes las características del hecho imputado (abuso sexual reiterado), la modalidad de ejecución de los hechos (generar las condiciones para abusar de su hija), el incumplimiento de órdenes judiciales y el daño ocasionado a las víctimas.- Asimismo, coincidió con el criterio esbozado por la Dra. García en cuanto a que la entrada a la escala penal debe hacerse a partir de su término medio, ...debiendo merituarse a través de un sistema de contrapesos los atenuantes y agravantes conforme los artículos 40 y 41 del C- Penal, ya que de lo contrario se tendrían en consideración sólo los máximos o el mínimo de la escala penal, según los casos...." (fs.77 CJ cit).- Finalmente fustigó el planteo defensista que apuntara a cuestionar el fallo por no haber considerado como atenuante la falta de antecedentes penales condenatorios del imputado, lo que indicaría un necesario grado de internalización normativa y por ende de convivencia social, dándole un sentido contrario al dado por la primer sufragante, para quien ello no se daba dado su comportamiento refractario al cumplimiento de órdenes judiciales.- Por todo ello, entendió el MPF que el fallo se ha ceñido al análisis de los hechos sometidos a juzgamiento, que se halla debidamente fundada en las pruebas producidas en el debate y en la etapa de determinación de la pena, pro lo que no se advierte, según el Fiscal, violación alguna a las normas del procedimiento, así como tampoco que se haya incurrido en la inobservancia o violación de la ley sustantiva.- Por todo ello, propuso se rechace la impugnación ordinaria planteada por la Defensa.-

Tales contestaciones a los agravios citados, fueron reiterados en debate y ampliados en esta instancia en la audiencia celebrada a tenor del art. 385 del CPP,

ratificando su pretensión de que se rechace el recurso interpuesto y se confirme en todos sus términos y en su integridad, la sentencia impugnada.-

III.- TRATAMIENTO DE LOS AGRAVIOS RESEÑADOS.-

Antes de abordar específicamente el tratamiento de los agravios citados, entiendo pertinente, por haber sido materia remarcada por la Fiscalía al contestar en esta instancia el mejoramiento de lo fundamentos de los agravios expuestos por el Dr. López, recordar la proposición fáctica que conformara el caso de la acusación y por la cual fuera llevado a juicio el Sr. M., la que fuera tenida por debidamente acreditada por la sentencia condenatoria cuestionada.- En tal sentido, la descripción de los hechos que formaron parte de la acusación, al requerirse la apertura del debate.- En ese sentido, y sólo en relación a los hechos por los que fuera condenado M., estos fueron descriptos como ocurridos, el primero de ellos, en esta ciudad de Esquel, sin determinarse fecha precisa, pero que tuvieron inicio cuando la menor M. S. M., hija del imputado, tenía la edad 14 años, esto es, teniendo en cuenta que la misma ha llegado a esa edad el 08 de abril de 2005, desde esa fecha hasta el momento de hacer la denuncia, el 31/10/07, en el domicilio del imputado, sito en Pasaje C. N° ****, a dos casas de la de la víctima, en circunstancias en que el imputado J. C. M., procedió a abusarla sexualmente haciéndolo en reiteradas oportunidades, acariciándola, tocándole la piel cuando requería de su ayuda para llevar a cabo presupuestos de diversos trabajos, llegando en alguna ocasión a quitarle el corpiño, obligándola por la fuerza a que lo bese en la boca, bajo la advertencia de que si no lo hacía, le pegaría.-

Focalizando ahora nuestra atención al ámbito del primer agravio, partiré del análisis de los cuestionamientos formulados al fallo, por una supuesta violación de los arts. 40 y 41 del C. Penal, primero, porque al menos en el voto de la Dra. García, se ha tomado como punto de partida para la mensuración de la pena, el término medio de la escala penal, y no su mínimo como correspondería, por las razones que dio y que se expusieran más arriba; segundo, porque los Jueces al mensurar la pena, no tuvieron en cuenta que en los siete años de prisión que solicitara para su pupílo el MPF, se incluía la que le correspondía por el delito de desobediencia (que integraba, en concurso real, la imputación que le formulara el MPF en su alegato final), por el que fuera absuelto por el Tribunal de Juicio Colegiado, circunstancia que debió considerarse para que aquella mensuración de la pena resulte proporcionada a la magnitud del injusto, entendiendo por ello, que el máximo a considerar para realizar la mensuración de la pena, no podría ser superior a los seis años de prisión; tercero, porque los Jueces han tratado diversamente la significación que en la ponderación de la pena tendría la falta de antecedentes penales del imputado -mientras uno de los Jueces del Tribunal, la Dra. Jones no lo consideró como atenuante, atento su patología, la Dra. García, directamente no lo consideró, en tanto el Dr. Eyo lo consideró como atenuante de la pena-, cuando a su criterio, debió ser considerada como lo afirmara este último Magistrado, esto es, en favor de su pupilo, "...en la medida que el respeto a la ley penal...implica un necesario grado de internalización normativa, y por ende, a la convivencia social..." lo que implicaría "...una menor necesidad de tratamiento penitenciario..." que el de una persona que registre condenas anteriores y por ende menor necesidad de encierro...", agregando que la falta de

consideración de aquella circunstancia, ha hecho que el monto de la pena impuesta se torne desproporcionada a la situación del imputado en su conjunto, "...máxime cuando el delito por el que M. fue condenado se refiere a la "parafilia" franca y declarada que padece y que el Tribunal tuvo por acreditada...", así como también que la misma puede superarse con tratamiento ambulatorio, que bien podría ser impuesto como una de las condiciones de la condena de ejecución condicional, como lo propone el impugnante.- Cuarto, porque los Jueces del Tribunal evaluaron sólo parcialmente los testimonios de las hijas de M., desde que tomaron de ellos sólo lo que tenía que ver con los aspectos cargosos, sin ponderar los aspectos que lo beneficiaban, como es, a criterio de la Defensa, su deseo unánime de que su padre no deba ser encarcelado por los hechos cometidos, lo cual implicaría "una apreciación parcial y arbitraria de los testimonios" violando el análisis integral que impondría el sistema de la sana crítica, lo que sería sólo el resultado de una convicción del Juzgador, no sostenida probatoriamente en el fallo, circunstancia que le quitaría fundamento, lo que justificaría su revocación.-

Sentado ello, confrontaré seguidamente cada uno de los puntos citados con el tratamiento que les dieran los Sres. Magistrados del Tribunal "a quo", adelantando que en líneas generales, aquellos cuestionamientos no deben ser acogidos en su totalidad, sin perjuicio de las salvedades que, a mi modesto entender, corresponde efectuar sobre alguno de ellos.-

En cuanto al primero, si efectuamos una detenida lectura de los fundamentos sobre los que cada uno de los Magistrados del Tribunal "a quo" construyera la determinación final de la pena que correspondería aplicarle a M. por los hechos que se le reprocharan, integrando unánimemente el criterio

que adoptara el Tribunal en este punto, advertimos que más allá del punto de inicio en que los jueces se ubicaran dentro de la escala penal aplicable -que por estar legalmente establecida, obviamente tomaron-, cada uno de los Magistrados no sólo han explicitado con toda claridad cuáles circunstancias tuvieron en cuenta -dentro de las que fueran materia de análisis y controversia entre las partes en la audiencia de cesura-, sino que además, se preocuparon en mostrar puntualmente porqué consideraron a unas circunstancias como agravantes y a otras como atenuantes, para finalmente ponderar como justo y proporcional al hecho cometido, el monto de pena impuesto.- Esta inicial aproximación al análisis del cuestionamiento defensista, muestra de inicio, que más allá del punto de la escala penal pertinente del que partieran para abordar la tarea de mensuración de la pena, los Sres. Magistrados han dado profusas razones, ampliamente justificativas a mi entender, de la proporcionalidad del monto de pena que impusieron a M., sin perjuicio de las precisiones que también a mi entender hubiese correspondido hacer en el caso; de allí que por tales razones y sin perjuicio de otras consideraciones teóricas, no puede achacarse a la decisión adoptada por la sentencia en cuanto al monto de pena impuesto, ni falta de fundamentación suficiente, ni discrecionalidad, ni menos arbitrariedad en la decisión adoptada sobre el punto.-

Asimismo, si bien puede compartirse con el Sr. Defensor algunas de las razones que mencionara en relación a considerar como más apropiado para el proceso de mensuración de la pena, el partir del mínimo de la escala penal aplicable al injusto cometido, ello no implica erigirlo sin más en un principio general incuestionable, como lo indica el impugnante.- Menos aún descartar la posible utilización de otros sistemas, como el que tomara

la Dra. García para idéntica tarea, siempre y cuando tal elección no implique desorbitar la proporcionalidad que debe existir entre la magnitud del injusto, el grado de culpabilidad del agente que lo produjo y el monto de pena impuesto, aún reconociendo el inevitable margen de discrecionalidad que tienen los jueces en la precitada tarea.-

Por ello, la queja del impugnante en este aspecto, no puede ser acogida.-

En cuanto al segundo cuestionamiento que mencioné, adelanto que el mismo tampoco a mi juicio, debe ser atendido.- En tal sentido, parto por señalar una circunstancia que no por conocida es menos cierta: al enfrentarse los jueces con su deber funcional de determinar la pena que debía sufrir M., lo hicieron partiendo de una decisión jurisdiccional anterior, esto es la que adoptaron en la sentencia de responsabilidad dictada el 14/11/08, considerándolo sólo autor responsable del delito de Abuso Sexual Agravado por el Vínculo (arts.45 y 119, párr. 1° y 4° , inc. B) e "in fine" del C. Penal), absolviéndolo del delito de desobediencia (conf. puntos 1°) y 2°)de la parte Resolutiva de la Sent. N° 1445/08, fs.44 a 60 vta. CJ cit).-

Es decir, que para resolver la pena a aplicar en la audiencia del juicio de cesura (arg. arts.329, 304 y 343 del CPP), los Jueces partieron de lo ya resuelto en la sentencia de responsabilidad -que como vimos eliminara el delito de desobediencia del marco de la imputación formulada al encartado-, y, además, de los aportes de las partes volcadas en la audiencia del juicio de cesura citado, en que se debatió sólo sobre la pena que debía corresponderle a M. por el delito de Abuso Sexual mencionado.-

Y si bien es cierto que el MPF mantuvo invariable en la audiencia del juicio de cesura, el monto de la pretensión

punitiva provisoria que estimara originariamente ya desde la formulación de su acusación -en que incluyera la imputación por Desobediencia-, tal como se advirtiera en los "resultandos" del decisorio impugnado (conf. fs. 63 CJ cit.), y que la Defensa, en dicha instancia ya había valorado que tal circunstancia, por sí sola, debía generar una reducción de la pena a imponer (íd. fs.63 vta. CJ cit.), lo cierto es que para los Jueces, ni tal mantenimiento de la pretensión punitiva originaria del MPF, ni tal sugerencia de la Defensa, han tenido significación en la determinación del quantum de pena que seleccionaron.- En tal sentido, y en esta línea de análisis, la Dra. Jones inició su voto adelantando que cumplida la segunda etapa del debate (art. 343 CPP), tendrá en cuenta para resolver sobre la pena,"...las características de los hechos por los cuales se condenara a J. C. M. como autor material y penalmente responsable del delito de Abuso Sexual agravado por el vinculo..., y que fueran traídas a colación por la Fiscalía en su alegato final, como asimismo la prueba a tener en cuenta para demostrar el daño causado y las condiciones personales del nombrado...", considerando que "la respuesta punitiva construida por la Fiscalía luce más acorde a la magnitud del injusto cometido y al grado de responsabilidad demostrado por el imputado en el mismo que la propuesta por la Defensa Técnica..." sin perjuicio de entender que aquella "...debe ser morigerada en virtud de las condiciones personales del inculpado que obviamente han tenido repercusión en su culpabilidad..." concentrándose luego en seleccionar prolijamente las circunstancias agravantes y atenuantes que consideró significativas para arribar a la determinación final de la respuesta punitiva que consideró adecuada, y con la cual coincidieran absolutamente los Sres. Magistrados que votaran seguidamente, y sobre las que volveré "infra".- Por estas

razones, reitero, no debe acogerse el cuestionamiento en análisis.-

Entrando ahora al análisis del tercer cuestionamiento planteado por el impugnante y señalado más arriba, un primer acercamiento al mismo confrontado con la forma en que los Jueces trataron las circunstancias a que el mismo se refiere, pone de resalto el disímil criterio con que los Magistrados han ponderado la incidencia que la inexistencia de antecedentes penales condenatorios y el buen comportamiento pretérito del imputado en el ámbito social en que se desenvuelve, ha tenido en la merituación y cuantificación del monto de pena impuesto.- En tal sentido, es cierto que cada uno de los Jueces, como lo señalara el impugnante, le han dado a tales constataciones, o diversa relevancia (votos Dres. Jones y Eyo), o ninguna, obviando su tratamiento, como fue el caso de la Dra. García.- Pues entonces, debemos a esta altura preguntarnos: ¿es o no indiferente o irrelevante, al momento de seleccionar el quantum de la pena a imponerle al autor de un injusto penal, la circunstancia de que haya cometido o no otros delitos anteriores, posteriores o concomitantes al que se juzga, más allá de la concepción que cada uno tenga sobre los fines de prevención especial de la pena? ¿Corresponde ponderar o no dicha circunstancia como atenuante de la pena a imponer en un caso como el de autos?.-

Idénticas preguntas corresponde formularse respecto del buen concepto social del imputado, considerado debidamente acreditado en autos, como lo reconocieran los Magistrados.- Al respecto, y desde mi punto de vista, comparto la afirmación del segundo votante, Dr. Eyo, en cuanto a que sí deben considerarse como atenuantes tanto la falta de antecedentes penales verificados –rememorando idéntico concepto vertido al medir la pena en el caso M. resuelto por un Tribunal de Juicio Colegiado de esta Jurisdicción,

CJ N° 105- LF N° 7850 del MPF-, que fuera confirmado por el STJCh, según recuerdo-, como el buen concepto que ostenta el imputado en el medio social en que vive.- Tal postura ha sido invariablemente seguida por el suscripto, en diversos precedentes en que debí ponderar tales circunstancias a los fines de la mensuración de la pena, ya sea en supuestos de delitos cometidos contra la integridad sexual -incluso intrafamiliares-, como en otros supuestos de lesiones a otros bienes jurídicos protegidos, no advirtiendo que en el caso existan otras razones o fundamentos que me impongan mutar tal criterio.- En ese sentido, a mas del precedente mencionado por el Dr. Eyo, me permitiré citar otros, seleccionando sólo algunos casos de delitos contra la integridad sexual -tanto extra como intrafamiliares-, en que expusiera idéntico criterio como integrante de tribunales de juicio colegiados, que fuera compartido por mis colegas y en causas tramitadas tanto bajo el sistema procesal penal llamado mixto (ex Ley 3155), como bajo el actual (Ley XV-N°9).- Así, en las causas: N° 197 - F° 100- Año:2001-CCCE, "C., C.A.", junio/02; N°176 – Año 2003 - CCCE, de mayo/04, "E., A.E."; N° 137- F° 47 - Año 2006 - CCCE, "C.,V.A.", de febrero/08, recientemente confirmada por el STJCh; N° 363- F°168 - Año:2004 -CCCE, "S., A.", nov./05; N° 204 - F° 68 – Año 2005 - CCCE, "M., C.A.", Agosto/07, también confirmado aunque parcialmente por el STJCh; agrego al pasar que en la línea que sostengo, y en el caso que acabo de citar, el Sr. Ministro que lideró el acuerdo, ponderó en su voto "...como atenuantes, las condiciones socio-culturales del prevenido..." y "...su falta de antecedentes..."(Conf. voto Dr. Rebaglati Russell,Sentencia 008-Año:2009,"M,, C.A...", Expte. N °21.095 F ° 33 - Año 2007.- Agrego a la lista anterior, otros-precedentes más recientes, que tramitaran bajo en nuevo sistema de enjuiciamiento penal, causas: N° 238 CJ y

LF N° 157/07,del MPF, "PCIA. del CHUBUT c/ R,,R.E., M,, E., A,, R., M,, M.I. y R,, E.I.", del 29/08/08; N° 56 de la OJ y Legajo N° 24 del MPF, "PCIA. del CHUBUT c/ F,, S.O.",del 08/05/08, entre otros.- De allí que tales fundamentos sostienen mi respetuosa discrepancia con lo sostenido por la distinguida Colega del primer voto, en cuanto considerara irrelevantes a los fines de la mensuración de la pena, tales circunstancias –ó "atenuantes genéricas", según las nominara-; y ello, más allá de compartirse o no su apreciación en el sentido de que la "...experiencia en este tipo de delitos, indica que por lo general, los abusadores, especialmente los intrafamiliares, tienen un inmejorable concepto en su vida de relación fuera de dicho ámbito..." (fs.65 CJ cit.); también por lo dicho, menos aún puedo compartir que tales circunstancias ni se tengan en cuenta al momento de determinar la pena a aplicar a M., como se advierte de la lectura del tercer voto, con el que también discrepo, por idénticas razones y fundamentos.- Y de allí también, que en este aspecto, hallo razón a la queja del impugnante, en cuanto a que dichas circunstancias deben contabilizarse como atenuantes del monto de pena a imponerle a su pupilo, incidiendo obviamente como reductoras del monto de pena propuesto por el "a quo", aspecto sobre el que volveré infra.-

Finalmente, en el tratamiento de este punto, trataré la queja del impugnante sobre la incidencia de las deficiencias personalísticas también sobre el monto de pena propuesto y su modalidad de cumplimiento, propiciando se reduzca el monto a tres años y con ello se posibilite el tratamiento ambulatorio de tales deficiencias, lo que sería factible atento las afirmaciones que en tal sentido suministrara la Lic. S.- Al respecto, comparto plenamente el tan breve como enjundioso análisis que sobre el particular realizara la primer votante, exponiendo

claramente, con sostén en los informes psicológicos y explicaciones ampliatorias suministradas en debate por las Lics. S. y S. M., la incidencia que tales falencias personalísticas han tenido tanto en la faz objetiva, como en la faz subjetiva de su comportamiento en el caso de autos (conf. fs.64 vta. CJ cit.- Por ello, comparto y reproduzco aquí el mismo, en todos sus términos, tal como lo hicieran los restantes Magistrados del Tribunal "a quo".- No obstante y sin perjuicio de tal coincidencia, el impacto de las falencias personalísticas señaladas en la subjetividad de M., con trascendencia en el comportamiento concreto y acreditado que llevara adelante en el hecho juzgado, fundamentalmente reduciendo su ámbito de autodeterminación, debe, en mi concepto, tener mayor relevancia como aminorante de la pena que la que sugeriría el fallo impugnado, dado el monto de pena impuesto, alejado considerablemente del monto mínimo previsto en la escala penal aplicable, según lo apreciáramos unánimemente en la tan intensa como fructífera discusión que se diera sobre este aspecto en la deliberación.- Por ello, considero, y así lo explicitaré "infra", que la importancia que tiene esta circunstancia como factor aminorante de la respuesta punitiva a seleccionar, junto con la que ya vimos debe darse a su falta de antecedentes condenatorios y al buen concepto social del que goza -ambos aspectos debidamente acreditados en autos-, constituyen factores insoslayables que justificarán la reducción del monto de pena impuesto, que propondré.-

En cuanto al cuarto cuestionamiento formulado al fallo por el impugnante -siempre dentro de lo que definimos como primer agravio-, entiendo que el mismo tampoco puede ser receptado.- En tal sentido, y más allá del deseo de la víctima M. S. M. y de sus hermanas –hijas también de M., y que habrían también sido víctimas de similares situaciones

de abuso sexual a manos del imputado-, de que su padre no sufra encarcelamiento efectivo a causa del hecho por el que se lo condenara, que no sólo podría ser comprensible y hasta valorable en términos humanos, dado el vínculo paterno filial que las une al imputado, sino también hasta demostrativo de algún nivel de superación personal y psicológico de los padecimientos y daños que el hecho cometido por M. les produjera en su sexualidad en ciernes, de ningún modo puede utilizarse como factor a tener en cuenta en el proceso de determinación judicial de la pena.- En ese sentido, coincidiendo con lo manifestado por el Sr. Fiscal General Dr. Martín E. Zacchino en la audiencia de impugnación al contestar el mejoramiento de los agravios expuestos por el Sr. Defensor General, Dr. Osvaldo O. López, comparto en un todo la ajustada y esclarecedora respuesta que diera la Dra. García en los considerandos de su voto, a similar planteo de la Defensa.- Allí la Magistrada sostuvo que "...la medida de la pena no puede depender en este caso de los deseos de sus víctimas, sus propias hijas, que se encuentran entrampadas en la ambivalencia de sus sentimientos, entre el amor y el dolor que les provoca la situación vivida...", sugiriendo que aquellos deseos y apreciaciones de sus hijas al momento de cuantificar la pena, devienen irrelevantes, pues esta última es tarea propia de los jueces, es, en sus propios términos, "una decisión jurisdiccional que pone orden y claridad, para reconstruir en lo posible, con vistas al futuro, lo ya destruido por el padre...", acotando la Magistrada que formuló tal aclaración "...para que las hijas de ningún modo se sientan culpables de lo que pase con su padre..." (conf. fs.66 CJ cit.).- La atinencia y claridad de tal apreciación -que doy por transcripta- da suficiente respuesta al cuestionamiento en análisis, lo que me exime de otras consideraciones.- Sólo agregaré a ello,

que siendo irrelevantes a los fines de la cuantificación de la pena aquellas apreciaciones y deseos de las víctimas, justamente y por obvias razones, es al menos desacertada la aseveración del recurrente en cuanto a que el "a quo" habría parcializado el análisis del testimonio de aquéllas pues habría tomado de sus declaraciones sólo los datos cargosos, desoyendo los vinculados a sus deseos de que su padre no sea encarcelado; es claro que, a más de lo dicho, estos últimos no constituyen datos cargosos ni de descargo, sino sólo cuestiones ajenas al comportamiento juzgado del autor, sin relevancia jurídica alguna, al menos para influir sobre el monto de pena impuesto o a imponer.- Por las razones antedichas, y contrariamente a lo sostenido por el impugnante, no se ha efectuado ni una apreciación parcial y arbitraria de los testimonios de las víctimas, ni se ha violado el análisis integral que impondría el sistema de la sana crítica.- Por los fundamentos y razones expuestas, tampoco el cuestionamiento en análisis debe ser acogido en esta instancia.-

Entrando ahora al tratamiento del segundo de los agravios referidos "ut supra", esto es, al reclamo del impugnante de que se posibilite la reducción del monto de pena impuesta al mínimo del correspondiente a la escala penal aplicable -esto es tres años de prisión-, a los fines de que su cumplimiento pueda ser de ejecución condicional en los términos del art. 26 del C.Penal, y que además, con ello, pueda su defendido ser sometido al tratamiento psicoterapéutico que necesita hacerse, lo que se llevaría a cabo en forma ambulatoria, atento la posibilidad sugerida por la Lic. S., entiendo que tampoco puede prosperar.-

Más allá del encomiable esfuerzo argumental del impugnante claramente direccionado a obtener algún mejoramiento de la situación procesal de su defendido, frente al riesgo que se confirme la modalidad de efectivo cumplimiento de la pena

impuesta, dada la cuantía del monto de pena impuesto, que de mantenerse, es claro que no sería legal ni jurídicamente posible mutar la modalidad de cumplimiento efectivo de la pena impuesta por la sentencia impugnada (cinco años), por la de cumplimiento en suspenso(tres años como máximo, conforme art. 26 del C. Penal.- Pues bien, entendiendo, en mérito a lo que llevo dicho en punto al rechazo de la mayoría de los cuestionamientos que formulara el impugnante a la sentencia en crisis, y al monto de pena que según surgiera de la deliberación, corresponderá fijar en definitiva, superando el mimo holgadamente el mínimo citado, deviene abstracto el abordaje de la conveniencia o no del cumplimiento efectivo de la pena impuesta, ni por ello mismo, de las disputas acerca de las bondades o no de efectuar al imputado tratamiento psicoterapéutico ambulatorio o en el marco del encierro carcelario.- Con ello doy respuesta al presente agravio propiciando su rechazo, aseveración que se completará con las consideraciones que siguen.- Asimismo, me expido en el sentido indicado, dando respuesta a la primera cuestión planteada al inicio.-

IV) MONTO DE PENA PROPUESTO.- Con fundamento en lo que he sostenido precedentemente al tratar los agravios planteados por el impugnante, en los que he pretendido dar respuesta a cada uno de los aspectos que fueran materia de cuestionamiento, centraré brevemente mi atención en la cuantificación del monto de pena que deberá sufrir el imputado por el hecho cometido, debidamente acreditado por la sentencia de responsabilidad citada al comienzo de los considerandos de este decisorio.- En ese sentido, atento lo que se consensuara por mayoría en la deliberación y por la mayor incidencia que hemos considerado debe darse a la influencia que sobre la autodeterminación del imputado ha tenido en la comisión de los hechos enrostrados las

falencias personalísticas detectadas por la Lic. S., con el lógico efecto aminorante de la culpabilidad por el injusto cometido, por un lado, y por la insoslayable caracterización como atenuante de la pena de la inexistencia de antecedentes penales condenatorios y del buen concepto social que se ha acreditado ostenta el imputado, debe reducirse en un año la pena impuesta por la sentencia en crisis.- Atento ello, teniendo en cuenta por un lado, la pena impuesta por la sentencia impugnada, que en lo demás ratificamos en todos sus términos, y por lo cual el monto de la respuesta punitiva por el hecho enrostrado, debía superar sensiblemente el mínimo de la escala penal aplicable, y por otro lado, la incidencia reductora de las circunstancias que hemos marcado como atenuantes, estimo como justo, razonable y proporcional a la gravedad de los hechos cometidos, se le aplique en definitiva la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, obviamente de CUMPLIMIENTO EFECTIVO, con más accesorias legales y el pago de las costas causídicas (arts.12, 19, 29,inc. 3° del C. Penal y 239, 240 y 241 y 250 del CPP).- Ello, por haber resultado J. C. M. autor material y penalmente responsable del delito de Abuso Sexual Agravado por el Vínculo (arts. 45 y 119, párr. 1°,4° inc. b) e "in fine" del C. Penal), en relación al hecho cometido en la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut entre el 08 de abril de 2005 y el 20 al 31 de octubre de 2007, en perjuicio de su hija M. S. M.- Doy así respuesta fundada a la segunda cuestión propuesta.-

Correspondería finalmente, regular los honorarios profesionales devengados por los Sres. Defensores Públicos del imputado, Dres. Javier Angel Allende y Osvaldo Omar López por su labor desarrollada en esta instancia.- No obstante, advirtiendo que los mismos no fueran regulados en la instancia de juicio, corresponde diferir tal regulación

hasta tanto se fijen los correspondientes a dicha instancia, conforme lo establecido por los arts. 59 de la Ley Orgánica del Ministerio de Pobres, Ausentes e Incapaces (Ley V, N°90), 6, 14 y cdtes. de la Ley Aranceles de abogados y Procuradores (Ley XIII, N ° 4).- Así voto.-

El Juez Dr. Martín Montenovo, dijo:

I.- He de decir, en primer término, que para evitar reiteraciones estériles y que conducirían al completo tedio al lector de estas líneas, me permitiré remitir en cuanto a los antecedentes del caso, la postura del Tribunal que impuso la pena y los argumentos de las partes, a la completa reseña efectuada por el Dr. Sarquis.

Luego, que si este análisis consistiera en evaluar exclusivamente las razones de los Jueces de grado, confrontándolas con las críticas de la Defensa y opiniones del Fiscal, probablemente coincidiría en un todo con los prestigiosos colegas que me preceden en orden del voto.

Pero existe un factor que me lleva a disentir, el tiempo transcurrido desde la imposición de la pena y su incidencia en la situación planteada, por lo cual en ese orden, de coincidencia y divergencia, trataré la cuestión a resolver.

II.- En el contexto que el Tribunal A-quo hubo de decidir la cuantificación, escala que va de los tres años a los diez de prisión (art. 119 último párrafo del CP en función de los incs. b) y f) del cuarto párrafo), coincido en que la duración temporal de la acción por la cual se atribuyó responsabilidad penal a M., de aproximadamente dos años, alejaba la decisión del mínimo legal, el cual sería lógico considerar tratándose de una conducta aislada, pero no de una prolongada en el tiempo que generó las consecuencias apuntadas en la Sentencia de grado en la víctima, descripción a la cual remito.

Luego, la edad del acusado, propia de un hombre maduro, a lo que se adita su formación cultural y vocación religiosa,

resultan elementos que lo colocan en la justa comprensión de la ilicitud de sus actos, y por tanto conforman un cuadro de claros agravantes para la evaluación que aquí corresponde realizar.

El contenido de su acción, más su carácter de progenitor y conviviente al formar parte de los elementos del tipo en el cual se afincó su responsabilidad penal, no pueden ser considerados como agravantes en virtud de la vigencia del principio del "ne bis indem".

Sobre su carencia de antecedentes penales computables, no puede interpretarse en otro sentido que no sea el de un factor atenuante, más allá que de las constancias del caso se desprenda que se verificó en su conducta una tendencia a desoir los llamamientos y órdenes de la Justicia, circunstancia que válidamente los Sentenciantes pudieron tener como disvaliosa, pero no para neutralizar la operatividad beneficiosa de la carencia de antecedentes apuntada, sino como un aspecto más en la evaluación de su personalidad.

Pero considero que la cuestión de mayor relevancia para este tramo del análisis es el diagnóstico de "parafilia" que aqueja al acusado.

Resulta una enfermedad que se caracteriza por que la fuente del placer sexual no se halla en la copula sino en alguna otra cosa o actividad que la acompaña. Tiene su origen en personas que ya han tenido altas dosis de placer sexual, por lo cual desarrollan una adicción que los lleva a explorar en caminos diferenciados pues lo ya conocido no les genera disfrute, siendo un ejemplo la pedofilia, aunque la clasificación de las conductas parafílicas muta conforme evolucionan las convenciones sociales (por ej. antes lo era el trasvestismo, hoy ya no lo es).

Lo concreto es que las personas que sufren la enfermedad tienen inconvenientes para sentir y expresar afecto, y para

dominar su voluntad sexual (Tratado de Psiquiatría de la Infancia y la Adolescencia, Wiener, Dulcan, American Psychiatrich Publishing, España 2006; Abraham- Passini, Introducción a la Sexología Médica, Grijalbo, Barcelona).

Estos inconvenientes para dominar la voluntad sexual imponen una clasificación entre los parafílicos, entre los que son objeto de opresión, pues no pueden desarrollar otra conducta sexual; aquellos que actúan con rigidez, pues solo encuentran placer en las prácticas de mención; y las de carácter impulsivo, grupo constituido por los que solo calman la ansiedad repitiendo la conducta "parafílica" de la que se trate.

De la lectura de la Sentencia por la que se atribuyó responsabilidad penal surge que existieron en el plexo distintos dictámenes psicológicos que, en general, coincidieron en señalar las dificultades de M. para controlar sus impulsos sexuales. Pero que lo lograba en cierta medida, a tenor que la acción que se le reprochara nunca evolucionó de tocamientos hacia otras manifestaciones que pusieran en mayor compromiso la libertad sexual de su hija.

En tal contexto, entiendo acertado el razonamiento de los Jueces de grado de dejar subsistente una porción de culpabilidad, en la medida que M. tuvo un cierto margen de elección, pues evidentemente no era víctima del mal en su versión "opresiva", y en tanto el juicio de reprochabilidad se basa, precisamente, en la libertad de elegir del acusado entre actuar conforme a derecho o no, por lo cual si tal libertad no existe, no podrá haber atribución de culpabilidad, y si se encuentra disminuída, tal atribución será disminuida, y en proporción, la sanción a imponer.

De allí que pretender hablar de penas sin remitir a los aspectos que delimitaron la culpabilidad en un caso concreto, carezca de sentido.

Todo ello como consecuencia de los principios constitucionales de proporcionalidad y responsabilidad penal subjetiva.

III.- El aspecto tratado anteriormente se completa con el consistente en por donde ingresar a las escalas penales, sí por el margen superior, medio o inferior.

En cuanto a ello, sigo a Patricia Ziffer (Código Penal comentado, dirigido por Baigún y Zaffaroni, T. II, pags. 53 y ssgts, Ed. Hammurabi), en tanto solo es posible tomar como referencia el marco establecido por el legislador, en su mínimo y máximo, y allí conciliar el juicio sobre el pasado, la entidad del injusto, con el que pueda hacerse sobre el futuro, atinente a la resocialización del penado como imperativo constitucional, teniendo en cuenta para ello que en cada caso habrá predominancia de algún factor, y en los de poca relevancia, será la posibilidad de reinserción del condenado la que guíe la determinación de la sanción.

Aquí considero oportuno recordar que la creación de reglas estandarizadas para individualizar las penas otorgan seguridad jurídica a las decisiones pero llevadas al extremo, pueden lesionar el valor justicia, en su componente de equidad.

Partir del punto medio de una escala, en la medida que esta tenga una gran diferencia entre el mínimo y el máximo (por ej. en el Homicidio simple), puede derivar en imponer condenas temporales elevadas en casos que no sean propicios para ello (por ejemplo, quien mata injustificadamente, careciendo de una buena cantidad de atenuantes como de agravantes, recibiría una pena de 16 años de prisión). 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.
No se trata de la constitucionalidad o no de la pena, sino de tener presente una realidad al momento de resolver,y de colaborar dentro de nuestra órbita, la judicial, con las iniciativas de reforma del sistema penitenciario.
IV.- Sentado todo ello, estimo que el factor "parafilia" debió haber tenido una mayor incidencia en la disminución de la culpabilidad, y con ella de la pena, en tanto resulta un potente atenuante en sí mismo, y opera como límite de la agravante de mayor entidad, el extenso tiempo de desarrollo de la acción reprochada a M.
En tales condiciones , he de coincidir con mis colegas preopinantes en que la sanción impuesta merece una disminución.
Pero, si a tal cuadro le adicionamos el tiempo transcurrido entre la dosificación cuestionada y este acto, lapso cercano a los dos años, tal criterio se agudiza en sus consecuencias.
Extrañamente, las partes nada nos han dicho de la situación de M. en tal segmento de tiempo, desde fines del año 2008 al presente. Y digo que es extraño pues si la discusión ha consistido básicamente en la necesidad o no de aplicarle una pena efectiva, la situación actual del eventual penado adquiere una trascendencia indiscutible, más aún en lo que hace a su posible resocialización, que como opina Ziffer, resulta el factor preponderante en cuanto a las penas de duración relativa.
Sabemos que no ha llegado a la Audiencia previa a este acto cautelado, desconocemos el estado de la vinculación con su grupo familiar, más allá de sus últimas palabras, las que consistieron en pedir que se le dé una oportunidad para reconciliarse, aunque es de presumir que una reiteración de

hechos como los que lo trajeron hasta aquí hubieran sido resaltados por el Ministerio Fiscal.
En definitiva, considero que M. ha sufrido lo que podríamos llamar una "condena social", como él mismo lo ha remarcado, más aún en su carácter de ministro de un culto religioso, la cual por social no deja de tener un claro fundamento de justicia en función de las acciones por él llevadas a cabo, constitutivas de delito, circunstancia que puede satisfacer el componente retributivo de toda sanción penal.
Ahora bien, si de sopesar el factor de prevención especial positivo se trata, sumar a ello la imposición de una pena efectiva, la cual sería de corta duración e implicaría probablemente un sufrimiento estéril, pues en el contexto actual no encontraría fundamento ni siquiera en un puro concepto de retribución.
No sabemos en que estado de situación actual se aplicaría una eventual sanción que signifique la pérdida de la libertad del acusado, pudiéndose presumir sobre la base de la ausencia de determinados indicadores disvaliosos (comisión de nuevos delitos, reiteración de conflictos familiares), que quizás M. haya comenzado a transitar un camino de reinserción, el que es necesario conocer primero, y apuntalar después.
Es posible sumar a ello que el cumplimiento de una pena temporal de corta duración nada sumaría a tal proceso, sería por el contrario, contraproducente.
Es por ello que me inclino por la petición de la Defensa de reducir la condena a tres años y aplicar el art. 26 del CP., ecuación que debería ir acompañada por una serie de disposiciones en el marco del art. 27 bis, e incluso de una articulación con el fuero de familia, lo cual, dados los términos de la deliberación y el temperamento adoptado por mis colegas, deviene ocioso su tratamiento.
Así voto.-

El Juez Dr. Ricardo R. ROLÓN dijo:

Comenzare mi sufragio, omitiendo exponer los antecedentes que motivan el recurso, en atención a la prolija enunciación ya realizada, a cuyos términos me remito.

Ingresando al análisis de los agravios que motivaran el recurso del imputado, conforme los fundamentos desarrollados en el escrito de impugnación y su ampliación en la audiencia, celebrada ante esta Cámara, sostendré, en forma genérica, que la individualización judicial de la pena a imponer, es uno de los más importantes aspectos que deben ser establecidos por el Tribunal a-quo, al momento de expedir sentencia en el marco de lo establecido por el art. 344 del código ritual, obligando a que la motivación de la resolución judicial en el ámbito que establece la dosis de pena que corresponde al imputado sea reforzada, esto es, que la justificación de la resolución se intensifique.

En primer lugar considero que en la sentencia dictada por el Tribunal Colegiado, donde el imputado fuera declarado autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual simple calificado por haber sido cometido por un ascendiente (art. 119 párrafo 1,4 inc. b) e in fine del C. Pen.), cuya determinación legal de la pena abstracta, va desde los tres (3) a los diez (10) años de prisión, fue la considerada por el a-quo al concretar la pena, determinado la misma en cinco (5) años de prisión.

Esto es indiscutible, porque en el juicio de cesura, se fijó pena, atento la sentencia de condena especificada en el párrafo anterior.

Esta distinción en "pena abstracta-pena concreta" sirve para comprender que el proceso de individualización judicial de la pena es un mecanismo secuencial que pasa, 1°) por establecer cual es la pena fijada por el legislador; 2°) sobre esos márgenes, establecer la aplicable al caso concreto y la forma en que la misma será

impuesta; y 3°) se introducen circunstancias especiales de atenuación o agravación de la pena, como confesión sincera de los sentenciantes.-

Siguiendo a Patricia S. Ziffer, considero en primer término, que en el estado actual de la dogmática de la determinación de la pena, no es posible encontrar soluciones convincentes, a esta problemática, la estructura del caso comparativo parece marcar un límite difícil de superar en el desarrollo teórico sobre el tema. El juzgador puede escoger el quantum que considera adecuado dentro de la escala penal, y no hay razón legal para decir "una errónea aplicación de la ley", por la sola circunstancia de que se ingrese por uno u otro punto del marco punitivo que otorga el tipo. Sin pretender desmerecer a los demás sentenciantes, quien marcó el norte en este aspecto fue el Dr. Eyo, en su ajustado voto, limitando los márgenes de discrecionalidad de su determinación, contribuyendo de este modo a una elevada seguridad jurídica, al lograr una mayor previsibilidad de su decisión. Pero lo que enriquece aún más el fallo es que los jueces, adoptando caminos distintos, han arribado a una misma conclusión en la mensuración de la pena.

Así las cosas, cabe señalar que las penas divisibles o temporales previstas en la citada norma, establece un mínimo y un máximo dentro del cual habrá de determinarse la que corresponda imponer en el actual, al enjuiciado, teniendo en cuenta los criterios de orientación expresados en los arts. 40 y 41 del CP, que nos impone valoraciones referidas a los montos: del injusto, de la culpabilidad y la de mayor o menor ámbito de autodeterminación de que dispuso el sujeto..

Asimismo, una vez más sostengo que el ilícito culpable constituye la base para la determinación de la pena. Y es que esto no podría ser de otra manera en nuestro sistema

legal donde el hecho es decisivo para determinar la sanción penal, debiendo valorarse la magnitud del injusto y la medida de la culpabilidad "que el autor puso en evidencia con la comisión del hecho punible" (Cfr. Righi, Esteban, Derecho Penal Parte General, editorial Lexis Nexis, Bs. As., 2007, pág. 536).

La sanción a imponer habrá de surgir entonces de la evaluación de pautas objetivas, brindadas por los extremos contenidos por la figura penal por la cual se responsabiliza al sujeto en cuestión y, de pautas subjetivas, derivadas de las singularidades de aquél, más allá del hecho atribuido y en punto a su personalidad, su proyecto de vida y demás circunstancias particulares, propias así de cada caso" (Cfr. Obligado, Daniel H, Rocovich, Marina, "Ausencias en la determinación judicial de la pena", LA LEY 2005-C, 1437).

En esta línea, considero que la pena impuesta al declarado responsable, tiene su génesis en una decisión jurisdiccional fundada en la descripción de la materialidad probada en la sentencia, que tuvo en cuenta al remarcar, las siguientes circunstancias agravantes: el tiempo de duración del estado de abuso, magnitud del injusto, extensión del daño ocasionado a las víctimas, el grado de culpabilidad, formación sociocultural como pastor evangélico, orientada a saber diferenciar lo que es bueno y es malo, los vínculos personales con las agraviadas, modalidad de comisión, conducta refractaria con relación a las ordenes judiciales, fueron las razones de peso esgrimidas por los sentenciantes, me hacen compartir con ellos, que debemos apartarnos del mínimo legal, tornando en este aspecto legítima la decisión.

Con respecto a la solicitud familiar, de que el imputado no vaya a la cárcel, comparto lo expresado por la Dra. García en el segundo párrafo de su voto, cuando con claridad,

expresó sobre el punto, entendiendo "...que la medida de la pena no puede depender en este caso de los deseos de las víctimas, sus propias hijas, que se encuentran entrampadas en la ambivalencia de sus sentimientos, entre el amor y el dolor que les provoca la situación vivida, en este momento no son llamadas a decidir nada, es una decisión jurisdiccional que pone orden y claridad, para reconstruir en lo posible con vistas al futuro, lo ya destruido por el padre...".

Focalizaré mi atención, en posiciones introducidas por la defensa que y considero atendibles, vinculados principalmente con la insuficiente consideración, en la cuantía punitiva seleccionada por el órgano de juicio, al no considerar en su adecuada magnitud y valor, en forma perjudicial para el imputado, trascendentales cuestiones tales como: a) la condición de primario del imputado, la falta de antecedentes penales, sumado a su buen concepto social y b) el verdadero impacto, en referencia puntual a su conducta sexual, donde se determinó por los expertos, un trastorno fundamental, traducido en la dificultad de manejar la impulsividad sexual, no descartando las presencia de rasgos perversos como la parafilia, entre otros trastornos, problemas psicológicos que han limitado su ámbito de autodeterminación, debiendo considerarse en ellos un reductor de su culpabilidad, como lo sostuvo la Dra. Jones en su calificado voto.

Estos puntos deben encontrarse estrictamente arreglados a la culpabilidad, como "límite absoluto de todos los objetivos generales y especiales" propuestos por la amenaza penal, con este fundamento cuestiono la individualización de la pena realizada por el Tribunal de juicio.

En la causa "Maldonado" del 7-12-2005 (CSJN-Fallo, 328;4343), la Corte sostuvo, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad del autor, la cual "se

determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia".

En síntesis, el proceso de individualización judicial de la pena tiene por propósito establecer cual es la pena aplicable al caso concreto. De este entendimiento, el Tribunal revisor encontró como límite, la pena de cuatro (4) años de prisión, accesorias legales y costas, de efectivo cumplimiento, como la adecuada a la culpabilidad del agente -además- compatible con los fines penales de prevención general y especial positiva, considerando, en un esfuerzo analítico, estas pautas ordenadoras, apuntadas a racionalizar la medida de reacción estatal, lo que satisface la revisión de la pena.

No puedo soslayar, que la impugnación ordinaria fue presentada por el defensor del imputado, en fecha 15-12-08 y que de la actual situación del encartado nada se sabe, en la que vio limitada su libertad por estar sometido a proceso, no ha cometido nuevos delitos y se ha sometido a la jurisdicción. En este sentido considero por mandato constitucional, que toda pena privativa de libertad está dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5°, inc. 6°, CADH) y que el tratamiento penitenciario debe orientarse a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3°, PIDCP). Esto exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial, por lo cual debe fundamentarse la necesidad de la privación de libertad en miras a la posible resocialización, ponderando los posibles efectos nocivos del encarcelamiento.

La Dra. Jones en su voto, fundamentó en este sentido sobre.... "...la necesidad de someter al condenado a un tratamiento penitenciario efectivo, tendiente a modificar algunos de esos condicionamientos personalísticos, no solo en el marco de un tratamiento psicológico especializado, sino con la implicancia sancionadora de una pena, que a su vez lo lleve a internalizar la ley en forma adecuada.", consideraciones efectuadas en base a un serio estudio de las pruebas reunidas, que posibilitaron la reconstrucción fáctica contenida en la sentencia.

La pena se impone al autor en el presente, por el hecho cometido valorando el injusto y su culpabilidad en el mismo, pero la necesidad o no de imponer pena incluye también, una lectura de lo que el sujeto es al momento de dictado de la sentencia, en este sentido la defensa no acercó pruebas, para valorar alguna circunstancia que no existía al momento del fallo, como ser la evolución del imputado en ese tiempo.

Por los fundamentos expuestos, encuentro totalmente fundado los motivos por los cuales se evaluó aplicarle al imputado la presente pena, por ser la consecuencia lógica de la imputación delictiva, no siendo factible, por el quantum de prisión conminado en la presente, aplicar una sanción de ejecución condicional.

Como lo sostiene Claus Roxin, la pena tampoco puede sobrepasar en su duración la medida de culpabilidad del autor.

Por último y más allá de las tesis humanizadoras de la pena de prisión, la sociedad actual no parece estar en condiciones de prescindir totalmente de ella, especialmente por razones de prevención general. Por ello, con independencia de la necesidad de mantener en todo caso la defensa de las condiciones de vida digna para los reclusos y el respeto de sus derechos como ciudadanos, la posición

actualmente más realista es la que aspira a que, al menos, la prisión no produzca la desocialización del condenado y , en la medida de lo posible, evite la comisión de un nuevo delito.

Este razonamiento tiende a reducir las dimensiones de la pena de prisión, pero en el caso concreto refleja la gravedad de la conducta conminada que impide renunciar al efecto preventivo general.

Por todo lo expresado, compartiendo con el Juez que lidera el acuerdo, en la necesidad de aplicar al caso concreto, la condena del declarado responsable, J. C. M., cuyos datos personales doy por reproducidos, a sufrir la pena de cuatro (4) años de prisión, accesorias legales y costas, de efectivo cumplimiento como autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por el vínculo (arts. 45 y 119 párrafos 1°, 4° b) in fine del C.P.) por el hecho cometido en esta ciudad de Esquel, entre el 8 de abril del año 2005 y el 29 o 31 de octubre del año 2007, en perjuicio de su hija M. S. M. Asi voto.

En mérito a los votos que anteceden, por mayoría la Cámara en lo Penal de la Ciudad de Esquel,

FALLA.

I) CONFIRMANDO parcialmente la Sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Colegiado integrado por los Dres. Cristina Isabel Jones, Jorge Eyo y Nelly García, con fecha dos de diciembre de 2008, y que fuera registrada bajo el N° 1518, F° 2442/2447, Año: 2008, OJ Esquel, en cuanto CONDENARA a J. C. M., argentino, sin sobrenombres ni apodos, de profesión pintor, soltero, con estudios primarios incompletos, con DNI N° **.***.***, de 52 años de edad, nacido en esta ciudad de Esquel, el día 18 de febrero de 1958, hijo de S. M., con domicilio en Psje. C. N° ****, de la Ciudad de Esquel, como autor material y penalmente responsable del delito de **ABUSO SEXUAL AGRAVADO**

POR EL VÍNCULO (arts. 45 y 119, párr. 1° , 4° inc. b) e "in fine" del C. Penal), en relación al hecho cometido en la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut entre el 08 de abril de 2005 y el 20 al 31 de octubre de 2007, en perjuicio de su hija M. S. M.-

II) REVOCANDO parcialmente la sentencia individualizada en el punto anterior, en cuanto al monto de PENA impuesto, CONDENANDO en definitiva a J. C. M., cuyos datos personales se consignaran en el punto precedente, a sufrir la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, de cumplimiento EFECTIVO, accesorias legales y las costas del juicio (arts. 12, 19, 29, inc.3 ° , 40 y 41 del C. Penal y 239, 240 y 241 y 250 del CPP), en relación al delito y por los mismos hechos y víctima especificados en el punto anterior.-

III) DIFIRIENDO la regulación de los honorarios profesionales devengados en esta instancia por los representantes de la Defensa Pública, Dres. Javier Angel Allende y Osvaldo Omar López, hasta que se fijen los correspondientes a la instancia de juicio, conforme se explicitara en los considerandos pertinentes (arg. arts. 59 de la Ley V, N ° 90 y , 6, 14 y ccdtes. de la Ley XIII, N ° 4)

IV) La presente es suscripta por los Dres. Víctor Alberto Sarquis y Ricardo R. Rolón, por no encontrarse el Dr. Martín Montenovo en la Jurisdicción, quien ha remitido su voto por correo electrónico con su correspondiente firma digital en el día de la fecha e incorporado al cuerpo de la misma, sin perjuicio de que procederá a suscribirla materialmente con posterioridad a su lectura.-

vg **Cópiese, Protocolícese y Comuníguese.-**

Dr. Víctor Alberto Sarquis **Dr.Ricardo R. Rolón**

Dr. Martín Montenovo

OFOCINA JUDICIAL PENAL. Registrado bajo el N° 1394. Folio 2637/54. Año 2010. Conste