En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintinueve días del mes de marzo del año dos mil once, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Omar Florencio Minatta, Mónica Rodríguez, Roberto Rubén Portela, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"V., P. s/ denuncia en representación de hijo menor CJD - Rawson" (Carpeta 2398 OJ Tw – Legajo 23151 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Dr. Lisandro Benítez contra la sentencia Nro. 83/11 OJ Tw dictada en fecha 28/01/11.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 12/03/11 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado Ceferino Gustavo Ariel Castro (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), e intervinieron el Dr. Lisandro Benítez como su defensor técnico y la Dra. Silva Pereyra en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial, encontrándose presente en la sala, la Sra. P. V. en su carácter de representante legal del menor D.L.C.

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, Omar Florencio Minatta , y Mónica Rodríguez.

El juez Roberto Rubén Portela dijo:

1. Como prólogo de mi voto, efectuaré una sucinta reseña de los antecedentes del caso, así como de los agravios que motivaron la impugnación traída a conocimiento de esta Cámara en lo Penal.

Este Tribunal mediante sentencia nro. 02/01/11 hizo lugar parcialmente a la impugnación que oportunamente articulara C. C. contra la sentencia nro. 2018/10 OJ Tw, dictada en fecha 20/09/10, modificando la calificación primigeniamente adjudicada por la de abuso simple agravado por el vínculo con un menor de trece años de edad (arts. 45 y 119 primer y cuarto párrafo inciso b

CP), por el hecho cometido en la ciudad de Rawson en perjuicio de J.D.C., en fecha que no pudo ser precisada con exactitud pero anterior al día 20/01/10, dictando consecuentemente la nulidad de del debate sobre la pena, disponiéndose el reenvío del caso para que se decida la que correspondiere de conformidad con lo mutación dispuesta por éste Cuerpo. Así, concretado el nuevo juicio de cesura, por sentencia Nro. 83/11 OJ Tw dictada en fecha 20/09/10, el acusado C. G. A. C. fue condenado a la pena de cinco años de prisión y costas, en orden al delito más arriba individualizado.

Concluido el sumario de los antecedentes del caso, corresponde señalar que el Sr. Defensor sostiene como primer agravio que los jueces al momento de fijar la pena del caso, conforme a las pautas que imponen los arts. 40 y 41 del C.P., consideraron que concurrían agravantes sin dar razones de tal afirmación, lo que torna tal decisorio en arbitrario y, como segundo agravio, que los sentenciantes violentaron la prohibición de doble valoración, toda vez que consideraron como agravantes la edad del menor víctima como así también el vínculo biológico existente del mismo con su asistido, elementos estos que forman parte del tipo penal ya valorados por el legislador, importando ello un agravamiento de la pena y consecuentemente violentar el principio *ne bis in idem.* Asimismo sostiene que los sentenciantes no valoraron correctamente como atenuantes, las características personales de su asistido, las que fueron descartadas o consideradas en su contra sin dar razones lógicas de tal decisión.

Sostiene que su parte ofreció testimonios que se expidieron sobre las cualidades personales de su asistido, de su entorno familiar, laboral; como así también informe psicológico realizado por la Lic. Carrizo, el que no fue considerado por los jueces respecto de la probabilidad que su asistido vuelva o no a delinquir como así tampoco sobre su peligrosidad o no,

por lo que solicita que se haga lugar a la impugnación, imponiéndole a C. C., la pena de tres años de prisión. Finaliza ofreciendo prueba testimonial y pericial, haciendo reserva del caso Federal y de impugnación extraordinaria local.

Durante la audiencia de impugnación (art. 385 CPP), el Dr. Lisandro Benítez, oralizó dichos agravios, adunando que –a su entender -conforme a los parámetros del art. 41 del C.P., que deben observarse para la determinación de la pena, deben mensurarse teniendo como punto de partida el mínimo legal del tipo penal de que se trata y a partir de allí analizar las agravantes que habiliten superar dicho mínimo, como así también considerar las atenuantes que acreditó su parte, para así contar con una fundamentación lógica de la pena que entienden corresponder, señalando que tal razonamiento no concurrió en el caso dado que no logra advertir cuáles son los elementos agravantes que habilitaron la imposición de la pena que cuestiona y que atenuantes no fueron considerados. Destaca que si bien los jueces dados los mínimos y máximos de un tipo penal, cuentan con un cierto grado de discrecionalidad, ello en modo alguno los habilita a no dar razones de la pena que concluyen.

Asimismo, señaló que es criterio de este Tribunal que la pena a construirse debe partir del mínimo de la escala penal, invocando asimismo el caso "PROVINCIA DEL CHUBUT c/M., J. C."(Carpeta de la Oficina Judicial Esquel NIC N° 414–Legajo de Investigación N° 3193).

Destacó los testimonios ofrecidos por su parte, quienes destacaron las cualidades positivas de su asistido y de la relación de este con su hijo, y que producto de este proceso el mismo ha perdido sus dos trabajos, el de operador de taxis y sereno en el Hospital de la ciudad de Rawson; como así también pasajes del informe psicológico elaborado por la Lic. C., para luego

afirmar que nada de ello fue considerado como atenuantes por los sentenciantes, sino en contra de su asistido.

Finaliza solicitando se le imponga el mínimo de la escala penal del tipo aplicable al caso, tres años de prisión y que, considerando que su asistido lleva como tiempo de detención catorce meses de prisión y de ser acogida su pretensión, se ordene su libertad, conforme a los prescripto por el art. 13 del C.P.

A su turno, la Sra. fiscal entiende que los Sres. Jueces han dado acabados fundamentos para apartarse del mínimo legal, dado que los mismos han valorado como atenuantes la falta de antecedentes del imputado, su juventud, para arribar a la pena dictada.

Sostiene que en modo alguno ha existido doble valoración por parte de los sentenciantes, sosteniendo que el lazo parental ha sido considerado como criterio de mensuración sobre el que ha de graduarse la pena a imponer y no como lo sostiene la Defensa, conforme lo sostiene el Dr. Arguiano en su voto y que su parte comparte. Asimismo se ponderó la extensión del daño causado, la desprotección del bien jurídico afectado en cuanto a la indefensión y estado de vulnerabilidad de la víctima, considerándose también la ausencia de carencias afectivas del imputado. En igual sentido la Dra. Pérez Bogado también ha dado fundamento del porqué se apartó del mínimo legal, mensurando la extensión del daño y el peligro causado en menor de cuatro años quien se encuentra a la fecha bajo tratamiento psicológico, destacando pasajes de su voto al momento de valorar las agravantes y las atenuantes que concurren en el caso. También reseño el voto del Dr. Castro, quien también ha dado fundamento de igual tenor en la construcción de la pena arribada. Por todo ello entiende que los Sres. Jueces han dado fundamentación suficientes de porqué se apartan del mínimo legal, siendo correlato con la corta edad del menor, el daño causado, la necesidad de tratamiento psicológico para recuperarse y al estado de

indefensión a que fue sometido la victima, por lo que solicita se mantenga el pronunciamiento cuestionado.

El Sr. Defensor señala que en orden a la extensión del daño causado que invoco la Fiscalía, el mismo no ha sido probado, toda vez que el informe psicológico correspondiente al menor, si bien da cuenta que requiere de tratamiento psicológico, no se ha explicitado en orden a qué punto, si al maltrato o situaciones de abuso, sosteniendo que el daño no ha sido probado y consecuentemente el mismo no debe ser valorado.

Finalmente el imputado C. C. invoca su inocencia, reconociendo situaciones de mal trato, pero no de lo que fue acusado por lo que solicita su libertad.

Efectuada la síntesis del caso a resolver e ingresando a la ponderación de los agravios señalados por la Defensa, anticipo que tendrán acogida favorable los mismos, por lo que deberá aplicarse el mínimo que establece el tipo penal en cuestión, es decir Tres Años de prisión, teniendo para ello en cuenta la escala penal que va de Tres a Diez años.

Adelanto esta posición toda vez que, si bien es temperamento adoptado por el suscripto que es facultad discrecional del Tribunal de juicio fijar la pena, no por ello lo exime de motivar y fundamentar de manera razonable los extremos que lo llevan a imponer el monto de la pena.

En autos es dable observar sin esfuerzo alguno que, a pesar de la vocación de querer inyectar argumentos que pretenden justificar la individualización de la pena escogida, es indudable que los sentenciantes introducen circunstancias que pertenecen a la descripción del tipo legal adjudicado al condenado.

Esto de por si, de manera alguna puede ser utilizado como agravante por lo que, en ese sentido, no lo tendré en cuenta porque lo contrario sería efectuar una doble valoración, lo que se encuentra vedado.

Se ha tenido en cuenta para la fijación de la pena la extensión del daño ocasionado por el abuso sexual al que fuera sometido el menor, determinándose una mayor proyección a que éste lo afectará por el resto de su existencia, omitiéndose a todo evento contar para el caso, con los exámenes actualizados por profesionales psicólogos o vinculados a tal profesión, a fin de contar con la existencia de ese perjuicio y su proyección en el tiempo.

Se ha analizado como atenuante la ausencia, entre otras cosas, de antecedentes del imputado, la situación personal de éste, su edad, educación, conductas y costumbres posteriores, hasta incluso las carencias afectivas padecidas, su entorno familiar, señalándose a tal efecto parte de la historia vital del agraviado. Asimismo, fueron tenidas en cuenta las declaraciones testimoniales vertidas por P. G., D. A., L. G., R. V. y F. D..

Respecto al hecho ilícito que nos convoca, se trata de algo fugaz, constatándose que solo ocurrió una vez y fue breve, por lo que en síntesis, entiendo que la pena de Cinco Años escogida resulta excesiva, considerando apropiado reducir la misma a Tres Años de Prisión, tal como lo adelantara.

Conforme lo expresado precedentemente y en atención a la pena que en definitiva se impone al condenado, de acuerdo a lo peticionado por la Defensa y contando con el informe favorable que establece el art.13 del Código Penal, corresponde, atento al tiempo que lleva privado de su libertad, disponer el cese de la prisión preventiva (art.226 del C.P.P.) ordenando la inmediata libertad, la que se hará efectiva en los estrados de este Tribunal, previo labrado del acta establecida en el art.228 del C.P.P., en las condiciones que a tal efecto propongo al cuerpo, a saber: **a)** fijar domicilio y presentarse mensualmente en la oficina de control de ejecución penal con sede en Trelew; **b)** Abstenerse de todo acercamiento y/o contacto con el menor víctima y su madre, hasta que

ambos protagonistas del conflicto solucionen el mismo vía intervención de los organismos judiciales del fuero de familia especializado o hasta que se extinga la pena, lo que ocurra primero. (Arts. 26 y 27 bis del Código Penal)

Por último, resta regular los honorarios de la Defensa Pública, de conformidad a lo establecido por los arts. 5, 7, 13, 44 y ccdts. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200), y en el art. 3 y 59 y ccdts. de la ley V-90 (antes ley 4920), los que considero adecuado fijar en la suma de Ciento Setenta y Cinco Pesos ($ 175). Así lo voto.

El juez Omar Florencio Minatta dijo: que la defensa se queja de la sentencia condenatoria, pues estima que la misma valora como agravantes circunstancias que hacen al tipo penal, violándose de esta forma la prohibición de la doble valoración, criticando también la alegación de agravantes que la sentencia hace en forma genérica, sin fundar en forma concreta y tomando las atenuantes en contra del acusado, peticionando, como conclusión, que se le imponga el mínimo de la pena. Acompañaremos, en este caso, a la defensa en su petición en base a los siguientes argumentos.

1. Sabemos hoy de sobra, gracias a la criminología, los efectos deteriorantes tanto físicos como psíquicos que causa la prisión debido a varias causas que no es del caso analizar aquí. Esto determina también la crisis del llamado efecto resocializador de la pena de prisión, postulando la doctrina que se debe ser más prudente y conformarse al más modesto fin de darle al ser humano un trato de tal, ofreciéndole los medios para que tenga presente cuál es el costo de la prisionización, en cuanto a la estigmatización social y deterioro individual, tratando de convencerlo de que todo contacto con el poder punitivo le es perjudicial. Es decir, no se trata, entonces, de mejorarlo en el sentido de imponerle los valores dominantes en un momento histórico, sino hacerle ver su vulnerabilidad, acentuada

aún más después de la prisión. Este modesto objetivo es el que debería tenerse en cuenta para la imposición de las penas en efectivo y tendría que ser el argumento principal en las sentencias que se inclinan por la ejecución efectiva de la prisión, sobre todo en los delitos que permiten la ejecución condicional de ella , tal como ocurre en el presente en que el imputado no tiene antecedentes penales, no se demostró la conveniencia para él de la prisión de efectivo cumplimiento y el mínimo del delito enrostrado lo permite.

2. Con el anterior fundamento creemos que es ya suficiente como para rebajar la pena al mínimo, puesto que no observamos cuál sería el beneficio concreto de la ejecución efectiva para el condenado e inclusive para la víctima, puesto que es el acusado uno de los sujetos obligados a dar alimento a ésta última, por lo que tampoco se advierte beneficio alguno desde éste costado y sí, en cambio, un claro perjuicio. No obstante, como en este caso se trata de un mínimo que es, a la vez, el máximo legal para otorgar la ejecución condicional de la prisión, corresponde analizar si existen circunstancias que ameriten subir el mínimo aunque sea en un día, puesto que si esto es así, ya existiría un obstáculo legal para la aplicación del artículo 26 del código penal y, en este camino, también se podría justificar el monto de cinco años impuesto por las sentencia. Veamos.

3. En primer lugar corresponde descartar como agravante al vínculo parental, por la sencilla razón de que el mismo legislador establece precisamente para ese caso la posibilidad de un mínimo de tres años, dando el legislador por sentado que tal extremo está ya desvalorado como hipótesis para justificar una pena superior al básico. Es del caso recordar aquí que los tipos agravados, en relación de concurso aparente de especialidad con los tipos básicos, agregan un " plus" de pena sobre éstos últimos tomando en cuenta una circunstancia que aumenta el grado de injusto o el de

culpabilidad. Si tenemos en cuenta ello, no es dificultoso advertir que el vínculo parental hace aquí las veces de circunstancia que llevó al legislador a aumentar la pena del abuso sexual simple, por lo que si los jueces lo vuelven a tener en cuenta para aumentar aún más el mínimo, no es muy difícil concluir que de esta forma violan la prohibición de la doble valoración y de la doble punición, dandose la situación fáctica análoga al principio procesal del " ne bis in idem", puesto que en definitiva estamos persiguiendo dos veces al mismo imputado por un mismo hecho.

4. Sentado lo anterior, corresponde examinar el argumento de corta edad de la víctima que los jueces ensayan como argumento para aumentar el mínimo, sosteniendo que ello provoca, por un lado, una mayor indefensión del bien jurídico, y, por el otro, el aprovechamiento de la incapacidad de comprensión del significado de la acción que lo tuvo por objeto. En este orden, digamos que llevan razón los jueces cuando los traen a colación para su estimación, pues ambos elementos- indefensión del bien jurídico y capacidad de la víctima para comprender el significado de la acción- son pares válidos como para juzgar la gravedad del injusto como objeto a reprochar. Claro que para ello deberán fundar concretamente la existencia de ambos elementos como circunstancias concretas del caso y no su mera formulación genérica, tal como se desprende de la sentencia. Obsérvese que que no basta en estos casos con señalar en forma genérica la indefensión del bien jurídico para aumentar una pena, pues precisamente en la inmensa mayoría de los abusos sexuales infantiles de niños, el lugar que elige el autor es precisamente aquel que le va a asegurar la mayor privacidad, a tal punto que la indefensión del bien jurídico en esos casos es casi consustancial con el fundamento para agravar, por lo que también estaríamos rayano a valorar dos veces lo mismo. Y todo esto también se relaciona con la capacidad de la víctima de comprender el significado de la acción,

lo que en el caso obra a favor del imputado, pues si no comprendió será difícil utilizar ello como ítem para la aumentar la gravedad del injusto y así elevar el mínimo, ya que esta situación de inmadurez que le impide comprender está abrazada, otra vez, en el mínimo.

5. Por último, digamos que si el injusto a reprochar debe medirse, con terminología de los artículo 40 y 41 del Código Penal, conforme también a la extensión del daño, debemos tratar la afirmación de los jueces en base a los informes periciales del menor y la cantidad de hechos imputados. Aquí cabe dar razón a la defensa, puesto que de los informes no se puede desprender sólo abusos, sino especialmente maltratos, unido ello a la fecha en que se hizo el mismo y que no fue actualizado debidamente para la cesura de pena, lo que no es atribuible al acusado, debiendo descartarse el mismo. Coadyuva a descartar una extensión del daño superior al que amerita el mínimo, la circunstancia de que se trató, conforme todas las probanzas y propias declaraciones de la víctima de un solo caso, por lo que si unimos tales extremos y lo valoramos conforme la experiencia común, es razonable suponer que estamos ante una extensión del daño mínimo.

6. Así las cosas- y justificado que fue la imposición del mínimo peticionado por la defensa- corresponde revocar la sentencia e imponer la pena mínima de tres años de prisión, dejando la ejecución de la misma en suspenso, por no haberse demostrado en el caso la conveniencia de la ejecución concreta y efectiva de la prisión, conforme los argumentos señalados anteriormente. Por ello, la privación de libertad del imputado que viene sufriendo debe cesar en forma inmediata, tal como lo ordena la constitución y la ley, puesto que la pena impuesta le permite al acusado, por remisión a la normativa de la ejecución condicional del artículo 26 del Código Penal, cumplirla en libertad, por lo que carece de sentido mantenerlo privado de ella, situación fáctica que trae el inciso 2 del artículo 228

de nuestro código procesal como causal de cese de la prisión preventiva. Ello sin perjuicio de las condiciones que se le impondrán al imputado hasta que deje de ser procesado y de aquellas que deberá cumplir ante la eventualidad de que esta sentencia quede firme.

7. En cuanto a las condiciones a cumplir en tanto conserve el status de procesado y aquellas que se le cargarán ante la eventualidad de transformarse en condenado, estimo que merece un comentario breve la prohibición de acercase a la víctima hasta que sus derechos de padre sean dilucidados en el fuero correspondiente o en la instancia gestora de conflictos pertinentes. Concretamente, la medida, mientras sea procesado, se justifica legalmente en que la libertad durante el proceso puede ser limitada- cuando ella se dispone porque la pena puede ser dejada en suspenso- por aplicación análoga del artículo 27 bis del Código Penal, entre las cuales figura, precisamente, la abstención de concurrir a lugares determinados o de relacionarse con determinadas personas. En caso de que eventualmente el autor se transforme en condenado, es el mismo artículo 27 bis el que regula la condición de tal y permite la medida.

No quisiera terminar la cuestión de la prohibición de acercamiento, sin explicitarla aún más en cuanto a su verdadero sentido y alcance. Esto porque la medida afecta el derecho constitucional básico de contacto, no solo del niño, sino también del padre que los jueces, como funcionarios estatales debemos fundar y ser lo más taxativos posible para establecer su alcance. En esta senda, se trata de dejar muy en claro que la medida subsistirá, como máximo, hasta que se extinga la pena de tres años o antes, si así lo dispusiere el fuero respectivo especializado de familia en orden a la mejor solución del conflicto o los protagonistas de éste llegaren a algún tipo de acuerdo al respecto. En suma, la medida subsistirá hasta la ocurrencia de cualquiera de esas tres hipótesis. Por todo ello, hago propias las

condiciones del cese de encarcelamiento que postula el juez preopinante.

Finalmente, comparto la imposición de costas y la regulación de honorarios propuesta por el colega que me precede en el voto.

La Dra. Mónica Rodríguez dijo:

1. Corresponde entrar al análisis de la impugnación deducida, dirigida a cuestionar las consecuencias jurídico penales de la conducta atribuida al acusado, esto es, la sanción aplicada por los Jueces de mérito como consecuencia de la realización de un nuevo debate sobre la pena.

Es del caso recordar la naturaleza *ordinaria* que tiene -también respecto de la pena- el remedio previsto por el art. 374 CPP (art. 75 inc. 22 CN; art. 8.2.h CADH; 15.5 PIDCP y art. 22 y 44, IV, C.Ch), lo cual implica que el tribunal del recurso se encuentra en la misma posición que la de los jueces de la instancia de origen en relación a hechos y derecho, aunque limitado por aquello que ha sido materia de agravio, salvo el control de constitucionalidad (art. 369, primer párrafo, *in fine* del CPP).

Lo anterior cobra particular relevancia en casos como el que nos ocupa, pues el carácter eminentemente valorativo de los parámetros a emplear para la determinación de la pena exige un considerable esfuerzo por parte del Tribunal para evitar todo atisbo de ejercicio arbitrario de la jurisdicción. Tal riesgo surge al comparar el amplio marco revisor que deriva de la naturaleza del recurso, frente al ejercicio concreto de una facultad que, si bien ha sido regulada legalmente, se basa en parámetros genéricos y, por ende, no puede escapar a un cierto grado de discrecionalidad.

Sin embargo, no se trata de reemplazar el criterio de los jueces de primera instancia por los del tribunal revisor sino de examinar, a la luz de la crítica de la defensa, si las razones tanto fácticas como jurídicas

tenidas en cuenta por aquellos resulta ajustada a la normativa legal y constitucional.

Reiteradamente he sostenido que los jueces deben construir la decisión interpretando los lacónicos parámetros legales, 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.

2. Los Magistrados intervinientes en la nueva cesura sobre la pena han considerado adecuado imponer una sanción de cinco años de prisión. Ello en relación al hecho atribuido, que fue calificado como abuso sexual agravado por el vínculo (art. 119, primero y último párrafo, en relación al cuarto inc. b) del Código Penal Argentino).

Para así decidir han resultado coincidentes en el criterio de valorar como agravantes el vínculo parental del acusado con la víctima y la situación de indefensión o mayor vulnerabilidad del bien jurídico por la particular modalidad comisiva, así como la mayor extensión del daño y peligro causados a consecuencia de la corta edad del niño.

Como atenuantes los Magistrados coinciden en ponderar la falta de antecedentes penales, descartando por mayoría –con la disidencia de la Dra. Pérez Bogado, las circunstancias personales favorables del acusado.

3. Cabe, en principio, dar respuesta a la crítica de la defensa vinculada a la omisión de los Jueces en señalar el punto concreto por el que ingresan a la escala penal a los fines de la ponderación de atenuantes y agravantes.

He sostenido en anteriores pronunciamientos que resulta de buena práctica indicar el punto del cual parte el juez para la individualización, indicando 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" (autos: **"P., M. s/denuncia-Dolavon" (Carpeta 2059 OJ Tw – Legajo 20291 OUMPF Tw).**

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)".

Sin embargo la ausencia de mención específica en tal sentido no constituye un vicio que afecte la validez del pronunciamiento, más allá de las consideraciones que se formularán en virtud de la crítica planteada por el recurrente.

4. Entrando a analizar el primer agravante tenido en consideración por los Sentenciantes, esto es, el vínculo biológico del autor con el menor víctima, cabe recordar que esa ha sido, justamente, una de las circunstancias calificantes que reflejan el esfuerzo legislativo llevado a cabo para distinguir supuestos de mayor gravedad que el tipo básico del primer párrafo del art. 119 CP, y que se refleja claramente en una escala penal sensiblemente más gravosa. Así, un caso de abuso simple cometido por quien no guarda vínculo alguno con la víctima tiene un mínimo de seis meses de prisión, frente a los tres años que prevé cuando se da cualquiera de las circunstancias de los inc. a), b), d), e) o f) de la misma norma.

Entiendo que el tratamiento de tales circunstancias agravantes a los fines punitivos resultan parificados por el propio legislador, pese a que el supuesto del vínculo biológico o parental obedezca a distintos

fundamentos que el referido a la situación de los ministros de algún culto, encargado de la educación o guarda de la víctima.

Así, la doctrina señala esta distinción, indicando que en el primer supuesto "...la agravante se basa en clásicos criterios culturales de respeto entre determinados parientes y la situación de preeminencia y mayor poder del autor sobre la víctima. Desde la experiencia cotidiana y desde la psicología, se ha advertido que no es igual un abuso sexual con un desconocido, que con determinados parientes cercanos, por las huellas que dejan, porque la víctima termina sintiéndose "culpable" de la suerte procesal del pariente denunciado y de la "pérdida" familiar que se avecina con la expectativa de prisión".

En el segundo grupo de casos, en cambio, la agravación está basada "en la posición de preeminencia, respeto y confianza del autor sobre la víctima". (*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Baigún- Zaffaroni, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, T.4, p. 537).

Entiendo que no cabe distinguir donde no distingue la ley y, menos aún, en perjuicio del acusado. Por ello considero que la ponderación del lazo parental entre el autor y la víctima, tomada en cuenta para agravar la pena, vulnera el principio *non bis in idem,* esto es, de doble valoración, toda vez que se trata de la circunstancia propia ya considerada por el legislador al configurar el tipo penal agravado del art. 119, último párrafo, en relación a la modalidad comisiva prevista en el cuarto párrafo, inc. b) del Código Penal.

La jurisprudencia ha dicho que "...de ningún modo una circunstancia fáctica prevista normativamente para agravar la escala penal puede valorarse doblemente: como calificante en el tipo penal y como agravante en la individualización judicial. Ello obedece a que su consideración más gravosa ya fue motivo de valoración por parte del legislador a los efectos de la

estructuración del respectivo tipo penal, y por ende, cometido el delito, su nueva selección por el Juzgador a la hora de acrecentar la sanción importa una vulneración de la prohibición de la doble valoración, comprendida actualmente como un aspecto de la garantía del non bis in idem (T.S.J. de Córdoba, Sala Penal, S. n° 13, 11/3/98, "Avalos" S. n° 77, 7/6/99, "Ceballo", S. n° 67, 7/8/00, "Reyna", S. n° 74, 15/8/01, entre muchos otros).

5. En cuanto a la extensión del daño y peligro causados, es sabido que se trata de un parámetro que mensura la intensidad y alcance de la lesión causada al bien jurídico a partir de la comisión del hecho delictivo.

En tal sentido se han considerado como agravantes en el fallo, por un lado, la corta edad del menor víctima (cuatro años) y, por otro, el perjuicio psicológico causado.

Comparto el argumento dado por los Sentenciantes en cuanto computan como agravante la escasa edad del niño. Ello es así pues si bien el legislador ha previsto en el tipo penal aplicado la vulneración a la indemnidad sexual de menores de trece años, es claro que esta última categoría se integra con una distinta gama de posibles sujetos pasivos y, en ese contexto, la corta edad del menor es demostrativa de una mayor desprotección del bien jurídico –como bien lo señala el Juez Arguiano- por su extrema vulnerabilidad.

La doctrina explica que "...no existe doble desvaloración cuando el mismo elemento se toma en cuenta en la cuantificación de la pena para particularizar su intensidad. Como es lógico la prohibición de doble desvaloración no se afecta cuando no se trata de una nueva desvaloración sino de la particularización o perfeccionamiento del grado de una única desvaloración". (ZAFFARONI- ALAGIA- SLOkAR, op.cit., p. 1000).

No cabe idéntica consideración, entiendo, respecto al daño psicológico causado al menor, tomado como

agravante por los Jueces A-quo. Considero que para aumentar la penalidad es preciso contar con pautas objetivas que permitan medir, fundadamente, la mayor o menor entidad lesiva de un ilícito penal y en autos no se ha demostrado que tales consecuencias excedan la afectación que como mínimo debe producir el concreto delito que se atribuye.

Al respecto advierto, por un lado, que no se ha acompañado prueba en la nueva cesura de pena realizada que permita conocer de modo actualizado si existieron o no tales secuelas. Pero, aún tomando en cuenta las conclusiones del informe psicológico obrante originariamente en la causa y realizado poco tiempo después del hecho –fs. 5 del Cuaderno de Prueba fiscal, surge que si bien el niño requirió de tratamiento psicológico para restituir su equilibrio emocional, las secuelas emocionales resultarían indicadoras tanto de una situación de maltrato como de abuso.

En este último sentido no puedo dejar de considerar que en la misma audiencia de juicio la profesional actuante, Lic. Patricia Fernández, mención que cito en mi voto en la primera impugnación, expresó que en la evaluación del caso "la impresión que daba desde lo clínico es que el chico no discriminaba lo sexual de lo violento". Por lo dicho no encuentro parámetros objetivos ciertos que demuestren, a los fines de la agravación de la pena, que las secuelas psicológicas evidenciadas poco tiempo después del hecho sean directamente atribuibles a éste.

6. En cuanto a los atenuantes que advierto respecto de la conducta atribuida cabe recordar que, si bien en todo delito contra la integridad sexual se produce un menoscabo a ese bien jurídico, teniendo en cuenta la enorme constelación de acciones que pueden resultar típicas es preciso, a los fines de sopesar el grado de culpabilidad por el injusto, analizar el contenido que tuvo en el caso concreto la intrusión en la esfera sexual de la víctima.

En tal sentido opino que corresponde valorar como atenuante en el caso, con idéntico criterio al propuesto en su voto por la magistrada Pérez Bogado, que se trató de un único episodio intrusivo de la esfera sexual del menor. Por otra parte, más allá de cierta vaguedad en la imputación –propia quizá de este tipo de injerencias- ha quedado demostrado que ese único suceso tuvo una connotación de fugacidad o brevedad, lo cual habla también a favor de un menor grado de reprochabilidad.

7. Con respecto a las condiciones personales del autor he de coincidir con la Magistrada citada más arriba en el sentido de considerarlas como atenuantes de la sanción a imponer. Ello así por cuando no sólo forman parte del análisis preventivo especial que corresponde formular en el caso concreto, sino por tratarse de un parámetro necesario para graduar su culpabilidad y, básicamente, su vulnerabilidad frente al sistema penal.

Así, la desaventajada condición familiar padecida por el imputado en su infancia -según surge del informe psicológico acompañado-, no se neutraliza por la contención que haya eventualmente recibido, pues se trata de situaciones vivenciales que no cabe compensar sino que deben ser sopesadas en su virtual incidencia para la formación de la personalidad del acusado respecto a su grado de reprochabilidad.

8. Además, la circunstancia de carecer de todo antecedente penal, así como la demostración de ser una persona muy trabajadora y responsable deben jugar a su favor. Tal condición, a mi entender, debe ponderarse en la motivación de la respuesta punitiva, no sólo respecto de la necesidad y fines de la pena a imponer sino, fundamentalmente, de su cuantía, ya que se trata de un sujeto que no ha tenido ningún contacto previo con el sistema penal.

9. Por último, valoro que en la causa ha mediado inicialmente una calificación legal excesiva, lo cual traduce una mengua del derecho de defensa, pues neutralizar la gravísima imputación primigenia ha

demandado un esfuerzo tan grande como innecesario que debe ser tenido en cuenta al valorar las consecuencias jurídicas del hecho.

Adviértase que el mínimo de la escala penal del delito atribuido al acusado es de tres años de prisión, y es sabido que una primera condena de hasta tres años puede ser dejada en suspenso (art. 26 del Código Penal), o que, eventualmente, puede llegar a otorgarse en tales supuestos la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis, cuarto párrafo, del Código Penal). Ambas situaciones, que configuran respuestas posibles del sistema frente a hechos como los investigados, han debido ser descartados por el recurrente frente a la entidad de la originaria acusación y tal merma en sus facultades procesales debe ser compensada.

10. Luego de ponderar las circunstancias descriptas y habiendo escuchado los testimonios producidos en la audiencia de cesura de pena, he arribado al convencimiento de que la sanción propuesta por la Defensa aparece como razonable y proporcionada, considerando además que el tiempo de detención que lleva cumplido el acusado (casi catorce meses), permitiría el cumplimiento de la pena restante en libertad.

Ello así pues el único agravante computable, en mi opinión, referido a la edad del menor víctima, se ha visto neutralizado por las circunstancias minorantes reseñadas. No advierto otra manera de hacer valer los atenuantes como no sea restringiendo el alcance del único agravante que se ha considerado legal y constitucionalmente procedente en el caso.

Por todas las consideraciones expuestas, entiendo justo disminuir la pena impuesta a C. G. A. C., tal como lo solicitara el impugnante, fijándola en definitiva en la de tres años de prisión de efectivo cumplimiento, de conformidad a lo normado por los art. 40, 41, 45 y 119, primero y último párrafo, en relación al cuarto inc. b) del Código Penal Argentino.

11. Corresponde, en consecuencia, tratar el pedido de libertad planteado por la Defensa en oportunidad de la audiencia del art. 385 del C.P.P.

Atento a la solución que propugno, corresponde disponer el cese de la prisión preventiva que viene sufriendo el imputado, de conformidad a lo dispuesto por el art. 226 inc. 2° del C.P.P., toda vez que C. G. A. C. se encuentra detenido, en forma ininterrumpida, desde el día 27 de enero del año 2010, obrando además el concepto favorable del lugar de detención donde cumple el encierro. Lo dicho determina que frente a una condena como la que se decide en el presente, transcurridos ocho meses hubiese podido acceder a la libertad condicional, de acuerdo a los términos previstos por el art. 13 del ordenamiento penal sustantivo.

Cabe, pues, acceder al planteo de libertad formulado, soltura que deberá hacerse efectiva desde los estrados de este Tribunal, previo labrar el acta respectiva (art. 228 CPP), en los términos y alcances propuestos por el vocal que lidera el acuerdo. Así voto.

12. Por último, adhiero a la postulación formulada por el Magistrado del primer voto en cuanto a costas y honorarios profesionales.

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 ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado Ceferino Gustavo Ariel Castro -cuyas demás circunstancias personales obran en autos- contra la sentencia Nro. 83/11 OJ Tw dictada en fecha 28/01/11; modificando la pena impuesta en la sentencia recurrida, fijándola en definitiva en **Tres Años de Prisión**, con más las costas del proceso (arts. 40, 41, 29 inc. 3°; 241 y ccdtes. del C.P.P.), en orden al delito de Abuso sexual simple agravado por el vínculo(art. 119, primer y último párrafo del C.P. Código Penal), por el hecho ocurrido en la ciudad de Rawson en

fecha que no puede se precisada pero con anterioridad al 20 de enero del año 2010, en perjuicio del menor J.C.

2) **Disponer** el cese de la prisión preventiva y la inmediata libertad de C. G. A. C. (Arts. 228 inciso 2 y 386, segundo párrafo del C. Procesal Penal, en virtud de los considerandos pertinentes (art. 226 inc. 2° del Código de
Procedimiento Penal), la que se efectivizará desde los estrados de este Tribunal.

3) **Imponer** a C. G. A. C. las siguientes condiciones. **a)** fijar domicilio y presentarse mensualmente en la oficina de control de ejecución penal con sede en Trelew; **b)** Abstenerse de todo acercamiento y/ o contacto con el menor víctima y su madre, hasta que ambos protagonistas del conflicto solucionen el mismo vía intervención de los organismos judiciales del fuero de familia especializado o hasta que se extinga la pena, lo que ocurra primero. (Arts. 26 y 27 bis del Código Penal)

4) Regular los honorarios de la Defensa Pública en la suma de Ciento Setenta y Cinco ($ 175,00), por la labor desarrollada en la presente instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200), art. 59 y concs. de la ley V-90 (antes ley 4920); 4)Protocolícese y notifíquese.

Roberto Rubén Portela **Omar Florencio Minatta**

La presente es firmada por dos vocales por impedimento ulterior al acuerdo de la Dra. Mónica Rodríguez.

Registrada con el Nro. 07/2011 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.