CAUSA: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/ C., R. - (OFIJU NIC N°2567 - NUF,N°17491).

En la Ciudad de Esquel, Provincia' del Chubut, a los cuatro días del mes de noviembre de dos mil quince, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, el Tribunal integrado por la Sra. Juez de Cámara, **Dra. Nelly Garcia**, en su carácter de Presidente, y los Sres. Jueces de Cámara, **Dres. Carina Paola Estefanía y Rafael Luchelli**, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco de las Causa caratulada: **"PROVINCIA DEL CHUBUT c/C., R. (NIC N°2567 - NUF. N° 17491)**, en la que tuvieron debida participación del **Fiscal General**, **Dr. Fidel González**, en representación del Ministerio Público Fiscal, **la Sra. Andrea Montecino**, en su carácter de víctima, el imputado **Sr. R. C.** y su defensor particular **Dr. F. G.**,
Defensor Particular del imputado.

Y CONSIDERANDO:

Que el día veintisiete de octubre del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del C.P.P. presidida por la Dra. Nelly N. García, en la que el Dr. F. G., ratificó los fundamentos de la impugnación ordinaria sostenidos en su expresión de agravios, contra la sentencia de cesura de pena, de fecha 7 de julio de 2015, registrada bajo el N° 1115-Año 2015, dictada por el Tribunal de Juicio Colegiado, integrado por los Dres. R. Raúl Rolón, Daniel Camilo Pérez y Alejandro Rosales, que condenó a R. C. a la pena de cinco años de prisión, de cumplimiento efectivo, y al pago de las costas del juicio, como autor penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE DOBLEMENTE AGRAVADO POR SER COMETIDO POR UN ASCENDIENTE Y POR SER PERPETRADO CONTRA UN MENOR DE DIECIOCHO AÑOS DE EDAD APROVECHANDO LA SITUACION DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE EN LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO (arts. 118 y 119 último párrafo del Código Penal según ley 11719), por los hechos ocurridos entre el año 2007 y el 13 de mayo de 2011 en los domicilios ubicados sobre calle S. M. s/n (frente al Municipio) y en la chacra emplazada a cinco kilómetros de Rio Pico, sobre la ruta que va a la Aldea Atilio Viglioni en perjuicio de IACM. El Dr. F. G. en su carácter de Defensor de

C. sostuvo que los tres sufragios contienen fundamentaciones aparentes, ya que no se condicen en su razonamiento deliberativo ni se apegan a los principios rectores de legalidad.

Cuestionó cada uno de los agravantes valorados:

Con relación a la duración del suceso: dijo que las fechas no han podido ser determinadas con precisión pero ocurrieron entre el año 2007 y el 13 de mayo de 2011, por lo que el sometimiento no se prolongó sistemáticamente durante los cuatro años y por ende no puede tenérselo como agravante. Con relación a la vulnerabilidad del menor por su edad: dijo que el voto de Rosales sostiene, que por la escasa edad del menor, al momento en que comenzaron a perpetrarse los hechos, debió existir un mayor grado de vulnerabilidad. Este magistrado, primero dijo que es propio de la tarea legislativa que debió incluirlo en el texto legal y después sin fundamento alguno sostiene que debió existir.

El voto del Dr. Pérez sostiene que al menor por su corta edad le resultaba imposible oponerse a los designios del adulto. El defensor cuestiona este punto y alega que no tiene sustento empírico ni científico y es lo que tuvo en cuenta el legislador para limitar la apreciación en los trece años y afirma que queda en solitario el voto del Dr. Rolón.

Concluyó que no puede considerarse esta agravante cuando un voto es contradictorio, el otro infundado y el dominante desestimado.

En cuanto a la intimidación y amenazas, el Dr. G. sostuvo que no puede valorarse como agravante, ya que implica una doble ponderación, la amenaza es una especie dentro del género intimidación y no hay ninguna constancia de que C. haya amenazado a la madre.

Con relación al daño causado: dijo que ya fue valorado por la Cámara y los jueces de la cesura se apartan de los lineamientos en los cuales se ha centrado el juicio de responsabilidad.

Al tratar los atenuantes, el Defensor se queja porque fueron mal descartados, no fueron considerados el comportamiento social, el comportamiento durante el proceso y la duración del proceso.

En la audiencia, ratificó lo que sostuvo en el escrito, amplió y explicó con más detalles. Dijo que el Tribunal de la cesura no tuvo en cuenta la base fáctica fijada por la Cámara Penal. El tribunal fijó un espacio temporal, entre ambas fechas, dentro del cual ocurrieron los hechos, lo que no significa que en forma diaria, continua y periódica se hayan repetido esos actos.

Agregó que la intimidación está implícita en el tipo penal y la diferencia de edad también, y que las amenazas a su madre no se dieron por probadas.

En especial remarcó que al valorar el daño causado, se apartan de la base fáctica desoyendo a la Cámara Penal, en especial el voto de la Dra. Garcia.

Concluyó que no existen motivos para apartarse del minimo legal, que debe considerarse el principio de humanidad de las penas, que su defendido tiene más de setenta años, que aunque sea arresto domiciliario lo va a perjudicar en la atención de sus intereses económicos relacionados con su actividad en la chacra, que indirectamente también va en desmedro de los intereses del niño.

A su turno, el Sr. Fiscal General, Dr. Fidel González, contestó la impugnación y dijo que la Defensa centró el cuestionamiento en los agravantes que se valoraron, la duración del suceso, la vulnerabilidad del menor por su edad, la intimidación y amenazas y el daño causado.

En primer lugar dijo que la pena se relaciona con los hechos probados, que ocurrieron entre el año 2007 y el 13 de mayo de 2011.

En cuanto a la duración del proceso, dijo que ya quedó fijado que el hecho comenzó desde el año 2007 cuando el menor se quedó con su abuelo a solas y fue gradual hasta el 13 de mayo de 2013, fueron por lo menos cuatro años de sometimiento. Los tres votos tienen el mismo norte, debe ser valorado como agravante y nos aleja del mínimo.

Con relación a la vulnerabilidad del menor por su edad. Los tres magistrados coincidieron que la edad del menor, cuatro años en el 2007 es un agravante del tipo penal, lo hace más

vulnerable, por la menor posibilidad de resistir el abuso. No existen votos
infundados ni contradictorios.

Además la intimidación o amenazas, es un plus que ejerce presión sobre el menor para que no devele lo
ocurrido.

Sostuvo que el daño causado, surge de la sentencia de responsabilidad, el reenvió fue dispuesto con relación a la calificación legal.

Con relación a los atenuantes mal valorados según el defensor, dijo que se reserva el momento procesal
oportuno para responder.

Solicitó que se confirme la sentencia porque es la única conclusión legal y natural a la que podía arribar
el tribunal colegiado.

En la audiencia ratificó lo expresado en el escrito de contestación. Dijo que se sentía conmovido por el caso, que el daño causado tuvo su origen en el abuso. Que los actos abusivos tuvieron un comienzo y finalizaron con la denuncia. Por último aclaró que la escala penal a tener en cuenta es la que estableció el legislador de 3 a 10 años; pero que la pena a imponer no puede sobrepasar los 8 años fijados en la sentencia anterior. Afirmó que no sabe por qué motivos el Fiscal que intervino en la causa con anterioridad, Dr. Dal Verme, requirió una pena de 10 años de prisión. Solicitó que se
rechace el recurso interpuesto.

Antes de finalizar se invitó a la Sra. V. A. M., preguntándole si quería dirigirse al Tribunal y dijo que lleva muchos años de desgaste, que el padre llevó a su hijo a Río Pico a la casa de los abuelos para que vea sus juguetes y eso ella no lo permitió. Que a ella la rechaza, que no quiere verla y la quiere matar, para ella es evidente que A. quiere recomponer la situación de la familia C. Que actualmente su hijo está internado en salud mental. Remarcó que en la terapia le piden tiempo y paciencia, que va a llevar años, por eso quiere que
se lo condene y cumpla una sanción.

A continuación se le dio la palabra al imputado R. C. y dijo que es inocente, que el nene sabe la verdad, que no fue

abusado y ellos lo quieren con todo su corazón. Aclaró que es imposible que a los 70 años abuse de un niño de su propia sangre, que él no es un pervertido y que cree en la relación entre un hombre y una mujer. Finalmente pidió perdón porque está aprendiendo a odiar.

Corresponde entonces dar respuesta a las cuestiones que fueron objeto del recurso, como lo ordena el art. 331 del C.P.P.- A esos fines el Tribunal fijó las siguientes cuestiones a resolver: Ira.) ¿Debe admitirse o rechazarse la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa del Sr. R. C. contra la sentencia de cesura de pena por reenvío? 2°) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° pár., CPP), se estableció el mismo orden de votación que en la sentencia de
responsabilidad: García- Luchelli-Estefanía.

La Dra. Nelly Garcia dijo: En cuanto al primer agravio, la duración del suceso, advierto que se tuvo por probado que los hechos ocurrieron entre el año 2007 y el 13 de mayo de 2011. Durante ese tiempo el niño comenzó a estar a solas con el abuelo, coincidió con la época de la separación de los padres y el inicio del jardín, y cesó cuando la madre interpuso la denuncia.

Precisamente la modalidad de delito continuado, habla de reiteración delictiva, muchas veces, durante cuatro años. No es lo mismo para la víctima, un solo acto aislado, que la repetición de esas conductas de tocamiento durante meses y años. Hay
un mayor injusto.

Por otro lado esta cuestión fáctica quedó plasmada en la sentencia de primera instancia que fue confirmada por la Cámara Penal, en esta etapa de la cesura solamente se le adjudica el valor de un agravante y los tres magistrados coincidieron en

este punto.

En cuanto a la vulnerabilidad del menor por su edad. "A nivel universal se consideran vulnerables todas las niñas y niños hasta los 18 años de edad, porque no ha concluido aún su crecimiento[1] y desarrollo neurológico, psicológico, social y físico. Los lactantes y niños pequeños, que son víctimas

de abuso sexual y pornografía infantil, son los más vulnerables, debido a la inmadurez de su psiquismo todavía en desarrollo y a su completa dependencia de los adultos". Navarro, María Alba. Violencia sexual. Ed. Alveroni. pág. 82)

Considero que no se necesita probar empíricamente que un niño de cuatro a siete años es más vulnerable que uno de trece años, porque es notorio que tiene menos posibilidades de defenderse o de pedir ayuda y el impacto en su siquismo es
mayor.

El aprovechamiento de un niño de tan corta edad es un agravante porque el injusto se puede graduar, a menos edad es más grave, a mayor edad es menos grave. No implica doble valoración porque no está contemplado en el tipo. En el abuso sexual simple, el límite de los trece años' solamente se refiere al consentimiento, que es invalido ya que la ley presume que el menor de trece años carece de capacidad y discernimiento para comprender el
significado del acto sexual.

También resulta incuestionable, que el contenido del injusto aumenta en razón directa con la desprotección del bien jurídico, cuanto mayor sea
la indefensión, mayor es el injusto.

Al respecto, el Dr. Rolón dijo que la edad de la victima es un factor agravante porque es razonable pensar que existe una mayor vulnerabilidad en un niño de cuatro años, este suceso produjo un mayor impacto y perjuicios por la menor edad de la víctima, dado que en esos primeros años se conforma la personalidad del individuo y ello aumenta el
disvalor de la acción.

El Dr. Rosales no se contradice en su argumentación, sino que habla de dos tipos de vulnerabilidad, por un lado la mayor vulnerabilidad se debe a la relación de parentesco, el vínculo que lo une al agresor, el niño confía en ese abuelo del que espera cuidados y protección. Y por otro lado la escasa edad de la víctima, también implica un mayor grado de vulnerabilidad, porque es menor la posibilidad de resistir o de requerir auxilio y no está en condiciones de comprender la significación

sexual de los actos de tocamiento.

El Dr. Camilo Pérez en el tercer voto, también dijo que comparte que la edad del menor al momento de los hechos implica una mayor vulnerabilidad, ya que por su corta edad, tan sólo cuatro años, le resultaba imposible oponerse a los designios del
adulto.

Por lo dicho, entonces, este agravio debe ser rechazado y así lo voto.

En cuanto a la intimidación y amenazas, considero que tratándose de un menor de trece años, la intimidación o amenaza, en el sentido de violencia moral, no es un medio comisivo requerido por el tipo, ya que aunque exista consentimiento de
la víctima, igualmente hay tipicidad.

En la sentencia de primera instancia, quedó probado que C. le había dicho al niño que si contaba lo que ocurría lo mataría a él y a su madre y les echaría el auto encima. Esa es la amenaza.

La Cámara Penal confirmó parcialmente la sentencia de primera instancia, cambió la
calificación legal, sin modificar la base fáctica.

El Dr. Rolón dijo que el ofensor intimida al niño por la diferencia de edad entre ellos, pero que además hubo amenazas, tendientes a que el suceso se mantenga oculto y no se devele, y es un plus que
tiene peso en la graduación final de la pena.

El Dr. Rosales dijo que si se profieren amenazas al niño que lo obligan a mantener ocultos los actos de contenido sexual, es un plus que se valora como
agravante.

El Dr. Pérez, sostuvo que la utilización de amenazas ha sido acreditada según se expone en la sentencia de responsabilidad. En el caso alcanza con acreditar la edad de la víctima, menor de trece años, pero si se ejerció presión sobre el menor para que no devele lo ocurrido, ello debe ser valorado
como un plus.

Es decir los tres magistrados coinciden en esta valoración, la amenaza es un agravante y no hay doble valoración porque dentro de esa franja etárea no es un medio requerido por el tipo.

Este agravio también debe ser rechazado y así lo voto.

Con relación al daño causado a la víctima, el Dr. Rolón consideró que los daños en la salud mental del menor son evidentes y lógicos del hecho traumático que le tocó experimentar, para ejemplo recordó las conductas desplegadas ante la Lic. Isabel Gómez, su comportamiento en la escuela que lo fue aislando, y terminó internado en el nosocomio local en más de una oportunidad.

Sostuvo que en el estrés postraumático constatado en el menor, con cita al testimonio de la Lic. P., seguramente hicieron su aporte, los padres y la intervención judicial posterior, pero es indudable que el daño en la salud mental del menor surgió o tuvo origen en estos sucesos, que presentó como protagonistas al niño y su abuelo, conforme la situación de desequilibrio e inestabilidad psíquica advertida desde la primera intervención judicial, lo que debe tener incidencias desfavorables para el acusado.

El Dr. Rosales, dijo al respecto, el daño generado a la salud del niño no obedece exclusivamente al accionar del justiciable sino también a otros factores tales como la delicada relación del menor con sus progenitores y también al excesivo abordaje en el diagnóstico y tratamiento de la víctima. En ello coincidieron los jueces que conforman la mayoría, por lo que entiendo que el agravante citado por el acusador debe ser valorado sin soslayar la situación descripta y que se tuvo por acreditada.

Por último el Dr. Camilo Pérez, dijo que si la mayoría acredita que han existido daños, mas no de la entidad que amerite la calificación más gravosa prevista en el párrafo tercero del art. 119 del C. Penal, ello nos indica que se refiere a los daños normales que cualquier abuso genera en una víctima y en ese marco deben ser valorados para la imposición

de la pena.

En primer lugar, los tres jueces tuvieron en cuenta la sentencia de Cámara y acotaron la extensión de los daños, los jueces de la mayoría dijeron que igualmente hay un daño en la salud mental del menor derivado del abuso sexual del abuelo y lo valoraron como agravante y Pérez, que lo considera daño normal de cualquier situación de abuso llega al mismo monto de pena.

A mi criterio, el abuso dejó huellas en la personalidad del niño y consecuencias psicológicas y emocionales, ampliamente debatidas, que no han cesado y que diferencia este caso, de un simple tocamiento que no deje secuelas.

Es bueno aclarar, que los daños psicológicos probados, de ninguna manera se imputaron exclusivamente a la actitud parental y a la sobre intervención de los operados, se pueden graduar entre mínimos, medianos y graves.

La imposibilidad de medir la magnitud de los daños imputables a una causa y a la otra, debe favorecer al imputado y los valoro como mínimos.

Por lo expuesto los agravantes fueron correctamente valorados, únicamente modifico el peso de este agravante, que debe reflejarse en una disminución del monto de la pena. Así lo voto.

Con relación a los atenuantes.

Los jueces Rolón y Pérez descartaron que el destacado rol social del autor, su posición social y sus antecedentes laborales, impliquen un agravante. El Dr. Rolón dijo que valorarlo como pretende el fiscal es establecer una discriminación arbitraria, no son elementos relevantes para medir el disvalor de la conducta.

El Dr. Pérez dijo que ser un sujeto con experiencia, con tareas en la función pública y con conocimientos culturales, no implica un mayor injusto ni un plus de culpabilidad.

Como contrapartida, el Defensor pretendía que se considere un atenuante el rol social del justiciable en su comunidad y sus antecedentes laborales.

El Dr. Rosales dijo que de ello no se infiere una mayor vulnerabilidad que incida sobre su autodeterminación.

Las condiciones personales del autor, edad, educación, posición social, antecedentes laborales adquieren relevancia al relacionarlos con el grado de culpabilidad, a condiciones más favorables es mayor el reproche, está mejor equipado para conformar su conducta a los requerimientos de la norma. Y como contrapartida la juventud, la poca educación, la falta de medios económicos, nos hablan de una vulnerabilidad social, que le hacen más difícil conformar su conducta a la norma.

En el marco del recurso del imputado no corresponde que me expida sobre un agravante rechazado. Sin embargo la misma situación, no implica un atenuante, ya que no se probó ninguna limitación relativa a su capacidad de culpabilidad y por su condición social y grado de instrucción, tenía medios a su alcance y posibilidades concretas, para ajustar su conducta a la norma sin problemas, por lo que estas condiciones subjetivas del autor no justifican un reproche menor.

Los jueces valoraron como atenuante la falta de antecedentes. El buen concepto social y que se desempeñe en otros ámbitos correctamente, integra el mismo concepto, es un individuo que hasta ahora no tuvo conflictos con la ley penal, es un primario. No corresponde que se lo cuente como otro atenuante separado.

Acepto el criterio del Dr. Víctor Sarquís en el caso: PCIA. DEL CHUBUT c/ M., J. C. (NIC 414 NUF 3193} , cuando dijo que "comparte la afirmación del segundo votante, Dr. Jorge Eyo, en cuanto a que sí deben considerarse como atenuantes, 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 LF7850, que fue confirmado por el STJCh , como el buen concepto que ostenta el imputado en el

medio social en que vive". Y concluye, que "discrepa con lo sostenido por la Dra. Jones en cuanto considera irrelevantes a los fines de la mensuración de la pena tales circunstancias o atenuantes genéricas, porque 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".

A mi criterio, la interpretación y el justo alcance de este atenuante es poner en balance su valor, relacionándolo con otros atenuantes, del mismo caso, y su incidencia para la prevención

especial.

Por otro lado la duración del proceso está dentro de los plazos procesales, tal como lo establece el art 282 del Código Procesal, la duración de la etapa probatoria se cuenta desde la

realización de la audiencia de apertura.

El tiempo que demandó la realizar la cámara Gesell, está justificado por la desestabilización psiquica de la víctima, como consecuencia de las conductas abusivas del propio autor, que no

justifican una disminución en el quantum punitivo.

Tampoco corresponde considerar que el cumplimiento de la pena será extemporáneo, ya que la pena se cumplirá cuando quede firme y ello depende

del trámite de los recursos pendientes.

En cuanto a los perjuicios económicos que le acarrearía la pena, están dentro de los efectos normales de la pena para todos los condenados, por cualquier delito. Además la cría de vacunos la puede

continuar contratando un dependiente.

Por último, el Defensor cuestiona el carácter retributivo de la pena impuesta y que deja de lado el fin resocializador de la misma que exige el Pacto San José de Costa Rica en su art. 5.6. Tengo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Maldonado del 7 de diciembre de 2005 (fallos 328:4343) " sostuvo que la medida de la pena no puede exceder la del reproche por haber escogido el ilícito cuando el autor tuvo la posibilidad de comportarse

conforme a la norma, la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de 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."

También consideró "que por mandato constitucional, toda pena privativa de la 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}. Ello exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial, lo que en el caso de menores debe ser juzgado con mayor cuidado, 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." (Comentario al fallo GARRONE por PITLAVNIK.pdf www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?=24715&n.pdf) Entonces la pena tiene un componente retributivo, que permite valorar su proporcionalidad y racionalidad al compararlo con la gravedad del hecho y con la intensidad del reproche, que se relaciona con la culpabilidad.

Pero ese quantum funciona como límite máximo, todavía puede ser reducido al mínimo necesario que requiera la prevención especial. En ese marco estimo adecuado tener en cuenta como atenuante, el comportamiento del imputado durante el proceso, que acató las restricciones impuestas por el tribunal en la prohibición de acercamiento, evitando el contacto con su nieto según sus propios dichos y cumpliendo con todas las citaciones. Demostró con este comportamiento que acata las normas que se le imponen, por lo que a los fines de la prevención especial la necesidad de pena es menor.

Ya para concluir, considero que no corresponde aplicarle el mínimo legal de tres años de prisión, porque tiene agravantes que lo alejan del mínimo y los atenuantes no tienen el plus valorativo que anulen los

agravantes.

Sí, considero razonable ajustar el monto de la sanción a imponer por estas cuestiones de prevención especial, en consideración a su edad, 73 años, que hasta la fecha no ha tenido conflictos con la ley penal y no es refractario a las imposiciones de la autoridad, estimo justo, razonable y proporcional que se le aplique la pena de cuatro años de prisión dé

cumplimiento efectivo. Y así lo voto.

Corresponde en esta instancia regular los honorarios del Defensor Particular del imputado Dr. F. G., conforme la calidad de la defensa y el resultado obtenido, los fijo en el 30% de lo regulado en primera instancia, conforme lo dispuesto por la ley de aranceles, los que se declaran a cargo del imputado

conforme art. 242 inc 3 del C.P.P. Así lo voto.

El Dr. Rafael Luchelli dijo: Omitiré realizar un descripción de los agravios vertidos en la presente impugnación, en atención a la detallada relación de los mismos, efectuada al comienzo de la presente sentencia, a cuyos términos me remitiré en su

integridad.-

Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) deducida por el Defensor de confianza, Dr. F. G., del imputado R. C., contra la sentencia dictada en su contra, el dia 07 de Julio de 2015 y que condenara al nombrado a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas, por los hechos ocurridos entre el año 2007 y el 13 de mayo del año 2011, en los domicilios ubicados sobre la calle S. M. s/n (frente al Municipio de Río Pico} y en la chacra emplazada a cinco kilómetros de la ciudad de Río Pico, sobre la ruta que va a la Aldea Atilio Viglione, en perjuicio del niño I.A.C.M.A, habiéndose calificado su conducta, en una sentencia anterior de esta Cámara Penal, como constitutiva del delito de Abuso sexual simple doblemente agravado por el vínculo por ser cometido por un ascendiente y por ser perpetrado contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente en la modalidad del delito continuado (artículos 118 y 119 último párrafo del C.P.).-

En la audiencia prescripta por el art. 385 del C.P.P. el Dr. F. G. ratificó los agravios postulados y amplió los fundamentos vertidos por escrito, haciendo
su responde el Fiscal General, Dr. Fidel González.-

El primer agravio lo centra el agraviante en la duración del hecho, que fuera tenida en cuenta por los Magistrados para agravar la pena. En esa senda, la esforzada defensa indica que no se ha probado que el hecho materia de reproche se prolongó sistemáticamente
a lo largo de cuatro años.

Así, cuando se condenó al imputado por haber consumado un delito bajo la modalidad del delito continuado, se ha determinado, que existieron una multiplicidad de actos que constituyeron una única conducta, ya que a esos actos los unió un factor final y un factor normativo en común. Ahora bien, lo que correctamente ha ponderado el Tribunal que ha fijado la pena, es que resulta mucho más gravoso, si esa conducta -constituida por muchos actos- fue plasmada en el lapso de cuatro años que si hubiera sido realizada en un tiempo menor. Ello, sin tener en cuenta la asiduidad en que los actos fueron realizados. Entiendo correcta esta apreciación y por ello se deberá rechazar el presente agravio, dado que evidentemente, es mayor el injusto si se prolonga en un lapso de
tiempo mayor. Así lo voto.-

El segundo agravio, constituye, a juicio del impugnante, una doble valoración en la que habrían incurrido los sentenciantes. En ese camino, el Dr. G. afirma que la vulnerabilidad que posee el niño víctima, ' en razón de su edad, ya ha sido contemplada en la
agravante por la cual ha sido condenado su pupilo.

En ese sentido, voy a adelantar que no tendrá acogida favorable la pretensión de la defensa. Doy
fundamentos.

Si bien es cierto que la agravante nos habla de una víctima menor de dieciocho años en la que el perpetrador se aprovecha de la situación de convivencia, quedando atrapada en esta calificante cualquier víctima menor de dieciocho años que conviva con su abusador, no lo es menos, que resulta mucho más grave el abuso en un niño que no llegó a la pubertad que uno que alcanzó ese grado de madurez.- Los especialistas en la

materia marcan razones biológicas y psicológicas que establecen el mayor grado de injusto. Así los menores impúberes no están biológicamente capacitados para lidiar con estímulos sexuales ya que no tienen la posibilidad de tener un orgasmo y de ese modo poder liberar la tensión sexual acumulada al ser expuestos a estímulos sexuales inadecuados para su edad. Por otro lado, el niño que fue víctima de este hecho, tenía a la sazón *4* años de edad, momento en el cual la personalidad se encuentra en plena formación. Por todo ello, considero que tener por agravante - a los fines de la determinación de la pena en el caso- la escasa edad del niño es correcta. Así lo voto-

El tercer agravio la defensa del inculpado solicita sea descartada, el uso de intimidación - a través de amenazas- como agravante a los fines de establecer la pena, toda vez que es uno de los medios comisivos que establece el tipo penal por el cual fuera condenado C.. Por ello, señala que se habría violado el principio de legalidad al realizar una doble ponderación de agravantes.-

Con relación a este agravio, debo expresar que si bien es cierto que el uso de intimidación integra la figura establecida, no lo es menos que en el caso resulta un plus de violencia innecesaria, para la comisión del hecho, motivo por el cual ha sido correctamente valorado. Fundamento. El precepto del artículo 119 del Código Penal establece una presunción que no admite prueba en contrario: un menor de trece años no puede brindar un consentimiento válido, para realizar alguna de las conductas que esa figura describe. Por ello, cuando el niño "voluntariamente" se prestó a las actividades por las cuales fuera condenado su abuelo, la figura ya se encontraba cumplida. Ahora bien, cuando además el imputado usó amenazas para intentar lograr su impunidad, le agrego un plus de angustia al niño que fue adecuadamente computada a los fines de la determinación de la pena. Por ello, este agravio también será rechazado. Así lo voto.-

Con relación a la ponderación del daño causado, considero justa la pretensión de la defensa. En efecto, de manera indudable el abuso sexual padecido le ha acarreado un daño en la salud del niño. No abundaré sobre el tópico, ya que se ha hablado sobre ello extensamente en la tramitación del presente caso. Sin embargo, ha quedado determinado que parte del

sufrimiento que padece el niño es debido a una sobre intervención por .parte de organismos estatales. Por ello, dado que no se ha podido estable qué porcentaje de ese menoscabo a la salud es debido al Abuso sexual y cual corresponde a causas ajenas a la actividad del ofensor, favor rei mediante, se deberá ajustar su valoración al mínimo su responsabilidad en las secuelas que sufre el niño, debiéndose readecuar la pena en ese sentido.

El señor Defensor se agravia, porque no se ha tomado en cuenta la duración del proceso y la conducta desplegada por su pupilo durante ese lapso, que fue de un irrestricto acatamiento a los mandatos judiciales.

La duración del proceso, si bien ha sido prolongada, se encuentra en el marco de los parámetros legales. Por otra parte, si el condenado hubiera tenido una conducta desapegada a lo ordenado por el Tribunal a fin de preservar la salud del niño, habría padecido sanciones procesales. Ahora bien, toda vez que el inciso 6° del artículo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que la pena debe tender a la resocialización del individuo resulta justo en el caso ponderar como atenuante el ejemplar acatamiento del condenado a todo lo que le fuera ordenado a lo largo de este prolongado proceso, dado que demuestra una menor necesidad de pena con los fines antes indicados.

Asi las cosas, juzgo acertada la disminución propuesta por la distinguida colega que lidera el acuerdo, estableciendo como pena la de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas. Asi lo voto.

Por último considero adecuada la regulación de honorarios propuesta por la primer votante en atención a que a determinado los mismos, conforme la ley que regula el asunto.-

La Dra. Carina Estefanía dijo: En esta oportunidad, en virtud del objeto procesal en cuestión, esto es la revisión de la pena impuesta a R. C. por el Tribunal de Juicio luego del reenvío ordenado por ésta Cámara, mediante el dictado de una sentencia que por mayoría declaró responsable al señor R. C. y fijó la plataforma fáctica y la calificación legal de los hechos imputados, voy a coincidir con la decisión que proponen mis colegas preopinantes de reducir la pena a

cuatro años de prisión efectivo.

Entiendo necesario señalar previo a ingresar de lleno al tratamiento de los agravios, que el Tribunal de juicio ha dejado especialmente establecido que la escala penal aplicable en el caso concreto contiene un límite menor al de la escala penal prevista en el tipo penal por el cual ha sido condenado, en virtud de lo dispuesto para los casos de reenvío en el art. 387 del Código de Rito. En ese sentido ha referido que la pena máxima posible a aplicar es de ocho años de prisión efectivo, por ser esta la pena que se le había aplicado al imputado en oportunidad de ser condenado por un

delito más severamente penado.

De esa manera ha corregido el yerro del MPF que requirió en la audiencia de cesura reeditada conforme la nueva calificación legal dispuesta por esta Cámara en lo Penal, la aplicación de una pena de diez años de prisión efectiva, la cual no se ajusta a las disposiciones legales vigentes citadas en el párrafo
anterior.

He de compartir no sólo los argumentos vertidos por ambos magistrados preopinantes para rechazar parcialmente los agravios de la Defensa sino también aquellos que receptan la queja, referidos a la cuantificación del agravante relacionado con la extensión del daño causado y a la no consideración de su acatamiento estricto a todas las decisiones judiciales adoptadas en este proceso a la hora de
analizar el fin resocializador de la pena.

En punto a la duración del hecho, calificado como delito continuado, si bien es cierto que la plataforma fáctica propuesta por el acusador público y que tuvo acogida por el Tribunal de Juicio y luego por la mayoría de la Cámara en lo Penal, no indica que el hecho fue cometido en forma periódica, si surge de la misma y así se tuvo por probado que al menos ocurrió dos veces en ese período temporal que se ubica entre el año 2007 y el momento de la denuncia efectuada en 2011, toda vez que el niño en su declaración en Cámara Gesel referenció que el abuso habria ocurrido en el living de la casa y en la chacra,
ambos lugares de propiedad del abuelo.

Esa circunstancia, sumado a que el hecho fue calificado como abuso sexual doblemente agravado, por el vínculo y por la convivencia preexistente, resulta suficientes para justificar un apartamiento del mínimo

de la escala penal vigente.

También es correcto -como lo hizo el Tribunal de grado- considerar como agravante la edad del niño pues si bien la figura penal se refiere a niños menores de trece, la edad de A. C. en la época del abuso es una circunstancia que debe ser considerada, sin que ello signifique una doble valoración, pues evidentemente cuanto más pequeña es la víctima más impacto tiene en

su desarrollo.

Respecto de la intimidación, conforme lo resuelve el primer sufragio a cargo del Dr. R. Rolón, las amenazas al niño y a la madre agregan un plus, que debe ser evaluado en la graduación de la pena, en tanto las mismas estaban dirigidas a que el suceso se mantenga

oculto.

Ahora bien, con relación a la extensión del daño, que los jueces de juicio no han coincidido en su impacto en la pena, toda vez que los Dres. Rolón y Rosales lo toman como un agravante, mientras que el Dr. Camilo Pérez lo ha rechazado, pero a pesar de ello coinciden en la pena de cinco años. La mayoría de los integrantes de la Cámara en lo Penal en la sentencia que confirma la responsabilidad, tal cual lo manifiesta el defensor, han señalado que no se ha probado que el estado psicológico del niño sea una consecuencia directa del abuso sexual en virtud de la disfunción parental y la sobre intervención de profesionales de la salud mental acreditadas, las que si se presentan como causas directas e inmediatas a la situación actual del menor, que agrego, conforme surgió en la audiencia ante este Tribunal, tanto de los dichos de la madre del niño como del propio imputado, se encuentra nuevamente internado en el sector de Salud Mental del Hospital Zonal Esquel.

Ello no significa rechazar que el abuso haya tenido consecuencias negativas en el desarrollo del niño sino de ajustar la repercusión de esa circunstancia en la cuantificación punitiva, toda vez que no es posible aumentar la respuesta

conforme la situación actual del niño, que a pesar de no tener ningún contacto con su abuelo desde el año 2011, de haber estado sometido a continuos tratamientos terapéuticos, su situación psicológica ha empeorado.

Ahora bien, con relación al comportamiento procesal, es cierto que ello no constituye un atenuante, como tampoco constituye un agravante los casos de incumplimiento, que va de suyo señalar tienen sanciones procesales especificas previstas en el Código de Rito, impidiendo que luego esa circunstancia sea sopesada en contra del reo al momento de cuantificar la pena.

Sin embargo, debe considerarse como reductor de la respuesta punitiva el cumplimiento estricto de las restricciones impuestas mediante resoluciones judiciales que el imputado ha cumplido rigurosamente, pues durante todos estos años no sólo no las ha violentado sino que ha adoptado conductas dirigidas a evitar cualquier posibilidad de encontrarse con el niño, aunque sea casualmente.

Ello es un indicador que debe merituarse a la hora de analizar el fin constitucional de la pena, cual es la resocialización del imputado, en el sentido que ese periodo resulte suficiente para que pueda internalizar las pautas sociales de convivencia reguladas legalmente.

Más allá de la insistencia del imputado de su inocencia, ha demostrado que se somete a la ley, aún cuando la respuesta judicial es en su contra.

En lo demás considero que la sentencia del Tribunal Colegiado ha valorado correctamente como atenuante la falta de antecedentes penales y el buen concepto social del imputado, circunstancias que operan como tales conforme la mayoría de la doctrina y así lo ha receptado este Tribunal, cualquiera sea el tipo de delito de que se trate, pues si bien en el caso de los abusadores sexuales, en muchas ocasiones son personas en que el único conflicto con la ley es por el que hecho del abuso por el que se los juzga, ello no obsta a que esta circunstancia sea considerada en su favor al momento de evaluar la duración de la pena.

Finalmente y con relación al requerimiento del defensor respecto de que sea considerado un atenuante la duración del

proceso, el mismo no puede tener acogida favorable, pues se encuentra dentro de los
parámetros legales previstos en el art. 146 del CPP.

Por ello, tal cual lo adelanté en el comienzo de mi voto, comparto que se debe reducir la pena de cinco a cuatro años de prisión efectivo, en el entendimiento que ese lapso temporal, resulta proporcional al hecho por el que ha sido declarado responsable penalmente y a la culpabilidad de R. C.

Respecto de los honorarios y costas adhiero sin más. Así voto.

En mérito a los votos que anteceden, la Cámara Penal de Esquel,

RESUELVE

I) **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia de cesura de la pena dictada el 7 de julio de 2015, por los Dres. R. Raúl Rolón, Daniel Camilo Pérez y Alejandro Rosales, registrada bajo el N° 1115 Año 2015.**CONDENAR** a **R. C.**, **DNI X.XXX.XXX**, hijo de R. y de M. S. I., argentino, nacido en Río PicoChubut el 25 de febrero de 1941, instruido, jubilado, casado, domiciliado en AV. S. M. y J. H. de Río Pico, a la pena de **CUATRO AÑOS** de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y las costas del juicio, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple doblemente agravado por el vínculo por ser cometido por un ascendiente y por ser perpetrado contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente en la modalidad de delito continuado (arts. 118 y 119 último párrafo del C. Penal según ley 11.719) por los hechos ocurridos entre el año 2007 y el 13 de mayo del año 2011, en los domicilios ubicados sobre calle S. M. s/n, frente al municipio y en la chacra emplazada a cinco kilómetros de Río Pico, sobre la ruta que va a la Aldea Atilio Viglioni, en perjuicio de I. A. C. M.

II) **FIJAR** los honorarios devengados al Dr. F. G., en su carácter de Defensor particular, por su tarea en esta etapa de impugnación, en el 30% de lo devengado en primera instancia, los que se declaran a cargo del imputado, conforme lo dispuesto por el art. 59 Ley V, N° 90 y arts. 239, 242 y 246 del C.P.P.

III) Se deja constancia que el Dr. Rafael Luchelli remitió su voto por correo electrónico con firma digital por no encontrarse en la jurisdicción al momento de la lectura de la sentencia, sin perjuicio de su posterior suscripción material.

IV) Cópiese, protocolícese y comuniqúese.

Fdo.: Nelly García. Carina Estefanía. Rafael Luchelli.
REGISTRADO BAJO EL N° 1881 AÑO 2015