En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los tres días del mes de octubre del año dos mil diecisiete, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, doctores Omar Florencio Minatta, Roberto Adrián Barrios y Alejandro Gustavo Defranco, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"L., R. I. s/denuncia - Dolavon" (Carpeta 6608 OJ Tw – Legajo 63.683 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por el Sr. Defensor Público, Dr. Juan Manuel Salgado en representación del imputado J.
G. L., contra la sentencia dictada en fecha 03/08/2017 por el juez penal Dr. Marcelo Nieto Di Biase, registrada bajo el nro. 1922/17.

Esta Cámara ya tuvo intervención ante la primera impugnación ordinaria de la Defensa y resolvió modificar la calificación impuesta por el tribunal del juicio (Abuso sexual con acceso carnal, aprovechándose de la imposibilidad de la víctima de consentir libremente la acción (arts. 119 3er. párrafo en relación con el 1er. párrafo, del CP)) por la de abuso sexual aprovechando que la víctima no pudo consentir libremente la acción (art. 119 1er.párrafo del CP). Como consecuencia del cambio de calificación dispuso el reenvío del caso a la Oficina Judicial a fin de que se imponga la pena a aplicar.

Realizada la audiencia de debate sobre la pena el magistrado Dr. Nieto Di Biase fijó la condena de L. en tres años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas.

Contra esa sentencia la Defensa interpuso recurso ordinario.

El Dr. Salgado sostuvo en su escrito, ratificado luego oralmente en la audiencia de impugnación, que el magistrado violó el debido proceso al desconocer las decisiones de la sentencia dictada por el tribunal de juicio, que no fueron impugnadas, respecto de los

fundamentos de la imposición de pena. Informó que el tribunal del juicio, al condenar a L. a la pena de 6 años y 6 meses de prisión tuvo en cuenta como agravantes: el impacto emocional sufrido por la víctima y la relación preexistente del imputado con ella y, como atenuantes: el precario nivel sociocultural de L. y su alto estado de ebriedad al momento de los hechos.

Asimismo entendió que el juez de la pena ha considerado circunstancias agravantes sin tener previo conocimiento de la prueba oportunamente ventilada y ha desechado los atenuantes ponderados.

Así, el Dr. Nieto Di Biase descartó como atenuante el estado de ebriedad de L. por entender que no estaba acreditado, en tanto los jueces del debate lo dieron por verificado.

También se agravió de que el *a quo* considerara como agravante la eyaculación del acusado, entendiendo por ello que su accionar se prolongó por al menos varios minutos. De este modo el juez introdujo como cierto un elemento no probado. En ese punto concreto, por el contrario, dos de los jueces de ésta Cámara consideraron que no se había determinado el momento en que tuvo lugar la eyaculación admitiendo en sus votos la posibilidad de masturbación. Con ello el impugnante sostuvo que se trata de una agravante carente de sustento fáctico.

Rechazó también la agravante sustentada en el daño psicológico producido en la víctima por la conducta del imputado. Alegó que ha quedado demostrado que la joven F. V. estaba inconsciente al momento de ocurrir los hechos, que no refirió ninguna secuela física del hecho y tomó conocimiento de lo sucedido por los dichos de su amiga Y., quien le refirió que había sido abusada con penetración. Consideró que, en tanto no ha habido acceso carnal, debió atribuirse sólo parcialmente el efecto psicológico del delito a la conducta del imputado puesto que una parte importante, si no la mayor, corresponde a la falsa información recibida.

Adujo que debieron ser aplicados los parámetros observados por el tribunal del juicio, ya que no se encontraban afectados por la decisión de esta Cámara.

Los jueces del debate impusieron una pena cercana al mínimo legal, en tanto el a quo se apartó completamente de ella e impuso una condena cercana al máximo.

Agregó que si bien el juez de la pena manifestó en su dictamen que, para determinarla debe tomarse como punto de partida el mínimo de la escala y desde allí considerar las circunstancias agravantes y atenuantes, estableció una sanción cercana al máximo de la pena prevista para el delito de abuso sexual simple, lo que resulta incoherente ya que, a su entender, si el magistrado ha tomado el mínimo de la pena posible como punto de partida, debería haber expuesto los pasos argumentativos por los cuales el punto de inicio se multiplicó por siete.

Entendió que no resulta suficiente la mención aislada de las agravantes y atenuantes al verificarse una distancia tan considerable entre el mínimo legal y la pena impuesta.

Planteó, además, que la decisión jurisdiccional afecta genéricamente el principio de preclusión procesal al evaluar y modificar cuestiones ya firmes.

Finalizó solicitando se reduzca la pena impuesta al mínimo legal, esto es seis meses de prisión.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 20/09/2017 en la sede de este tribunal intervino el imputado J. G. L. –cuyas demás circunstancias personales obran en autos-, junto al Defensor Público, Dr. Juan Manuel Salgado.

Previa deliberación se adelantó el mismo día, a modo de veredicto, la opinión de este cuerpo dando razón a la defensa, reduciendo la pena impuesta al mínimo legal de seis meses, la que se dio por compurgada con el tiempo de detención cumplido en prisión preventiva y se ordenó

su inmediata libertad, la que se hizo efectiva desde esta sala.

Se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Omar Florencio Minatta.

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Como se especificara en los antecedentes de esta sentencia, vuelve la causa a esta Cámara, que en la sentencia 54/17 del pasado 30 de junio dispuso un cambio de calificación legal que se había impuesto en la sentencia 453/2017, por el de abuso sexual simple del artículo 119 del código penal.

En esta oportunidad, los agravios se centran en la sentencia 1922/2017 en la cual el juez Nieto Di Biase mensuró la pena y condenó al aquí pretenso, a la pena de tres años y seis meses de prisión.

2. En primer lugar, se impone destacar la ausencia del titular de la acción pública en la audiencia del artículo 385 del CPP, sin que tampoco se haya contestado en vista la apelación.

Aun en casos como el que nos ocupa, la participación del acusador público es importante por lo que, en el futuro, debería comparecer al llamado a audiencia o, al menos, dictaminar ante el agravio a fin de posibilitar la mejor decisión jurisdiccional revisora.

3. Dicho esto y ahora sí en consideración al recurso, tras analizar el planteo y luego de deliberar con los colegas con quienes integro esta Cámara debo decir que, cual se adelantara en nuestra decisión al finalizar la audiencia de impugnación, que el planteo de la defensa ha de prosperar en el agravio que de seguido se analiza.

3.1 Sabido es que los lineamientos jurisprudenciales y doctrinarios enseñan que la pena no debe ser demasiado excesiva ni demasiado leve, sino justa y proporcional al delito cometido.

De la pieza jurisdiccional sometida a revisión, podemos advertir falta de suficientes fundamentos que justifiquen el monto de la condena impuesta.

Si para realizar la labor mensurativa, el *A Quo* ha tomado como base el mínimo de la escala del tipo penal, esta es seis meses de prisión, para a partir de allí sumar y restar las circunstancias agravantes y atenuantes, considero que la

sanción que impuso, muy cercana al máximo de la pena prevista para el delito de abuso sexual simple, debieron de haber varios y graves agravantes que justifiquen el resultado de esa ecuación.

3.2 Si vamos a la sentencia, advertimos que el juez en el primer párrafo de la foja 273 acertadamente descartó como agravante, la invocada por el acusador público de que la víctima estaba inconsciente al momento del acto lesivo.

Mismo temperamento ha tenido respecto del antecedente condenatorio de L., también invocado para ser considerado como agravante.

3.3 Con ello, quedan como circunstancias que si fueron tenidos en cuenta por el sentenciante para despegar del mínimo:

a) la forma de realización del acto, en particular que el autor haya logrado eyacular, lo que demuestra, a dichos del juez, que su accionar se prolongó por al menos varios minutos, "….siguiendo criterios de la lógica, en el marco de la sana crítica racional";

b) que el autor haya abusado de una amiga personal;

c) el daño ocasionado a la víctima.

Si dedujéramos con estos agravantes de la sentencia, un lapso temporal posible que justifique la suma final, podríamos decir, a modo de ejemplo, que el magistrado pudo haberle asignado al menos un año de condena por cada uno de ellos; lo que desde ya parece excesivo, o al menos poco fundado.

Amén de ello, tengo para mí que el monto debería de reducirse, puesto que el motivo individualizado como c), deberá descartarse, toda vez que el impacto psicológico producido a la víctima no ha sido acreditado de modo alguno.

Como se colige de la sentencia condenatoria, F. V. ni se acordaba qué es lo que le había ocurrido. Las referencias que tenía del hecho y declarados en el juicio provinieron de los dichos de su hermano y de su amiga, mas no de sus recuerdos.

Por ello, más allá de lo repudiable que resulta cualquier tipo de abuso sexual, en el caso concreto no se acreditó daño

particular a la victima que merezca agravar la pena del acusado.

3.4 Aun tomando las circunstancias a) y b) como procedentes, y restáramos la atenuante referida al nivel socio cultural del acusado, único ponderado en la sentencia revisada, considero que la pena merece ser disminuida.

En este punto, entiendo que también asiste razón al pretenso en cuanto a que debió de ser considerada la circunstancia del estado de embriaguez del imputado.

De la lectura de los votos de los jueces que dictaron la sentencia que luego fuera ratificada por esta Cámara Penal, se colige que consideraron que se hallaba acreditado que el imputado se encontraba altamente alcoholizado al momento de los hechos, circunstancia que no operó como un eximente de responsabilidad, pero que puede operar como atenuante del reproche.

4. En suma, podríamos válidamente volver a la base del cálculo, tras la adición y la sustracción de los montos temporales que partieran del mínimo, y estimar justa en la especie, cual reclama el pretenso, la pena de seis meses de prisión.

Por el modo en que se resuelve, propongo a mis colegas imponer las costas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del CPP) y regular los honorarios profesionales del defensor penal público en la cantidad de veinte (20) JUS por la labor desarrollada en esta instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 6 bis, 7, 13, 44 y concordantes de la ley XIII N°15, antes decreto ley 2.200 y art. 59 de la Ley V-90, antes Ley 4920).

Así lo dejo votado.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Se trata este caso de la necesidad de revisión, ante la impugnación ordinaria de la Defensa Pública, de la mensuración de la sanción que materializara el Juez Penal Marcelo Nieto Di Biase, a través de la sentencia número 1922/17, por la que condenó a J. G. L. a la pena de tres años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas por el delito que fuera declarado penalmente responsable (cfr. Fojas 274 vta.).

2.- Es bueno recordar aquí que estos folios ya fueron materia de tratamiento ante este Tribunal.

En efecto, en fecha 1 de marzo de 2017, sentencia registrada bajo el numero 453/17, L. fue condenado a la pena de seis años y seis meses de prisión por haber sido considerado autor del delito de Abuso sexual con acceso carnal, del art. 119, párrafo 3°, por el hecho que tuviera como víctima a F. V..

Impugnada que fuera aquel resolutorio, esta Cámara en lo Penal, resolvió, en fecha 30 de junio, modificar la calificación jurídica del hecho atribuido, subsumiéndolo en el delito de Abuso Sexual Simple, del primer párrafo del mismo dispositivo legal.

3.- En ese marco, designado que fuera el magistrado Nieto Di Biase, celebra audiencia de cesura, de la que resulta la imposición de la pena que ahora se critica por parte del defensor Salgado.

4.- El Juez penal de la cesura explicitó sus fundamentos para mensurar la pena adecuada, en primer lugar, "*...la forma de realización del acto, en particular tomando como base la circunstancia de que el autor haya logrado eyacular, lo que demuestra que su accionar se prolongó por al menos varios minutos, siguiendo criterios de la lógica, en el marco de la sana crítica racional...*".

Como segundo motivo dijo que "*...a su vez, debo ponderar como agravante de mayor valor el hecho de que el autor haya abusado de una amiga personal, lo que denota un mayor desprecio evidenciado por L., teniendo presente la conducta que se espera respecto de una persona con la que se mantiene un vínculo de dichas características...*".

Luego, pondera "*...como agravante el daño ocasionado a la víctima, conforme fuera citado en la audiencia, no coincidiendo con la defensa que el daño psicológico sea consecuencia de una errónea información*

hacia la joven V., respecto al supuesto acceso camal que no fuera acreditado...”.

5.- Respecto a la atenuantes solo tiene en cuenta el nivel sociocultural del acusado, descartando *“...el supuesto estado de ebriedad propuesto por la defensa como atenuante no se ha acreditado al momento de la cesura, más allá de una mera mención a supuestos dichos de funcionarios policiales. En ese marco, debo expresar que la propia realización del acto demuestra la capacidad suficiente del autor para llevarlo a cabo, quien incluso se separó de la víctima una vez que fuera reprendido por la joven M., permitiendo acreditar la comprensión del acto que tenía el autor respecto de! acto que estaba cometiendo...”.*

6.- Puesto a resolver, en primer lugar, no puede acompañarse el primer razonamiento del *a quo*, esto es, que del hecho probado que el imputado logró eyacular se desprenda, sin mas, que *“su accionar se prolongó por al menos varios minutos”*.

Por el contrario, tan admisible es esa hipótesis como la contraria; es una teoría tan plausible como aquella que afirmara que pueda tratarse de un caso de eyaculación precoz, la que, según los estudios de Alfred Kinsey, en los años 50, por ejemplo, demostró que 3/4 partes de todos los hombres eyaculan en menos de dos minutos después de la penetración, en más de la mitad de sus relaciones sexuales.

7.- En otro orden, en relación con la presunta amistad, no advierto que en todo el Código Penal se agrave alguna vez una figura básica por el hecho de haber sido afectado algún bien jurídico de una persona con quien se tenga relación de amistad.

Por el contrario, la única referencia que advierto a tal status es, por el contrario, para transformarla en una excusa absolutoria (ver art. 277, parrafo 4, Codigo Penal).

Y si pudiera entenderse que se pretendió enmarcar ese grado de amistad en *“los vinculos personales”* a que

hace referencia el art. 41 del código sustantivo, no solo debió acreditarse fehacientemente tal circunstancia, sino que hubiera sido necesario definir la expresión y su alcance, puesto que, de las constancias del legajo, parecería ser que dicho vínculo era el de ser meros compañeros de andanzas.

8.- En cuanto al daño psicológico, brevemente diré que no ha sido acreditado en la sentencia de responsabilidad.

Por el contrario, conforme los propios dichos de la víctima, no recuerda el episodio, lo vivió como un sueño y tomó conocimiento del evento de boca de su hermano y una amiga que le contó lo sucedido.

9.- En cuanto al estado de ebriedad que pretende no considerar el magistrado, por no haberse acreditado en la cesura, ha de repararse en que sí se encuentra acreditado por los Jueces Penales que fijaron los hechos (mas allá del postrero cambio de calificación) el alto grado de ingesta alcohólica del sujeto activo, lo que resta, evidentemente, capacidad de culpabilidad.

En efecto, si el grado de reproche es proporcional a la capacidad de autodeterminación para decidirse por el injusto, pudiendo no hacerlo, el evidente y acreditado estado de ebriedad que padecía L. debe tenerse en cuenta como factor determinante de la reducción de la capacidad de dirigir sus acciones de acuerdo a sentido, lo que inclina aún mas la respuesta punitiva hacia el mínimo de la escala penal.

10.- De todo ello entonces, no siendo posible tener en cuenta el presunto tiempo que duró el acto, por no haberse acreditado el estado de amistad (e incluso la razón por la cual se la considera agravante) ni el daño psicológico y, por otra parte, no pudiendo desatenderse el estado de ebriedad debidamente acreditado en su momento como elemento reductor de la exigibilidad de la conducta, es que la sanción aplicable a L. no puede exceder del mínimo legal.

No encuentro en el caso, la posibilidad de aplicar una sola agravante de las mencionadas por el *a quo* y, aún en el hipotético caso que se tengan como ciertas, el estado socio cultural del prevenido (si tenida en cuenta correctamente) y el reductor de la culpabilidad apuntado, serán suficiente patrón para reducir a la mínima expresión el grado de reproche.

En punto a la imposición de costas y regulación de los honorarios, comparto y adhiero a la propuesta del Dr. Roberto Adrián Barrios

Así lo voto.

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna el monto de la pena de prisión impuesta a su defendido sosteniendo que la misma es arbitraria por contradictoria y porque apareja fundamentos insuficientes, extremos que llevaron al juez Di Biase a imponer un monto siete veces superior al mínimo legal y cercano al máximo con que se reprime el delito de abuso sexual simple.

2. Cabe dar la razón sin más a la defensa, toda vez que el juez no solo desconoce supinamente hechos que estaban ya declarados en la anterior resolución jurisdicción -tal como el elevadísimo grado de ebriedad del imputado y de la falta de certeza sobre el momento de la eyaculación- sino que gradúa el impacto psicológico que el hecho causó a la víctima en forma errónea, amén de que afirma consideraciones manifiestamente equivocadas sobre conceptos básicos de la teoría del delito y sistema de la pena, puntos que pasamos a tratar en tal orden.

3. En primer lugar, el juez sostiene en forma sorprendente que no se acreditó en la sentencia sobre la materialidad y autoría el elevado grado de ebriedad, cuando basta mínimamente con leer textualmente para desmentir tal aserto. A ello agréguese la enorme contradicción del juez al afirmar, por un lado, que no comparte para nada la postura de que sea un juez distinto del que fijó la culpabilidad, el que determine la pena,

porque no conoce los hechos, con lo decidido en cuanto al grado de ebriedad al afirmar que no se acreditó tal extremo, puesto que no se ve cómo puede argumentar tal cosa si no fuera más que leyendo cómo quedaron fijados los hechos, salvo que directamente invente o construya ficciones.

Sin embargo este grosero error del juez no es el más importante, pues es superado con creces con la afirmación de que la culpabilidad de la teoría del delito es la misma que la culpabilidad por el ilícito como medida de la pena, toda vez que aquella se considera en forma estática en el estrato de la culpabilidad, en tanto en el momento de la individualización o determinación judicial de la pena, la culpabilidad se mira en forma dinámica, es decir, conforme se desenvolvió el conflicto desde el momento del hecho hasta el de la sentencia e inclusive cómo es razonable que pueda llegar a transformarse en el futuro.

4. Esta última es la perspectiva de la culpabilidad por el ilícito que obra como medida de la pena y para cuya individualización sabemos que el juez deberá no solo construir primero el objeto a reprochar, es decir, el grado de afectación del bien jurídico conforme medios empleados, extensión del daño causado e indefensión del bien jurídico, como puntos cruciales, sino también los motivos y el ámbito de autodeterminación del imputado como determinantes del reproche del injusto como medida de la pena.

5. Así, en cuanto al grado del injusto, no puede estimarse como agravante el daño causado puesto que el mismo no aparece en el caso para nada superior al normal y ordinario de este tipo de hechos, que es precisamente el daño que tiene en cuenta el legislador al determinar el mínimo de la pena legal. A ello agréguese que la víctima al momento del hecho o tocamiento ni siquiera estaba consciente, pues también ella portaba un elevado grado de ebriedad -a tal punto que se entera del hecho porque le contó su amiga-, por lo que mal puede

entenderse que haya vivenciado la acción como traumatizante en extremo como para considerar al daño como extraordinario o superior al normal de los abusos sexuales simples.

Asimismo, la indefensión del bien jurídico que se asienta en la ebriedad de la víctima, también debe considerarse comprendida en el mínimo de legal de la pena, ya que para agravar ella debe tratarse de una situación fáctica no solo objetiva en que la víctima no pueda ocurrir eficazmente a auxilio alguno -lo que aquí evidentemente no ocurrió conforme al testimonio de la misma amiga que interrumpió la acción junto a la inmediata llegada del hermano- ,sino que el imputado debe conocer y aprovecharse en forma intencional de la situación, lo cual en el caso no puede sostenerse con certeza por el estado de ebriedad casi profundo que portaba.

6. Descartado entonces que el grado de afectación del bien jurídico pueda ameritar movernos del mínimo, cabe considerar ahora el grado de reproche de tal injusto o grado de afectación, para lo cual la determinación del ámbito de autodeterminación es básico.

En este camino, como lo sostuvimos al principio, está claramente acreditada la reducción de la esfera de decisión por otra conducta distinta a la que hizo, debido al elevado grado de ebriedad que el imputado portaba el momento del hecho, lo que mantiene a la culpabilidad en el mínimo legal de seis meses.

Asimismo, y teniendo en cuenta que el imputado lleva en prisión cerca de un año y medio -es decir un tiempo que considerando alguna agravante puede ser estimado como razonable-, deberá compensarse y tenerse ello en cuenta para la imposición del mínimo legal, toda vez que el imputado sufrió desde el punto de vista material una pena que, por el solo hecho de no ser formalmente pena y llamarla prisión preventiva, no pierde el carácter de tal.

7. Con todo lo anterior, consideramos que el monto no puede superar el mínimo legal de seis meses, por lo que deberá revocarse la sentencia y disponer la inmediata libertad del condenado, al no observarse con este proceder afectación alguna del llamado derecho constitucional al doble conforme que le corresponde solo al imputado y, por el contrario, favorecer así el principio constitucional de libertad física o ambulatoria.

8. En orden al modo de imponer las costas y los honorarios que corresponden regular, hago propia la propuesta del vocal que lidera el acuerdo.

Así lo voto.

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

S E N T E N C I A:

1) Hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado J. G. L., cuyas demás circunstancias personales obran en autos.

2) Revocar la sentencia Nro. 1922/2017 modificando la pena impuesta y fijándola en seis meses de prisión, los que se dan por cumplidos con el tiempo de detención sufrido durante la sustanciación del proceso.

3) Imponer las costas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del CPP) y regular los honorarios profesionales del defensor penal público en la cantidad de veinte (20) JUS por la labor desarrollada en esta instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 6 bis, 7, 13, 44 y concordantes de la ley XIII N°15, antes decreto ley 2.200 y art. 59 de la Ley V-90, antes Ley 4920).

4) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Alejandro Gustavo Defranco **Roberto Adrián Barrios**

El juez Omar Florencio Minatta no suscribe la presente por encontrarse de licencia reglamentaria (art. 331 *"in fine"* del C.P.P.). Registrada con el Nro. 79/17 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.