PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Esquel, provincia del Chubut, a los veintidós dias del mes de marzo de dos mil dieciocho, se reúne la Excma. Cámara en lo Penal de Esquel, integrada por la Jueza Nelly Garcia, a cargo de la presidencia, y los Jueces Vocales Carina Paola Estefanía y Daniel Pintos, a los fines de dictar sentencia en la carpeta judicial N° 4122, Legajo Fiscal N° 38491 caratulada "Provincia del Chubut c/A. R., L. -B.", que se le sigue a L. B. A. R., de nacionalidad chilena, DNI Nro. XX XXX XXX nacido el 20 de noviembre de 1952, en Coahamó, Segundo Corral, de la XA. Región de la República de Chile, con Cl chilena Nro.xxxxxx-x, hijo de-J. A. A. C. y de R. R., casado, analfabeto, jornalero con último domicilio en R. P. Nro. xx, Km. xx, Lago Puelo Provincia del Chubut, por el delito abuso sexual simple agravado por haber resultado un sometimiento sexual gravemente ultrajante y por resultar el autor encargado de la guarda, por tratarse la victima de una menor de 18 años de edad mediando convivencia preexistente - en la modalidad delito continuad-- en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por haber resultado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la victima, por resultar el autor encargado de la guarda, por tratarse la victima de una menor de 18 años de edad mediando convivencia preexistente - en la modalidad de delito continuado- en relación a los hechos cometidos entre el mes de mayo de 2004 y el mes de mayo de 2009 y el mes de julio - vacaciones de invierno- de 2015, en el interior de la vivienda ubicada en R. P. Nro. xx, Km Nro. xx, de Lago Puelo, provincia del Chubut, en perjuicio de L. C. A. (arts. 45, 54,55 y 119 primero, segundo, tercero y cuarto párrafos, incs. b y f) del Código Penal) en calidad de autor (arts. 45) y en el que además son parte, el Fiscal General Carlos Diaz Mayer y el Defensor General Marcos Ponce.

----------y RESULTANDDO: ---------- ----

La via recursiva fue deducida por el Dr. |Marcos Ponce, Defensor Público del imputado L. B. A. R., contra la sentencia de condena de dieciséis años de prisión, dictada por el Tribunal Colegiado integrado *por* los Jueces Penales Martin Eduardo Zacchino, Martin O'Connor y Ricardo Raúl Rolan, el dia 23 de noviembre de 2017, registrada con el Nro. 2399-2017, y su aclaratoria de fecha 24 de noviembre de 2017, por el delito de abuso sexual simple agravado por haber resultado un sometimiento sexual gravemente ultrajante y por resultado el autor encargado de la guarda, por tratarse la victima de una menor de 18 años de edad mediando convivencia preexistente -en la modalidad delito continuado- en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por haber un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la victima, por resultar el autor encargado de la guarda, por tratarse la víctima de una menor de 18 años de edad

mediando convivencia preexistente - en la modalidad de delito continuado- en relación a los hechos cometidos entre el mes de mayo de 2004 y el mes de mayo de 2009 y entre el mes de mayo de 2009 y el mes de julio -vacaciones de invierno- de 2015, en el interior de la vivienda ubicada en R. P. Nro. xx, Km Nro. xx, de Lago Puelo, provincia del Chubut, en perjuicio de L. C. A. (arts. 45, 54, 55 y 119 primero, segundo, tercero y cuarto párrafos, incs. b y f) del Código Penal) en calidad de autor (arts. 45).

Refiere que la sentencia carece de motivación suficiente por encontrarse afectada de arbitrariedad en punto al quantum de la pena.

Señala que al momento de alegar sobre la pena, planteó la necesidad de que en el caso concreto, se considerara la situación particular del imputado en virtud de su avanzada edad -65 años- y las dolencias crónicas que padece, principalmente el alcoholismo.

A modo de paréntesis, señala que su defendido tiene tres años más de edad, pero que ello no se refleja en su documento, toda vez que fue inscripto por sus padres cuando tenía tres años, por la falta de registro civil en la zona en la que habría nacido.

Refiere que su pedido tiene relación con la elevada edad del imputado, su estado de salud, el monto y la finalidad de la pena.

En ese sentido manifiesta que las estadísticas con relación a la expectativa de vida media dan cuenta que los hombres vivirán promedio setenta y tres años, lo cual significa, que en el caso concreto, el imputado al ser condenado a la pena de 16 años, pasará el resto de su vida en la cárcel, lo cual transforma la sanción en cruel e inhumana y el fin constitucional de la resocialización de la pena pierde su razón de ser.

Agrega que los jueces de juicio no trataron su planteo, con excepción del Juez Zacchino, quien si mencionó la edad y el estado de salud del imputado, como pautas a considerar, pero luego esas circunstancias particulares no se reflejaron en la mensuración de la pena.

Alega que la pena impuesta no responde al principio de humanidad y rechaza que sea una cuestión que deba ser tratada en la instancia de la ejecución de la pena, por considerar que en esa etapa, nada se puede discutir en relación al momento y duración de la misma, sino simplemente su modalidad.

Agrega, que la sentencia también es arbitraria, porque los jueces no coinciden en los agravantes y atenuantes a considerar y sin embargo, todos llegan al mismo monto de la pena.

En el caso, refiere que al tratar los atenuantes, el único Juez que valoró el analfabetismo del imputado como tal, fue el Dr. Zacchino, mientras que los restantes consideraron que era una circunstancia neutra, pero que a pesar de ello, por unanimidad coincidieron en que la pena debía ser de 16 años de prisión.

Solicitó, que la Alzada, asuma competencia positiva y le aplique la pena de ocho años de prisión, que se corresponde con el mínimo de la escala penal por el que su pupilo resultó declarado penalmente responsable.

El Fiscal General respondió el emplazamiento de la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa y en su presentación rechazó la postura de la contraparte.

Refiere que el recurso no contiene una sola critica concreta a la sentencia y se presenta como una mera disconformidad con la pena impuesta.

Agrega que la sentencia del Tribunal de Juicio, en punto a la pena se encuentra debidamente fundada.

En cuanto al planteo efectuado con relación a la edad y salud del imputado y la expectativa de vida media, señala que se acreditó con el informe realizado por la médica forense, que ninguna de las circunstancias apuntadas por la Defensa, le impidan cumplir la condena en un establecimiento carcelario.

Concluye que esas dos circunstancias deberán ser evaluadas, oportunamente, por el Juez de Ejecución Penal, quien tendrá competencia para determinar la modalidad del cumplimiento de la condena.

Por último afirma que la pena no es inhumana y que la sentencia no es arbitraria. Cita doctrina y jurisprudencia.

En la audiencia la Defensa y el MPF, ratificaron sus presentaciones escritas y ampliaron sus fundamentos.

Se le concedió la palabra al imputado y dijo que no iba a declarar.

---------- **CONSIDERANDO:** ----------

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa contra la sentencia condenatoria?, en su caso ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329 del C.P.P.) se estableció el siguiente orden de votación: Estefanía- García - Pintos.

La Juez Carina Paola Estefanía dijo:

Sin ánimo de ser reiterativa, he de iniciar el tratamiento de los agravios introducidos por la Defensa en su impugnación ordinaria, contra la condena dictada por el Tribunal de Juicio, en el orden planteado por la parte, en cuanto afirma que la pena de dieciséis años de prisión efectiva impuesta a su defendido, en virtud de la edad de

A. R. -65 años- no responde al principio de humanidad y de resocialización, toda vez, conforme la expectativa media de vida, nunca recuperará la libertad, porque morirá en la cárcel.

Para ello es necesario, en primer lugar, referirme a los fundamentos de los Jueces de grado, para arribar a la pena de dieciséis años.

En esa faena, comparto *in totum*, los agravantes mencionados por los tres magistrados, considerados a partir de la naturaleza de la acción y el daño causado.

Cabe destacar que además del tiempo que duraron los hechos, once años desde que comenzaron hasta que finalizaron, es decir dos tercios de la vida de la victima-, debe tenerse en cuenta que recién cesaron porque la niña quedó embarazada y esa situación permitió que se conociera su padecimiento.

Tampoco puede soslayarse la violencia fisica ejercida por el imputado para con la niña, para lograr su cometido, ni la modalidad de las diferentes conductas sexuales que incluían la *felatio in ore*, sexo vaginal y anal.

Merece un reproche especial la decisión del A. R. de comenzar a violarla - es decir a cometer el delito de abuso sexual con acceso carnal- cuando la niña cumple 12 años y comienzan a visibilizarse los cambios físicos que se producen en el cuerpo de la mujer, que acompañan los cambios hormonales. Ello da cuenta de la existencia de una "voluntad" bien determinada y del grado de conciencia del imputado al seleccionar las conductas que decidla realizar.

Finalmente, he de coincidir que el daño ocasionado en la vida de la menor, físico y psicológico, de difícil reparación, toda vez que, no sólo afectó su normal desarrollo sexual, a punto tal que la victima llegó a creer que era normal que los padres tengan relaciones sexuales con las hijas, sino que, como resultado de los abusos quedó embarazada, con todo lo que ello significa, pues su hijo es el producto de una violación de quien, además -por propia elección- era su padre "adoptivo".

Con relación al embarazo, también es reprochable al autor, en cuanto informa de su desidia para con la victima, que ni siquiera tomó los recaudos necesarios para prevenir un embarazo, que finalmente se produjo, siendo aún, una menor adolescente.

Ello se relaciona con la edad del autor, pues para el momento de los hechos atravesaba la década de los cincuenta años, lo cual da cuenta del grado de madurez intelectual, el que no estaba afectado por ninguna enfermedad, conforme lo informara la médica forense encargada de efectuar el informe del art. 206 del CPP.

Por último, pesa en contra del imputado que habia reconocido a la niña como su propia hija, y ese era el rol que cumplía en la vida de la víctima.

Evidentemente, que la entidad de los agravantes mencionados y considerados correctamente por los Jueces de Grado, han incidido sustancialmente en la pena a aplicar y condujeron al Tribunal a apartarse del mínimo de la escala penal y en consecuencia de la pretensión de la defensa.

Luego, los magistrados por unanimidad, valoraron en favor de A. R., la falta de antecedentes penales y el Dr. Zacchino, quedó en minoría, al considerar como atenuante el analfabetismo, mientras que los demás integrantes del Tribunal entendieron que el bien jurídico protegido, la integridad sexual, no requiere para su conocimiento y comprensión de la educación formal y por tal razón no lo valoraron como tal.

Entiendo que ello también ha sido correcto y descarto que esta diferencia de la mayoría, con uno de los Jueces que quedó en disidencia, transforme en arbitraria la sentencia por la sola circunstancia de que el Juez Zacchino; haya tenido en cuenta un atenuante más y a pesar de ello haya coincidido en que el monto de la pena debía ser de dieciséis años, pues en todo caso, el magistrado en disidencia asignó a los agravantes y atenuantes más o menos entidad y por esa razón coincidió con el quantum punitivo que en definitiva le aplicaran por unanimidad.

Dicho esto, he de sostener que la individualización judicial de la pena de dieciséis años responde a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que han de gobernar este tipo de decisiones.

Entonces, resta analizar, en virtud del pedido expreso del defensor, si por la edad actual y el estado de salud de su defendido, la pena no respondería al principio de humanidad, planteo que efectivamente no fue respondido de manera concreta por los Jueces del Tribunal de Juicio, aunque, indirectamente se refirieron a esas circunstancias.

Respecto del estado de salud de A. R., la médica forense Dra. Silvana Cardinali, informó dos patologías crónicas: alcoholismo y asma. Sin embargo, la profesional sostuvo que ninguna de ellas impide su alojamiento en dependencias carcelarias, pues no requieren de un tratamiento que merezca cuidados especiales que no puedan brindarse en dichos lugares. Las recomendaciones médicas dadas por la profesional fueron que sea controlado periódicamente por un médico especialista, se le administre la medicación de manera adecuada, se le coloquen las vacunas pertinentes, en invierno se lo provea de un lugar que tenga los reparos lógicos para la época del año contra el frio y, que de presentar reagudizaciones, se realice una consulta médica inmediata.

De modo que si bien el imputado mantiene estas dos patologías crónicas, las mismas no impiden -por ahora- que el imputado cumpla la pena en un establecimiento carcelario.

Nótese incluso, que desde su detención, no se han informado, con relación al alcoholismo, episodios derivados de la abstinencia, que hayan merecido la atención médica.

En cuanto a la edad, si bien es cierto, que el imputado cumplirla la totalidad de la pena a los ochenta años aproximadamente, -edad que evidentemente supera la expectativa de vida media informada por el Defensor y que conforme a ese dato estadístico, pronostica o vaticina que muy probablemente el imputado moriría en la cárcel o dicho de otro modo no recuperarla la libertad antes de morir-, he de sostener, que más allá del dato estadístico, lo cual no significa que efectivamente el imputado se morirá a esa edad, la postura del recurrente omite tener presente diferentes medidas previstas en la Ley de Ejecución Penal (Nro. 24660 y sus mod.) que reducen los tiempos de encierro o, incluso, permiten cumplir la pena en el domicilio.

Entiendo que aplicar una pena de muchos años, por la gravedad de los hechos imputados, en personas de avanzada edad es una situación que puede ser equiparable a la aplicación de la pena de prisión perpetua, la cual, cualquiera sea la edad del imputado, se traduce en que no recuperará la libertad ambulatoria de manera plena por el resto de su vida.

En este aspecto, cobra relevancia el principio de humanidad, tal cual lo plantea el recurrente. En ese sentido, si el principio de humanidad significa que la potestad punitiva debe contener el respeto a la persona humana -en especial a su dignidad- y responder a la necesidad social del castigo, evitando la imposición de sanciones inútiles, en los casos de las personas mayores, de la tercera edad o ancianos, ello queda absolutamente resguardado, con las posibles medidas alternativas a la prisión previstas en el Código Penal y en la Ley de Ejecución Penal.

En la Ley Nro. 24.660 y sus mod. -vigente al momento de la detención de A. R.- se regulan las distintas alternativas, entre las cuales se encuentran las salidas transitorias, la libertad condicional y las circunstancias que habilitan el arresto domiciliario. En estas últimas, está previsto que las personas que tienen setenta años de edad puedan gozar de dicho beneficio, (art. 32, inc. D) de la ley citada).

No comparto la postura de la defensa, en cuanto rechaza que la cuestión humanitaria de la pena no pueda ser resuelta en la etapa de ejecución.

En ese sentido, traigo a colación que el proceso de determinación de las consecuencias jurídicas de un delito se integra necesariamente de tres clases de normas penales: las relativas a la previsión legal de las penas junto con su concreción en los tipos de la parte especial; las que refieren a la

determinación en el caso concreto(individualización) y por fin, las relativas a su ejecución. Previsión legal, individualización y ejecución, son pues, aspectos determinantes del contenido material de un sistema de sanciones.

A partir de este concepto, se puede realizar una lectura que reconoce la significación que las reglas de ejecución adquieren para el juez que debe imponer una pena privativa de la libertad al dictar una condena. Esto es, la dinámica de la in/determinación de la pena supone que la individualización judicial propiamente dicha que se construye sobre normas que proveen parámetros para asignar una pena al caso concreto no es una actividad aislada de las normas de ejecución, sino que las decisiones que se adoptan en esa etapa también deben entenderse en función de la pertenencia a un determinado complejo normativo regulatorio de la ejecución de la pena que la terminará de definir.

En otras palabras, para analizar qué pena se impondrá, también se examina este proceso en su totalidad. Sobre esta estructura que integra las tareas de individualización judicial y ejecutiva de la pena se construye el fallo. (Jurisprudencia Penal de la CSJN, Tomo 13, Pág. 138-139, Leonardo Pitlevnik, dirección Editorial Hammurabi).

Por último, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *obiter dictum,* en el caso "Giménez Ibáñez" reconoce la limitación constitucional a la imposición de penas que en los hechos resultan perpetuas, por considerar que lesionan la intangibilidad de la persona humana, en razón de que genera graves trastornos de personalidad y que puede asimilarse al tormento psíquico. (Giménez Ibáñez, 4-7-06, G239 XL CSJN) Entonces explica que el Código Penal Argentino establece límites a las penas perpetuas por vía de libertad condicional o institutos de la ley 24.660 de Ejecución Penal y se afirma que la pena de prisión perpetua no es inconstitucional en si, por que no es perpetua en sentido estricto, sino relativamente indeterminada, pero determinable al tener un tiempo límite si el condenado cumple con los recaudos de la libertad condicional, salidas transitorias o - agrego- en el caso, del arresto domiciliario.

En consecuencia, conforme todo lo expuesto, entiendo que corresponde rechazar el recurso ordinario interpuesto por la defensa y confirmar en todos sus términos la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio, mediante la cual se condena a L. B. A. R. a la pena de 16 años de prisión por los hechos aquí juzgados.

En cuanto a los honorarios del Dr. Marcos Ponce, propongo sean fijados en un veinticinco (25) por ciento de los que le fueran regulados en el punto 4} de la sentencia de primera instancia (Arts. 1, 5, 36,44, 45, 59 y cctes. Ley XIII-N°4). Así voto.-

La Jueza Nelly García dijo:

La Defensa centró su agravio en la pena impuesta a L. A. R. a cumplir 16 años de prisión, tratándose de una persona de 65 años de edad, resulta ser inhumana y degradante, ya que conforme la esperanza de vida media en América Latina tiene un promedio de 76,3 años y en Argentina de 72 años. Sostuvo que no se cumple con el fin resocializador de la pena, ya que su defendido morirá en prisión y no volverá a ver la luz del día en libertad.

Se queja que los magistrados no trataron su petición en la sentencia, salvo el juez Zacchino y que además dicho magistrado valoró dos atenuantes: la falta de antecedentes y analfabetismo; pero no se explica cómo llegó al mismo monto de pena que los otros, que tuvieron en cuenta solo el primero de los mencionados.

En primer lugar considero importante refrescar los hechos que el Tribunal de Juicio tuvo por probado, así sintetizó el Juez Zacchino, el descarnado relato de la víctima, que cuando tenía siete años y hasta los doce, cuando quedaban solos L. A. R., le tocaba las tetas, la vagina y le metía los dedos y la maltrataba físicamente con tirones de pelo y golpes para lograr su cometido. Que cuando cumplió doce años en mayo de 2009, empezó a introducirle el pene en la vagina y en el ano, obligándola a que se lo chupe y él lo hacía con ella, hasta las vacaciones de invierno de 2015, cuando la dejó embarazada y ahora tiene un niño de un año y medio que es hijo de A. R.. El condenado es el marido de la madre de L. y el 1° de diciembre de 2005 la reconoció como hija, para la víctima era su padre y llegó a creer que era algo normal, que todos los padres lo hacían.

La calificación legal que se corresponde a estos hechos, abuso sexual gravemente ultrajante en la modalidad de delito continuado en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante con acceso carnal y agravado por ser cometido por el encargado de la guarda y por convivencia previa con una menor de 18 años Art. 119 1°, 2°, 3° y 4° párrafo, este último en virtud de los inc b) y f), tiene una escala que va del mínimo 8 años a 30 años de prisión.

Estos extremos no han sido cuestionados.

Resulta importante también recordar que el Ministerio Público Fiscal solicitó que se le impongan 27 años de prisión en consideración a la gravedad de los hechos.

En segundo lugar, recalco que la pena se fija en proporción a la gravedad del injusto, lo objetiva de los hechos, más el elemento subjetivo. Los hechos son muy graves, la gravedad se funda en las modalidades y circunstancias de la variedad de acciones llevadas a cabo y su reiteración durante once años. En lo subjetivo el reproche por culpabilidad no tuvo ningún grado de disminución, por lo que

la gravedad del injusto es lo determinante del monto de la pena.

Entre las consideraciones de tipo personal que prevé el art. 41 del C. Penal, la falta de antecedentes como atenuante no tiene mayor peso, ya que la mayoria de este tipo de ofensores sexuales, en su vida de relación social fuera del ámbito familiar, no tiene problemas. El analfabetismo que valoró el Juez Zacchino, tampoco incidió en el monto de la pena, porque son delitos del núcleo básico de las prohibiciones, que conoce y comprende aunque carezca de educación formal.

En este caso concreto, la pena impuesta de 16 años de prisión, es 11 años menos de lo que solicitó el fiscal y 3 años menos que la mitad de la escala, es razonable y proporcionada a la gravedad del injusto y objetivamente no es cruel ni inhumana, no le caben entonces estos calificativos que se usan para la prisión perpetua.

Por último, considero que el principio de humanidad se identifica con el respeto de la dignidad de la persona y con relación a la pena, prohibe todo trato cruel, humillante o degradante. El marco normativo lo ha fijado la Corte suprema de Justicia de la Nación, al resolver el recurso extraordinario en el caso "Alespeiti, Felipe Jorge, sentencia del 18 de abril de 2017. "... en este sendero, debe ponderarse que, como lo sistematizó el Tribunal en el 1eading case de Fallos: 328: 1146: "el derecho a un trato digno y humano reconocido a las personas privadas de su libertad no sólo encuentra soporte en nuestra Constitución Nacional desde 1853 ... Después de la reforma de 1994, con jerarquia constitucional, la Nación está obligada por tratados internacionales de vigencia interna y operativos, que fortalecen la linea siempre seguida por la legislación nacional en la materia: la Declaración Americana de Los Derechos y Deberes del Hombre, establece en el art. XXV que 'todo individuo tiene también un tratamiento humano durante la privación de su libertad'; el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos indica que 'toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano'; fórmula ésta que recepta de modo similar el art. 5 inc. 2 ₀de la Convención Americana sobre Derechos Humanos." (Del voto de la mayoria)"Las Reglas Minimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas -si bien carecen de la misma jerarquia que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal- se han convertido, por via del arto 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad". (Del voto de la mayoria)"... resulta oportuno recordar que, como lo señalara el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la prohibición

absoluta, de trato inhumano o degradante que constituye uno de los valores más fundamentales de las sociedades democráticas rige incluso en las más difíciles circunstancias y con prescindencia de las características del hecho cometido por el detenido, sin admitir ninguna clase de excepción o derogación (cf. sentencias "Sochichiu vs. Moldavia", del 15 de mayo de 2012, apartado 32 y "Hagyo vs. Hungría", del 23 de julio de 2013, apartado 39)." (Del voto de la mayoría)"Asimismo, no puede desconocerse la especial relevancia, para lo que aquí se analiza, de que el Estatuto de Roma, aprobado mediante ley 25.390 y cuya implementación a nivel local se dispuso mediante ley 26.200, expresamente consagra la prohibición de trato inhumano respecto de todo imputado de los crímenes de lesa humanidad que son de su competencia y establece que la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas por la Corte Penal Internacional se ajustará a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos (cf. arts. 55.1.b; 103.3.b; 106.1 y 106.2)." (Del voto de la mayoría)"... en este sendero argumentativo, debe recordarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado en forma constante que "Los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana ...Así, esta Corte ha establecido que el Estado tiene el deber, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se requiera" y que "toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, lo cual debe ser asegurado por el Estado en razón de que éste se encuentra en posición especial de garante con respecto a dichas personas" (cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Vera Vera y otra vs. Ecuador", sentencia de 19 de mayo de 2011, párrafo 43; "Yvon Neptune vs. Haiti", sentencia del 6 de mayo de 2008, párrafo 130) ." (Del voto de la mayoría) CFP 14216/2003/TO1/6/1/CS1 - "Alespeiti, Felipe Jorge si incidente de recurso extraordinario" - CSJN - 18/04/2017: elDial.com - AA9E53.

Las razones humanitarias en el cumplimiento de la pena, por la situación personal del condenado, están previstas y atendidas en el art. 10 del C. Penal, que establece que a criterio del juez competente podrá cumplir la pena de prisión en detención domiciliaria el interno mayor de 70 años. A su vez el art 32 de la ley 24.660 también faculta al juez de ejecución a disponer que cumpla la pena en detención domiciliaria al interno mayor de 70 años.

Además, a los fines de la prevención especial positiva, la ley de ejecución penal dispone un período de tratamiento que se

desarrolla en tres etapas o fases para todos los condenados y en el art. 56 ter ofrece a los condenados por delitos sexuales un tratamiento especializado con el fin de facilitar su reinserción al medio social; sin embargo sus resultados son relativos y dependen en gran medida de la voluntad de cada individuo, a partir de la aceptación de los hechos y reconocimiento de su responsabilidad, que en todos los casos requiere la evaluación de un equipo interdisciplinario.

En la actualidad, están atendidos los problemas de salud de A. R.. Bajarle la pena al mínimo, no es la solución, con un mínimo de ocho años, superaría los 70 años con los mismos problemas de salud y la esperanza de vida probable de 72 años, que alega la defensa.

Recién cuando cumpla 70 años o se agrave su situación de salud, el juez de ejecución podrá ajustar la modalidad de cumplimiento de la pena a la situación personal del condenado, para evitar que se transforme en cruel e inhumana. Por lo expuesto, la sentencia debe ser confirmada en todas sus partes.

En cuanto a la regulación de los honorarios del Dr. Marcos Ponce en su calidad de Defensor Oficial del imputado, considero razonable fijarlo en' el 25% de lo regulado en primera instancia, conforme al resultado alcanzado. Así lo voto.

El Juez Daniel Pintos dijo:

I.- No he de reseña los antecedentes del caso, remitiendo para ello, en honor a la brevedad y a fin de evitar reiteraciones estériles, al detalle realizado en los "Resultas" de la presente.-

II.- 1) Hemos acordado en la deliberación que el decisorio ha resuelto adecuadamente el conflicto que se presenta en el presente caso, al individualizar l~ pena, entre los fines perseguidos por la prevención general y la especial, amén del respeto por el principio básico de culpabilidad.-

En efecto, sabemos que la resocialización es un imperativo constitucional que no puede dejar de observarse; pero, en palabras de Roxin: "... corresponde la preferencia a las necesidades preventivo-especiales solo hasta donde la necesidad mínima preventivo-general todavía lo permita ... Es decir, por motivo de los efectos preventivo-especiales, la pena no puede ser reducida hasta tal punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad; pues esto quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico y a través de ello se estimularía la imitación ..." (cfr. auto cit., en su *Tratado* de *Derecho Penal. Parte General,* t. I, edito Civitas, 2ª. edición, 2ª. reimpresion, Bs. As., año 2015, ps. 95 y ss., el destacado me pertenece).-

Por otra parte, y tal como se ha expuesto en nuestra doctrina nacional en materia de reincidencia "... no resulta contraria al art. 18 de la CN una teoria mixta o unitaria de la pena que contemple la retribución o castigo dentro de su sentido, aunque conjuntamente persiga fines preventivos" (cfr. L. M. García, *Reincidencia y punibilidad,* p. 111, edit, Astrea, Bs. As., año 1992); de manera entonces que, también desde esta óptica, es posible fundar el rechazo del argumento defensista que solicita se reduzca la pena al mínimo legal de la escala penal.-

En consecuencia, aun en el caso que se dejara de lado el principio general, según el cual recién en la etapa de ejecución de la pena se atiende de modo particularizado, a todo cuanto concierne a la conducta del condenado, y sus circunstancias personales, para realizar un esfuerzo de interpretación adelantando esa consideración en su favor, al momento -actual- de imposición de la sanción; en nuestro caso, resulta que ese razonamiento debe, necesariamente, incluir la posibilidad de cumplir la detención en prision domiciliaria, a partir de los 70 años - arts. 10, inc. d) CP y 32, inc. d) de la ley n° 24660, ambos textos según ley 26. 472-, más las alternativas propias del período de prueba, libertad condicional, etc. en el lapso siguiente, es decir entre los 70 y 80 años, aproximadamente, probable época de vencimiento de la pena.-

2) En particular, todo ello debe tenerse especialmente en cuenta respecto a la vigencia del principio de humanidad de la pena -agravio central del recurso ordinario-, que pretendidamente no se estaría respetando en la sentencia de condena, toda vez que se "proyecta" a futuro que, por su edad, el acusado A. ha de fallecer en prisión.-

Enseñaba el iusfilósofo Carlos S. Nino, que dado que la pena es un mal para ciertos individuos, lo es también para la sociedad de la cual ellos forman parte; por tanto, ella solo estará justificada si se puede demostrar que su amenaza y aplicación es un medio necesario y efectivo para prevenir mayores perjuicios para el conjunto social.

Esto supone los tres clásicos requisitos del estado de necesidad justificante: 1) que el perjuicio que se procura evitar sea mayor que el que se causa; 2) que la pena sea efectiva para evitar esos perjuicios; y 3) que sea necesaria en el sentido de que no haya una medida más económica en términos de daño social que sea igualmente efectiva.-

El autor nos alerta en el sentido que: "... Si estos requisitos se satisfacen o no en el caso de determinadas prácticas punitivas es una cuestión empírica compleja. Bs claro que hay que examinar una variada gama de posibles consecuencias, en algunos casos de difícil apreciación" (cfr. La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos, en "Doctrina Penal", n° 12, año 1989, edit. Depalma, ps. 29 y ss., el destacado me pertenece).-

En nuestro caso concreto, entre otros parámetros, se ha de tener en cuenta que de conformidad a lo informado oportunamente por la médica legista Silvana P. Cardinali, integrante del Cuerpo médico forense Esquel, en lo concerniente al estado de salud del acusado A., solo se advierten como déficits de atención sanitaria verificados *in nitu:* la falta de aplicación de vacunas (prevención de gripe y/o neumonía), y de consultas periódicas con un médico especialista; aspectos que claramente resultan subsanables a futuro, y no se advierte que hayan puesto en peligro serio, la salud del paciente.-

3) Evaluando todo cuanto se ha considerado hasta aquí, a modo de un *balancing test,* no ha logrado demostrar el impugnante que -en el caso concreto-, la imposición de una pena de prisión elevada, debidamente fundada en el juicio de cesura por el tribunal colegiado interviniente -y respetuosa del principio de culpabilidad, por sobre todo-, sacrifique la dignidad de la persona del encartado -sexagenario-, en aras de las necesidades de retribución y/o preventivas.-

Sobre todo, computando que en un lapso relativamente breve, podrá acceder a una modalidad de cumplimiento de la sanción penal, más benigna en su forma de efectivizarse, por el solo transcurso del tiempo (edad cronológica); como también, anticipadamente, en el supuesto excepcional que su salud registre un empeoramiento, que lo torne incompatible con el alojamiento en prisión.-

4) En el Derecho comparado, y en apoyo de todo lo expuesto hasta aquí, se enseña que: "Los principios determinantes de la individualización penal pueden ser distintos según la relación de los fines de la pena entre sí... la teoría de la combinación, ... demanda el establecimiento de una relación equilibrada entre los diferentes fines de la pena. Procede, pues, medir la pena de modo que se garantice su función compensadora en cuanto al contenido del injusto y de la culpabilidad, y a la vez se posibilite, por lo menos, el cumplimiento de la tarea resocializadora para con el delincuente ... Por último, la salvaguarda del ordenamiento jurídico requiere que la pena se mida de manera que logre influir en la colectividad con fuerza pedagógicosocial.." (cfr. Jescheck, *Tratado* de *Derecho Penal. Parte general,* cuarta edición, ps. 785 y ss., el destacado pertenece al original.-

Y continúa, en lo que más interesa para nuestro caso puntual: " ... cuando los fines de la pena llevan a consideraciones contradictorias e incompatibles respecto a la individualización penal (antinomia de los fines de la pena), ...

todos los criterios concurrentes deben limitarse cuanto sea necesario para permitir que cada uno de ellos surta efectos del mejor modo posible ...el principio de culpabilidad constituye también el punto de referencia en caso de conflicto y traza el techo de la individualización penal, ya que representa el fundamento de toda pena estatal ..." (el destacado pertenece al original.-

Para concluir, el autor citado que: "... Sin embargo, hasta dicho límite pueden colocarse en la balanza, con todo su peso, los demás fines de la pena. También la prevención general puede entrar en consideración solo hasta el límite superior de la pena defendible según el principio de culpabilidad.." (el destacado ha sido agregado al original.-

III.- En lo que respecta al agravio genérico de arbitrariedad de la sentencia, derivado de la diferente apreciación de algunas de las circunstancias agravantes y atenuantes por parte de los miembros del colegiado, como ser aspectos de la persona del condenado (grado de instrucción, ausencia de escolarización, etc.), sin perjuicio de lo cual, luego los tres Jueces penales coincidieron en un mismo cuántum de pena; entiendo que ello obedece a la complejidad de la tarea individualizadora, que no siempre llega a un monto preciso con facilidad. Por lo tanto, no es de extrañar que, a título de ejemplo, la discrepancia (parcial) con una calificante y/o minorante, luego en el cómputo definitivo se diluya, y no impida el acuerdo o consenso en torno al número final.-

En apoyo de lo expuesto, cabe recordar que en nuestra doctrina procesal se cita la opinión de Ferrajoli, en el sentido que: "..Además de aseverar la tesis de la comisión del delito por un sujeto culpable, el juez valora también, a los fines de la decisión sobre la medida o sobre la calidad de la pena, la gravedad específica del hecho en relación con el contexto ambiental en que se ha verificado, con sus causas objetivas y sus motivos subjetivos, con la intensidad de la culpabilidad, en una palabra, con las circunstancias específicas con que el culpable ha actuado. Todo esto conforma la llamada *equidad,* del juicio, en la que se expresa un poder llamado de *connotación*" (cfr. Díaz Cantón, *El control judicial* de *la motivación* de *la sentencia penal,* en la obra colectiva: *La motivación* de *la sentencia penal y otros estudios,* edit. del Puerto, Es. As. 2005, ps. I55 y ss.), quien añade que: "Ferrajoli sostiene que aunque las tesis que describen estas circunstancias específicas, suelen ser aserciones dotadas de referente empíricos, casi nunca es posible predicar de ellas la verdad jurídica ... 'La ley, en efecto, no prevé ni podria prever todas

las infinitas connotaciones particulares (que aumentan o atenúan la gravedad) de los hechos por ella denotados, sino que todo lo más puede indicar sus criterios de valoración.." -citado en nuestros votos de las sentencias de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción de Comodoro Rivadavia, n° 17/14, *1/18,* y otras).-

IV.- Sumo mi voto por la negativa a la primera cuestión y adhiero al pronunciamiento propuesto por las Sras Juezas de Cámara preopinantes, como también al porcentaje de honorarios a regular, por la labor de la Defensa Pública, en la presente etapa procesal.-

Por todo ello, por unanimidad, la Cámara en lo Penal, con asiento en la ciudad de Esquel,

RESUELVE:

1) Confirmar en todos sus términos la sentencia de condena a L. B. A. R., cuyos datos personales están agregados en el encabezamiento de la presente, a la pena de dieciséis años de prisión, dictada por el Tribunal Colegiado integrado por los Jueces Penales Martín Eduardo Zacchino, Martín O'Connor y Ricardo Raúl Rolan, el día 23 de noviembre de 2017, registrada con el Nro. 2399-2017, y su aclaratoria de fecha 24 de noviembre de 2017, por el delito de Abuso Sexual Simple agravado por haber resultado un sometimiento sexual gravemente ultrajante y por resultar el autor encargado de la guarda, por tratarse la víctima de una menor de 18 años de edad mediando convivencia preexistente -en la modalidad delito continuado- en concurso real con Abuso Sexual con Acceso Carnal agravado por haber resultado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima, por resultar el autor encargado de la guarda, por tratarse la víctima de una menor de 18 años de edad mediando convivencia preexistente -en la modalidad de delito continuado- en relación a los hechos cometidos entre el mes de mayo de 2004 y el mes de mayo de 2009 y entre el mes de mayo de 2009 y el mes de julio -vacaciones de invierno- de 2015, en el interior de la vivienda ubicada en R. P. Nro. xx, Km Nro. xx, de Lago Puelo, provincia del Chubut, en perjuicio de L. C. A. (arts. 45, 54, 55 y 119 primero, segundo, tercero y cuarto párrafos, incs. b y f) del Código Penal) en calidad de autor (arts. 45).

2) Regular los honorarios del Dr. Marcos Ponce en un treinta por ciento de los que le fueran regulados en el punto 4) de la sentencia de primera instancia (Arts. 1,5,36,44,45, 59 y cctes. Ley XIII-N°4).

3) El Dr. Daniel Pintos, remitió su voto por correo electrónico, que se agrega al cuerpo de la presente.

PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

4) Protocolícese, notifíquese y oportunamente remítase en Consulta al Superior Tribunal de Justicia. (art. CPP)

CARINA P. ESTEFANIA
Presidenta Cámara Penal

NELLY NILDA GARCIA
JUEZ DE CAMARA
CAMARA EN LO PENAL ESQUEL

OFICINA JUDICIAL PENAL
Registrado bajo el N 479
Folio ... Año 2017 CONS.

JORGE FERNANDEZ
FUNCIONARIO
OFICINA JUDICIAL ESQUEL
PODER JUDICIAL - CHUBUT