En la Ciudad de Esquel, Provincia de! Chubut, a los 9 días del mes de octubre de dos mil diecinueve, la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judícial de Esquel, integrada por la Señora Jueza de Cámara Dra. Carina P. Estefanía, en su carácter de Presidenta por subrogancia legal y los Jueces de Cámara Dres. Adrián Barrios y Alejandro De Franco, en el carácter de vocales subrogantes, dictan sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del arto 385 del C.P.P., en el marco de la Causa caratulada: *"PROVINCIA DEL CHUBUT c/ S. J. L." (NIC N"* 4.346- *NUF N° 41405),* en la que tuvieron debida participación el Dr. Marcos Ponce, en su carácter de Defensor Público, el imputado J. L. S., la Dra. María Bottini, en su carácter de Fiscal General y el padre de la menor víctima M. J. S..

---------- Y RESULTANDO ----------

Que se celebró la audiencia que prescribe e! art. 385 del C.P.P., oportunidad en la que el Defensor General Marcos Ponce ratificó en todos sus términos el escrito impugnatorio presentado en tiempo y forma, en el que desarrolló los agravios contra la sentencia condenatoria dictada el 31 de mayo de 2019, mediante la cual se condena a J. L. S. a la pena de tres años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de Abuso Sexual Simple agravado por haber sido cometido por quien era encargado de la guarda y por la situación de convivencia preexistente (Arts. 45, 119 primer y cuarto párrafo inc. b y f del Código Penal, por el hecho ocurrido en Esquel el 25 de agosto de 2017 en perjuicio de A. V. S. Q..

El defensor se agravia de la carencia de razonabilidad en la determinación de! monto de la pena. Sostiene que se trata de una fijación arbitraria del monto de la condena.

Señala que la Jueza dejó sentado que ingresaría a la escala penal por el mínimo y que tuvo por agravantes la matriz diferencial que presentaba la acción desplegada por el imputado y el parentesco entre el autor y la víctima (tío y sobrina)

Luego considera atenuantes el estado de salud del imputado y la falta de antecedentes condenatorios.

Rechaza el agravante propuesto por el MPF que solicitaba se considere el

aprovechamiento de vulnerabilidad de la víctima y como atenuante el buen concepto personal que propuso la defensa.

Sostiene que la Juez fijó dos agravantes y dos atenuantes, pero no explica cómo partiendo del mínimo, al fijar la pena, establece que debe ser superior en seis meses del minimo de la escala establecido en tres años.

Concluye que al no explicar los motivos por el que los agravantes tienen más peso que los atenuantes, la parte se ve impedida de controlar el razonamiento de la magistrada, circunstancia que es un obstáculo al momento de fundar el pedido de revisión. Cita jurisprudencia.

Finamente afirma que la Jueza no fundo la sentencia en criterios de prevención especial la razón por la cual considera el 'caso particular, que es más conveniente la imposición de una pena de prisión corta -con los perjuicios notorios y estigmatizantes del encierro en las condiciones actuales de la realidad carcelaria - que una pena en suspenso, máxime teniendo en cuenta las particulares condiciones personales de salud que fueron enumeradas y valoradas por la Jueza en el resolutivo que se ataca.

Formula reserva del Caso Federal y solicitó se le aplique a su defendido la pena de tres años de prisión de ejecución condicional, que se corresponde con el mínimo de la escala penal.

A su tumo la Fiscal General contestó por escrito la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa y en la audiencia ante este Tribunal se remitió a los fundamentos allí esgrimidos mediante los cuales solicitaba se rechace el planteo defensista y se confirme la pena impuesta a J. L. S..

Señala que no es cierto que la magistrada que tuvo a cargo el juicio no haya valorado cada una de las circunstancias que hacen a la individualización judicial de la pena. Afirma que arribó de manera lógica a las conclusiones y explicó porqué le dio mayor importancia a algunas circunstancias sobre otras.

Afirma que el hecho imputado es grave, que el imputado es tío de la víctima y que además tenía un fuerte lazo de afecto entre ambos, superior al que tenía la niña con otros familiares.

Agrega que la práctica cotidiana de la religión fue un factor que ha influido en que su hermano confiara la custodia de sus hijas y que el ámbito religioso es propicio para reforzar valores de respeto por el otro y de cohesión familiar, contexto que fue ignorado por el imputado.

Refiere que claramente existe mayor peso en los agravantes que los atenuantes

y que no se puede ignorar que la escala penal prevista para el caso era de 3 a 10 años de prisión y que en el caso sólo se apartó del mínimo en seis meses.

Trae a colación normativa internacional que protege a la mujer y a las niñas y cita el fallo "González y otras - Campo algodonero vs. Mexico" de laCIDH.

Concluye que no es una sentencia arbitraria y solicita que sea confirmada en todos sus términos.

---------- *Y 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, al que remite el art. 385, 5° párrafo, del Código de Procedimiento Penal), estableciéndose el siguiente orden de votación: Estefanía - Defranco- Barrios ..

La Jueza Carina Paola Estefania dijo:

En esta oportunidad, en virtud del objeto procesal de la impugnación en la que"debe entender este Tribunal de Alzada, la revisión de la pena impuesta a J. L. S. por el Tribunal de Juicio voy a adelantar que hemos coincidido en la deliberación que la sentencia en crisis no padece de los defectos que le enrostra el Defensor Público, toda vez que la Jueza de Grado ha realizado un análisis correcto de los atenuantes y agravantes aplicables al caso y los ha mensurado de modo tal que no pueden ser equiparados al punto de ser compensados.

Desde hace más de una década, a partir de la entrada en vigencia del CPP de nuestra provincia, hemos notado las ventajas que dicho cuerpo normativo ha traído para el justiciable en punto a la fundamentación que los jueces dan al momento de seleccionar la pena, lo cual tiene directa relación con la previa discusión que realizan las partes, haciendo gala al sistema acusatorio.

No cabe duda que ha pasado a tener un nivel de mayor consideración técnica y al final del juicio el Tribunal adopta una decisión más equitativa.

En primer lugar rescato la primigenia decisión de la magistrada de ingresar por el mínimo de la escala penal, tal como lo han resuelto de manera sostenida las Cámaras en lo Penal de la provincia de Chubut, con sus diversas integraciones, toda vez que es el método que se presenta más apropiado, por corresponderse con los principios restrictivos del derecho penal.

En el caso, la Jueza ha explicado con meridiana claridad cuáles han sido las circunstancias que tuvo en cuenta para mensurar la pena, sin apartarse de las propuestas efectuadas por las partes, descartando agravantes y atenuantes y ponderando aquellos que sí entendió estaban acreditados y debían ser incluidos y sopesados.

En primer lugar, tal como lo señala la Jueza de grado dentro de las conductas que se encuentran abarcadas en el tipo penal de Abuso Sexual, la conducta del imputado "presenta un matiz diferencial que lo aleja sensiblemente del mínimo".

Bajo el punto de vista de la naturaleza de la acción, la criminalidad es mayor por la gravedad de la infracción y del perjuicio causado, por razón de la extensión del daño o del peligro causado.

En este sentido sostengo que el *cunnin lingus* es una de las conductas sexuales que más afectación produce al bien jurídico protegido. El someter sexual mente a la víctima, de modo tal que no pueda impedir actos impúdicos llevados a cabo con la lengua del autor sobre su ano (tal como aconteció en autos), constituye un acto que, objetivamente considerado, implica, por sí mismo, un grave agravio a la dignidad e integridad sexual de aquella.

He sostenido, antes de ahora, que quien padece compulsivamente el denominado "cunnin lingus", no vivencia dicho acercamiento sexual como un mero tocamiento de partes pudendas, sino como un mayor sometimiento sexual, que incluso puede estar atrapado por la figura agravada.

Luego, efectivamente la relación de parentesco y afecto entre el autor y la niña debe ser considerada una agravante y tal circunstancia efectivamente no se encuentra atrapada por las agravantes de la guarda ni de la convivencia preexistente. Quedó acreditado que J. L. S., es el tío de la niña y que tenían un vínculo que se diferenciaba de la relación que tenía la menor con otros familiares de igual grado.

Claramente se tratan de dos circunstancias de peso que aumentan el quantum punitivo, apartándose sustancialmente del mínimo. No es necesario que la Jueza de Grado al realizar la ponderación precise en cuantos años se debe aumentar la pena, para luego descontar los atenuantes que resulten aplicables al caso.

En los presentes actuados la magistrada tuvo por acreditados dos atenuantes: a) la falta de antecedentes condenatorios y b) las enfermedades que padece el imputado que han condicionado su vida. Sobre esto último, conforme surgiera de la prueba médica producida en este sentido, J. L. S. presenta un retraso mental leve con un deterioro de comportamiento nulo o mínimo y padece epilepsia refractaria.

Son dos atenuantes cuya incidencia no resulta suficiente para compensar

totalmente los dos agravantes antes señalados y consecuente con ello, no es posible retroceder en la escala penal del tipo penal enrostrado, hasta ubicarse en el mínimo de la misma.

No soslayo que la diferencia de los seis meses que superan el mínimo significa mucho más que ello, toda vez que en el caso de aplicarse la pena mínima, ésta podría ser dejada en suspenso mientras que cualquier apartamiento de los tres años significa que la pena de prisión sea de cumplimiento efectivo.

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 el tratamiento penitenciario debe orientarse a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc 3 PIDCP).

Por esa razón, como sentenciante no puedo desentenderme de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial y verificar la necesidad de la privación de libertad en miras a la posible re socialización, ponderando los posibles efectos nocivos del encarcelamiento.

En los presentes actuados, en virtud del reconocimiento implícito del hecho por parte del imputado, que fue manifestado por el defensor al explicar los motivos por los que sólo se agravió de la pena no así de la declaración de responsabilidad y calificación legal, la pena de cumplimiento efectivo es necesaria y deberá incluir un tratamiento psicológico a fin de evitar que al momento de recuperar su libertad reincida en conductas disvaliosas para la convivencia en sociedad.

Si bien debemos considerar que la pena efectivamente tiene un componente retributivo y es necesario verificar si el monto seleccionado responde a los principios de proporcionalidad y racionalidad sobre la base de la gravedad del hecho y con la intensidad del reproche, que se relaciona con la culpabilidad. En el caso, ese quantum fijado hipotéticamente como límite máximo, fue reducido al mínimo necesario que requiere la prevención especial, pero los atenuantes verificados no tienen el plus valorativo que determinen la anulación de los agravantes.

Conforme lo expuesto, concluyo que no es posible reducir la pena como lo solicita la defensa y consecuentemente, debe confirmarse en todos los términos la sentencia dictada el31 de mayo de 2019, mediante la cual se condena a J. L. S., cuyos datos personales obran en estos actuados, a la pena de tres años y seis meses prisión de cumplimiento efectivo, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de Abuso Sexual Simple agravado por haber sido cometido por quien era encargado de la guarda y por la situación de convivencia preexistente (Arts. 45, 119 primer y cuarto

párrafo inc. b y f del Código Penal), por el hecho ocurrido en Esquel el 25 de agosto de 2017 en perjuicio de A. V. S. Q..

Por último, coincido con la Jueza de Grado que las enfermedades del imputado no pueden ser ignoradas al momento de establecer el lugar en el que el mismo cumplirá la condena. No sólo por las dificultades que se pueden presentar a diario con su patología sino porque va a requerir la continuidad del tratamiento con los médicos que lo asisten y porque deberá ser en un lugar en el que exista un hospital cercano al que se pueda acudir en caso de ser necesario. Por otro lado, también se debe tener en cuenta que su tratamiento incluye traslados a otras ciudades en las que existen centros de salud de mayor complejidad.

En ese sentido, no existiendo en la circunscripción judicial ningún establecimiento carcelario -excepto la Unidad Nro.14 que no recibe condenados por la justicia provincial- hemos considerado que es necesario hacer saber al Juez de Ejecución que al momento de ordenar su detención deberá realizar todos los trámites necesarios para que la misma se cumpla en la Comisaría de Trevelin, por ser la dependencia que se corresponde con la de su domicilio y del lugar en el que recibe atención médica.

Respecto de los honorarios del Dr. Marcos Ponce los mismos deberán ser fijados en un treinta por ciento de los que le fueran regulados en el punto 4) de la Sentencia de primera instancia. Así voto.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Vienen estos folios a despacho a fin de resolver la impugnación ordinaria incoada sobre la sanción impuesta a J. L. S., quien fuera condenado por la comisión del delito de Abuso Sexual doblemente agravado, por haber sido cometido por quien era encargado de la guarda y por la situación de convivencia preexistente, de conformidad con lo prescripto en el arto 119, primer párrafo y cuarto, incisos b) y f), del Código Penal, a la pena de tres años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, hecho que tuvo como víctima a la niña A. V. S., de nueve años de edad.

2.- El Sr. Defensor acusa de arbitraria la mensuración de la pena, por entender que no ha explicitado la Juez la razón por la cual considerando dos agravantes y dos atenuantes, ante la necesidad de compensarse, no aplicó el mínimo legal.

Además, expresa que la sentencia no se funda en criterios de prevención especial no manifestando porqué cree la magistrado más conveniente la imposición de una pena de prisión y no una en suspenso.

3. - La representante de la vindicta, en su responde, alude a que la Jueza no se ha alejado "sensiblemente" del mínimo, ya que solo se elevó de éste en seis meses, en una escala que podría llegar hasta los diez años en su máximo; recuerda la gravedad particular del hecho en el que sorprendió a su sobrina en el baño y le lamió el ano, todo lo que hace que exista un peso mayor de las circunstancias agravantes analizadas.

4. - Puesto a resolver, adelanto que corresponde confirmar en un todo el resolutorio de la Jueza Alicia Femanda Révorí.

Ha explicado con enjundia las razones por las cuales considera correcto ingresar a la mensuración de la sanción a partir del mínimo legal.

A partir de esa premisa, ha fundamentado con acierto que *"partir del mínimo de la escala penal supone para la suscripta imaginar dentro del universo de casos de abuso sexual simple, el caso más leve ... "* y comparte con la fiscalía que *"la acción desplegada por el imputado presenta un matiz diferencial que lo aleja sensiblemente del mínimo: .. ".*

Mensuró también, con razón, que *"el parentesco tío-sobrina además de ser un vínculo jurídico... representa un lazo de afecto ",* lo que efectivamente se encuentra comprobado por la prueba producida en el debate.

Luego, consideró como atenuantes la existencia de su enfermedad de base y la falta de antecedentes.

5. - Ahora bien.

Si bien es cierto que la Juez no consignó expresamente -como pretende el defensor- el valor exacto que otorga a cada agravante y, como contrapartida, cuánto significado asigna a cada atenuante, lo cierto es que la motivación de la sentencia es eficaz.

Ha justipreciado la pena que corresponde al autor material, no pudiéndose soslayar que el caso -como expresamente lo dice- es uno de los que se alejan muy por sobre el mínimo, tal como podría ser, por ejemplo, un tocamiento furibundo, una caricia exacerbada, un beso, etc.

Que si bien es cierto, como alerta la doctrina, que con las sucesivas reformas legales al respecto, se fueron desdibujando los contornos precisos de las figuras que reprimen las conductas sexuales prohibidas, no puede dudarse que el suceso acreditado es grave; conforme la acusación obrante en el legajo, " ...*A. va a bañarse al baño de la vivienda, y al salir de la bañera, estando en el interior del baño, ingresa su tío J. L., mientras ella se encontraba desnuda ... empieza a observarle el cuerpo, para luego, de*

manera sorpresiva ... procede a lamerle con su lengua el ano ... "; evidentemente, nos hallamos ante un hecho que debe, necesariamente, alejarse -y mucho- del mínimo de la escala penal.

Por caso, para la configuración del abuso gravemente ultrajante, Donna ("Delitos contra la integridad sexual", Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 50), citando a Gavier, dice que " ... *quedarían comprendidos en este concepto actos objetivamente impúdicos, tales como el empalamiento, la introducción de dedos, lengua u otros objetos o elementos ortopédicos, un implante no consentido, etcétera, toda vez que es indudable que hechos de tamaña gravedad no podían estar reprimidos con la misma pena que un furtivo tocamiento de nalgas o senos, en un colectivo repleto de pasajeros ... "* (el subrayado me pertenece), por lo que la gravedad mayor del hecho aquí ventilado es notoria.

Incluso, es dable advertir, podría haber sido subsumido en la segunda hipótesis del arto 119.

6.- También es cierto que la relación parental existente entre víctima y victimario es una circunstancia de gravedad notoria.

Las relaciones incestuosas siempre han tenido un plus de desvalor en las legislaciones a lo largo de los tiempos, incluso es receptado el parentesco en el mismo inciso a), del párrafo cuarto, como agravante -no en este grado, obviamente- y se encuentra prevista expresamente en el art. 41 del Código Penal, al referirse a *"los vínculos personales"* entre los protagonistas, a lo que adosó la magistrada la relación efectiva que los unía, como conteniendo mayor grado de reproche.

Tal como atinadamente valoró la magistrado, *"este lazo de afecto y de confianza derivado del vínculo familiar fue quebrantado por la persona de quien menos* se *esperaba y* se *traduce en un mayor grado de injusto y de reproche para el autor ... ".*

Es claro Villada en este sentido: " ... *el autor además del bien jurídico protegido propio de este delito, ha vulnerado los deberes de resguardo y respeto por la víctima, emergentes del vínculo parental ... era justamente la persona de quien la victima podría esperar amparo o protección ... "* ("Delitos sexuales", La Ley, 2013, pág. 73).

7.- Y si bien, repito, no mensuró la Juez en meses o años el grado de injusto que revelan estos parámetros, lo cierto es que, comparado con las circunstancias tenidas en cuenta para disminuir el reproche que S. merece, los seis meses por el que se despega del mínimo no resulta ni antojadizo, ni "sensiblemente" superior.

Es preciso convenir que el carecer de antecedentes, si bien es válido computarlo

como atenuante, no puede parificarse con la entidad de los agravantes referidos y tenidos en cuenta por la *a quo;* por su parte, el hecho de padecer epilepsia, si bien pudo haber disminuido su autodeterminación, como correctamente entiende la magistrado, tampoco podría disminuir en mucho la pena a imponer al compararlos con aquellos.

Tal como ha dicho la Fiscal Bottini, con justeza, *"existe un peso mayor de las circunstancias agravantes analizadas que de aquellas atenuantes.*
Además no podemos perder de vista, que la escala penal oscila entre los tres años y los diez años de prisión, habiéndose solo alejado seis meses del mínimo legal, sin perjuicio de la existencia de un hecho de suma gravedad ... ".

Por ello estimo que ha sido justa la medición de la sanción efectuada por la *a quo* y en nada debe de conmoverse la resolución a que arribó.

8.- El segundo agravio que desliza el abogado Ponce, tampoco puede ser atendido.

Concretamente, manifiesta el defensor de S. que la sentencia no se funda en "criterios de prevención especial", no dándose razones por las cuales considera más conveniente la imposición de una pena de prisión corta que una pena en suspenso.

y señalo que no puede atenderse la queja ya que el agravio es aparente.

Es que la *a quo,* efectivamente, no dio razones acerca de la posibilidad de una pena en suspenso, por la sencilla razón que al determinar - acertadamente- que la sanción debía superar los tres años, no era legalmente posible la imposición de una condenación condicional, por imperio del arto 26, Cód. Penal; más allá del interés del apelante para que su asistido no sufra una pena de encierro efectivo, si la Jueza entendió correctamente que la sanción era de tres años y seis meses, no tenía chance alguna para conceder aquel beneficio, por lo que tampoco debía motivarlo, no encontrándose habilitada a forzar la ponderación de agravantes para así lograr evitar el encarcelamiento.

9.- Pero, a pesar de ello, es de hacerse notar que no fue ajena a la decisión de la Jueza la situación particular del condenado.

Evidentemente, preocupada por la enfermedad que padece, ha dispuesto expresamente en el dispositivo segundo de la sentencia, que la pena efectiva *"deberá ser cumplida por J. L. S. en un establecimiento penitenciario que garantice el adecuado control y tratamiento de su patología de base",* siendo ello un encomiable esfuerzo por disminuir, en lo posible, los efectos perjudiciales de los encierros cortos, en particular, sobre una persona afectada por una enfermedad psiquiátrica, respetando el principio de

humanidad de las penas, todo lo que debe ser destacado y rubricado con firmeza. En este aspecto, la Comisaría de Trevelin, es el único lugar que permitirá contar con la atención médica en forma inmediata de los profesionales que lo han atendido hasta la fecha.

10.- Por todo ello, propongo a los colegas la confirmación en un todo del resolutorio venido en crisis, rechazando la impugnación intentada por la defensa.

11.- Respecto de los honorarios profesionales adhiero a la propuesta de la colega preopinante. Así voto.

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

l. Omitiré la reiteración de los antecedentes del caso, ya que se encuentran debidamente desarrollados en este fallo.

2. A la revisión del mismo, dada la justificación de referencias legales y doctrinarias efectuadas por la sentenciante, podemos conocer sin dificultad de donde y porqué partió del minino de la escala para dosificar el reproche; y pese a que no haber agravio al respecto, deviene oportuno ratificar el método como correcto.

Como hiciera mención en intervenciones similares a ésta, soy de la idea coincidente con la corriente doctrinaria y jurisprudencial que toma esta forma de mensurar la pena, ya que la aplicación restrictiva del reproche del injusto por parte del Estado, debe ubicar al juzgador en los extremos menores de la escala penal, para, a partir de allí, evaluar en mas o en menos, la pena final que se imponga.

En tal sentido ha votado la doctora Mónica Rodríguez en los autos: "Cámara en lo penal de Esquel, in re: "Pcia del Chubut *cl* A. R. - A. F.", Nic 441, Nuf3682).

Es que es el deber de prudencia que se impone a los jueces el que debe primar en tan delicada tarea, principio del que habla el precedente "Provincia del Chubut c/ M., J. C.", Carpeta de la Oficina Judicial Esquel NlC N° 414-Legajo de Investigación N° 3193, en donde del voto del Dr. Montenovo extraemos: "Los principios de máxima limitación de la respuesta contingente, pro homine, y la realidad de nuestro sistema carcelario (que en los hechos genera tendencia a la criminalización secundaria), sugieren partir en el análisis, desde las cercanías a los mínimos establecidos".

3. Por otro lado, respecto al núcleo de la cuestión, adelanto que votaré por no hacer lugar a la impugnación.

3.1 En primer lugar, se debe destacar que una pena desde su génesis constitucional, importa un proceso de rehabilitación del imputado. La pena sin dudas debe cumplir una función readaptadora, la que ha de ser el constante desafío para los

operadores del Estado republicano: del que la ejecuta y del que la controla.

Y ese ideal no escapa ante la posibilidad que esa pena se cumpla condicional o efectivamente.

Para mensurar y aplicar correctamente una pena, no solo es necesario la aplicación de la ley en abstracto, sino que es necesario insertar los presupuestos del caso en concreto, fundando en el fallo cada uno de ellos que justifican el quantum del reproche, respetando los principios rectores de esta tarea: lesividad, culpabilidad y proporcionalidad.

Esta tarea, muchas veces soslayada en las sentencias, merece ser destacada en cada control, puesto que incumbe a una de las garantías básicas que posee todo ciudadano, que es la de conocer los fundamentos del acto de gobierno como lo es un fallo judicial.

3.2 El señor defensor denuncia en el fallo un razonamiento que no es lógico porque no justifica como partiendo del mínimo legal de tres años, ante igual cantidad de agravantes y atenuantes, el resultado de la determinación de la sanción es una pena que se aleja del mínimo en seis meses.

Analizada pormenorizadamente la pieza judicial, se colige que ello no es así, todo lo contrario, advierto prudencia y coherencia en como la juez penal ha fundado la pena aquí cuestionada.

Si bien coinciden en números la cantidad de agravantes y atenuantes, ello no lleva a asignar a cada una un mismo valor que, a modo matemático, los negativos supriman los positivos hasta llegar al cero.

Es que las pautas del artículo 41 del Código Penal sirven de orientación al juez para la determinación judicial de la pena, o mejor por el doctor Zaffaroni, para la imposición de “...la cantidad y calidad de poder punitivo que se ejerce sobre una persona criminalizada..." (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, "Derecho General. Parte General", Ed. Ediar, 2a edición, Buenos Aires, 2002, página 993).

En dicha normativa no se otorga una valoración prefijada a cada presupuesto, ni siquiera se los identifica cuales son las circunstancias agravantes o atenuantes. Es por ello que, en la decisión judicial de esta etapa del proceso, se le exige al magistrado más que nunca, el deber de

fundamentación explícita, que permita dar a cada elemento enumerado o no en la ley, su lugar; y con ello la posibilidad del control crítico racional de su decisión.

Es, como dice Hilda Marchiorio en su obra "Determinación Judicial de la Pena", un procedimiento de adaptación de la pena legal al caso concreto [1].

En dicho sentido Ziffer dice que resulta *"imprescindible que se haga explícito* si se *valora* a *favor* o *en contra, y en segundo lugar, por qué, teniendo en cuenta que sólo resultarán argumentos válidos aquellos que estén apoyados en valoraciones normativas, antes que en la eventual reprochabiidad moral de ese aspecto de la conducta"*. (ZIFFER, Patricia S., *"Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena "*, en *"Determinación judicial de la pena "*, compilador Julio B. J. MAIER, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 107).

3.3 Con lo dicho, cual respondiera acertadamente la fiscal ante esta Cámara, en este caso existe un peso mayor en las circunstancias agravantes, en comparación con las atenuantes.

La teoría del caso por la que se condenara al impugnante, comprende proposiciones fácticas que ameritan que el reproche se aleje del mínimo de la escala del tipo penal.

3.3.1 El primero de ellos con que funda la pena la sentenciante, es que el hecho no es de los abusos sexuales simples que podríamos catalogar de los más leves.

y ello es absolutamente cierto.

La sentencia, en lo medular, condena a S. por pasar su lengua por el ano de la niña de nueve años, lo que sin dudas es más grave que un simple tocamiento, o un beso. Como versadamente dijo el doctor el Defranco, los hechos tenidos por abuso sexual simple, bien pudieron haber constituido una teoría del caso con una base normativa más gravosa.

3.3.2 Por otro lado, también han sido bien fundados los argumentos que sostienen como agravante el parentesco entre autor y víctima.
El lazo de afecto, el quebrantamiento de la confianza de la persona que menos esperaba, justifican el mayor grado de injusto y con ello de reproche, que razonó la juez penal.

[1] Editorial Marcos **Lerner**, pagina 14.

3.4 Ambas variables, sin dudas poseen mayor peso que las atenuantes relacionadas a la falta de antecedentes y las condiciones personales del imputado.

Sobre esto último, se colige que la sentencia, en su punto dos, ordena determinadas previsiones para el cumplimiento de la condena en caso que quede firme; circunstancia que merece sostenerse y destacarse, justamente
por los motivos que desarrollé en e13.l de este voto.

4. Por último, ante la pretensión punitiva de la fiscalía inserta en la acusación, y su petición concreta en la instancia de cesura del juicio, no se advierte falencia en la sentencia, por la falta de fundamentos *en criterios de prevención especial* sobre la modalídad en que debe cumplirse la pena.

5. Por todo lo dicho, voto por rechazar todos los agravios de la impugnación ordinaria que nos convoca, y confirmar en consecuencia, el fallo apelado en todas sus partes.

6. Adhiero a la regulación de honorarios e imposición de costas, sugerido por la Presidente de este Tribunal y a disponer que se tenga en cuenta la salud del condenado al momento de establecer su lugar de detención, debiendo el Juez de Ejecución disponer que se cumpla en la Comisaría de Trevelin, en virtud de la cercanía con el nosocomio en el que se ha atendido durante todos estos años.

Así lo dejo votado.

Por todo lo expuesto, por unanimidad, la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut, con asiento en la Ciudad de Esquel,

RESUELVE:

1) No hacer lugar al recurso ordinario interpuesto por la Defensa Pública en representación de J. L. S..
2) Confirmar en todos sus términos la sentencia condenatoria del 31 de mayo de 2019, registrada con el nro. 974-2019.
3) Hacer saber al Juez de Ejecución de esta Circunscripción Judicial, que una vez que se encuentre firme la presente, deberá arbitrar todos los medios necesarios para que la pena de prisión de J. L. S. se cumpla en la Comisaría de Trevelin en virtud de su enfermedad que requiere de control y medicación permanente y por la cercanía con los médicos que lo han tratado durante toda su vida.
4) Una vez firme la presente sentencia deberá obtenerse una muestra genética del imputado para su remisión al Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual (arts. 2, 3, 4,5, 6 y ss y ccdtes de la Ley 26.879).
5) La presente sentencia es suscripta materialmente por quien ejerce en estos actuados por subrogancia legal la Presidencia de la Cámara en lo Penal Dra. Carina Estefanía, mientras que los Jueces de Cámara en lo Penal Dres. Adrián Barrios y Alejandro De Franco remitieron su voto por correo electrónico con firma digital.

6) Regístrese y notifíquese.

Carina Paola Estefanía
Juez Cámara en lo Penal

OFICINA JUDICIAL PENAL
Registrada bajo el Nº 1198
del AÑO 2019
Conste.-

Gustavo Martín López
Jefe de Departamento
Unidad Gestión de Casos
Oficina Judicial Penal Esquel