En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 16 días del mes de Septiembre del año dos mil veintidós, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, integrada por los doctores Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrián Barrios y Leonardo Marcelo Pitcovsky, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"MINISTERIO PÚBLICO FISCAL S/INVESTIGACIÓN" (Carpeta N° 7329 Ofiju Rw – Legajo Mpf Rw N° 20961)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta contra la sentencia dictada en fecha 02/05/2022 por el Juez Penal Alejandro Rosales (registrada bajo N° 329/2022-Ofijud Rw), por el Abogado de la Defensa Pública P. N. S., en representación de L. O. S., DNI N° X., hijo de J. y de C. R., argentino, nacido en Paso de Indios, Provincia del Chubut, en fecha 01/10/1967, soltero, de ocupación changarín, con domicilio en Ruta Provincial N° X., Chacra N° X., fracción X. "L. P.", Rawson.

En dicho resolutorio el Juez Rosales falló "… ***1.-*** *Condenando a* ***L. O. S.****, DNI N° X., nacido el 1° de octubre de 1967 en Paso de Indios, Provincia del Chubut, hijo de J. S. (f) y C. R., con estudios primarios incompletos, changarían, domiciliado en Chacra X., Fracción X., Ruta X., Rawson, a la pena de* ***dos años de prisión*** *cuyo cumplimiento se deja en suspenso, más las costas del proceso (artículos 29 inciso 3° del CP, y 239 ss. y ccdtes. del CPP), como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple previsto y reprimido por el artículo 119 primer párrafo del Código Penal (artículo 45 Ídem), por el hecho ocurrido el día 19 o el día 20 del mes de diciembre de 2019 en horas del mediodía, en el interior de la chacra propiedad de G. D., ubicada en la ruta X. camino a Trelew desde la ciudad de Rawson, en perjuicio de la menor de edad V. I. R. T.* ***2.-*** *Imponiendo al justiciable el acatamiento de las siguientes reglas de conducta, por el término de dos (2) años y desde que la presente resolución*

quede firme, a saber: a) fijar domicilio que mantendrá informado a la judicatura; b) someterse a la supervisión del Cuerpo de Delegados de Control, ante el cual deberá presentarse cada tres meses; c) someterse a una amplia evaluación y tratamiento psicológico habida cuenta los hechos por los que fue condenado, y teniendo presente el ámbito específico bajo estudio….”

A la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada ante este Cuerpo el día 01/09/2022 comparecieron los abogados P. N. S. y M. L. de la Defensa Pública, en representación de L. O. S.; la Procuradora Fiscal Eugenia Domínguez y en representación de la Asesoría de Familia de la ciudad de Rawson la abogada M. E. G.

En uso de la palabra el Dr. P. S. expresó que ratificaba *in totum* su escrito de impugnación, al que podía acudirse en búsqueda de citas dogmáticas o mayor detalle en el desarrollo de los agravios, resaltando que el motivo central del remedio interpuesto fincó en el *quántum* de pena aplicado a su asistido, carente de motivación suficiente y en consecuencia arbitrario.

En primer término, dijo, en la sentencia no se explicitó el punto de partida en la escala penal escogido por el juzgador –pese a la propuesta de partida desde el mínimo efectuada por la Defensa y de un punto medio de parte de la Vindicta- para, previo merituar atenuantes y agravantes, concretar la dosificación (amplió y leyó tramos pertinentes del decisorio).

En segundo lugar analizó las agravantes (2) y atenuantes (2) ponderadas al resolver, discrepando en la consideración de la extensión del daño causado a la víctima para incrementar pena por la orfandad de prueba sobre el punto. Leyó tramos pertinentes de la decisión del Juez de grado y repudió la falta de elementos objetivos o formales que demostraran la extensión del daño, amén de los razonamientos efectuados y de las opiniones vertidas mediante testimonio por la madre de la víctima. Agregó que incluso se

propusieron algunas medidas a realizar en tal sentido por esa parte, pero no se realizaron, siendo ello relevado por el juzgador.

Por lo expuesto es que el defensor entendió presente en la sentencia en crisis el vicio de arbitrariedad, requiriendo sea revocada parcialmente imponiendo el mínimo de pena al señor L. O. S.

En uso de la palabra, la representante del Ministerio Público Fiscal ratificó el escrito de contestación a la impugnación suscripto por el Dr. Fernando Rivarola. Continuó en referencia a la escala penal empleada en la sentencia, a la que juzgó de clara, en tanto se explicitó que partía del mínimo legal propuesto por la defensa, con el límite de la pretensión punitiva acusadora.

Respecto al daño psicológico de la menor discrepó con la defensa, al entender que se habían tenido en cuenta las circunstancias en concreto del caso, el plexo normativo constitucional y la inconveniencia de realizar medidas que arriesgaran a la revictimización. Sin perjuicio de su afirmación mencionó elementos de prueba valorados al efecto.

Por lo dicho y apreciando la sentencia adecuadamente fundada requirió su plena confirmación ante la alzada.

La Asesoría de Familia, a través de la Dra. Gatica, se expresó solo respecto del análisis efectuado por la Defensa en relación al daño psicológico de la víctima citado en la sentencia, oponiéndose rotundamente a la necesidad de acreditación en los términos requeridos por el defensor y peticionando al Tribunal que se expida con perspectiva de género y de infancia, dada la corta edad de la víctima. Concluyó adhiriendo a la postulación del Ministerio Público Fiscal y solicitando la integra ratificación del decisorio escrutado.

En réplica, la Defensa reflexionó que si, como afirmó la vindicta, el daño psicológico era una extensión de las características del hecho, se verificaba una doble valoración en contra de su asistido en la sentencia. Insistió con su

convicción acerca de la necesidad de contar con prueba objetiva para evaluar la extensión del daño causado a la víctima y con la ausencia de señalamiento del punto de partida en la escala penal para graduar pena en el decisorio impugnado, al margen de las deducciones efectuadas por la fiscalía. (in extenso conforme registro de audio).

Otorgada la intervención al imputado, manifestó que no declararía.

Concluida la deliberación se estableció por sorteo el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrián Barrios y Leonardo Marcelo Pitcovsky.

El Juez de Cámara Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Contra la sentencia por la que se condena a L. O. S. a la pena de dos años de prisión en suspenso, por habérselo encontrado autor del delito de Abuso Sexual Simple (artículo 119, primer párrafo, código penal), presenta impugnación ordinaria el Sr. Defensor Oficial, Abogado P. S., por agraviarse de dos circunstancias concretas.

La primera consiste en que no ha señalado el *a quo* el criterio aplicado para la determinación de la sanción, concretamente, no ha indicado el punto de ingreso a la escala penal para justipreciar la pena; la segunda, la falta de acreditación fehaciente del daño psicológico sufrido por la víctima.

2.- Puesto a resolver, sólo he de advertir que, si bien la experiencia demuestra que los Jueces Penales de la Provincia suelen "ingresar" a la escala penal prevista para el delito por el cual se condena desde el mínimo legal, lo cierto es que nada ordena sobre el punto el código sustantivo.

El Código Penal Argentino, en materia de determinación de la pena, se limita a establecer escalas penales para cada delito en particular, dentro de las que "*los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del articulo siguiente*" (artículo 40, código), estableciéndose, aunque sin indicar su carácter, un catálogo

de pautas a tener en cuenta para justipreciar la concreta sanción en el artículo 41.

Nada se establece, repito, acerca del punto de ingreso a la escala prevista para cada injusto en particular, siendo tan válido comenzar la consideración de las pautas del artículo 41 a partir del mínimo legal (como pretendió la defensa), o ubicarse en el justo medio del patrón y, desde allí, aumentar o disminuir el reproche conforme aquellos parámetros, como pretendió la acusadora.

Incluso sería válido, como se efectúa en otras latitudes, recurrir al "caso-regla", *"denominación con la cual se designa el grupo de casos que, según la experiencia, siempre se repiten, "la criminalidad de todos los días". Teniendo en cuenta que la mayoría de los delitos que se cometen habitualmente manifiestan solo un bajo grado de gravedad, sería posible ubicar la magnitud del disvalor característico del caso-regla en el tercio inferior de la escala penal"* (sobre ello; Ziffer, Patricia, *"Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena"*; en AA.VV., "Determinación Judicial de la Pena", del Puerto, 1993, pág. 89).

Y si, como se dice, no se establece legalmente el punto por el cual debe comenzar el juez la estimación de la pena, mal puede ser materia de agravio el no explicitarlo, siempre y cuando, claro está, se den razones y fundamentos adecuados de qué parámetros se invocan para agravar o atenuar la pena y en cuánto se reflejan en la concreta sanción.

3.- De la lectura de la pieza escrutada, no se advierte que hubiera sido dejada al arbitrio discrecional del magistrado la pena impuesta a O. S.; ha recogido el *a quo* aquellas pautas invocadas por la acusadora para agravar la sanción, concretamente, la edad de la niña, la intensidad de los abusos y el daño psicológico –sobre lo que se volverá.

Ha valorado, asimismo, los parámetros invocados por la defensa para atenuar el reproche: la falta de antecedentes, su

escasa instrucción formal y *"su compleja y penosa historia de vida"*.

En síntesis, sin perjuicio de no haber indicado el punto de ingreso a la escala penal, tengo para mí que la justipreciación de la pena ha sido efectuada de manera fundada, indicándose concretamente cuales han sido las pautas a tener en cuenta, evaluadas ellas de manera lógica y circunstanciada, por lo que habrá de rechazarse el agravio.

4.- Acerca del segundo motivo de impugnación, la falta de acreditación científica del daño psicológico, es necesario decir que, tal como ha manifestado el acusador en el responde al recurso, ha sido probado aquel a través del testimonio de su madre y de la opinión experta de la psicóloga forense al momento de efectuar el Psicodiagnóstico de la niña víctima, por lo que, en pos de la no mayor victimización de una niña de seis años al momento de los hechos y el respeto al principio de libertad probatoria –art. 25, código procesal-, considero irrelevante la ausencia de *"prueba específica, objetiva o científica que le permita al juez de la instancia llegar a esa conclusión"*.

Por todo ello, propongo la confirmación integra del fallo y el rechazo de la impugnación efectuada, con costas.

5.- Además, tal como postuló la representante promiscua de la víctima, es necesario abordar casos como el presente con perspectiva de género y a la vez teniendo en consideración la vulneración de los derechos de los niños y adolescentes, lo que permite, en primer lugar, acreditar los hechos denunciados acudiendo a la "amplitud probatoria" (Ley N° 26.485, Art. 16 Inc. ´i´) y por otra parte, cumplir con los compromisos asumidos por el estado argentino en la prevención y visualización de episodios de violencia contra la mujer.

Finalmente en lo concerniente a la regulación de honorarios profesionales, propongo en función de la actuación desplegada en la instancia por los abogados de la Defensa Pública P. N. S. y M. L., del mérito, resultados obtenidos y extensión de su labor profesional desplegada al ejercer la

representación técnica del nombrado, fijarlos en la cantidad de DIEZ (10) JUS (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-N° 4, antes decreto ley 2.200 y Ley VN°90).

Así voto.

El Juez de Cámara Roberto Adrián Barrios dijo:

La revisión de la sentencia que nos convoca se encuentra circunscripta solo al peldaño que atañe a la sanción, y como se encuentran perfectamente desarrollados los antecedentes del caso, omitiré su reiteración.

1. En primer lugar, es necesario destacar que los criterios orientadores para la individualización de la pena son justamente eso, orientadores, dan una ayuda a la tarea de asegurar la mejor decisión respecto al objetivo de obtener una pena justa.

Pero a su vez, los artículos 40 y 41 formulan pautas generales de individualización o determinación que delimitan la discrecionalidad del magistrado. Son pautas ejemplificativas y no taxativas, que consagran la libertad de decisión jurisdiccional con cargo de darles contenido.

2. Tras la lectura de los fundamentos que conformaron la pena impuesta a quien hoy recurre, se reconoce que el magistrado ha valorado y dado trascendencia en la mensura, a la edad de la niña al momento del suceso y la intensidad de los abusos.

En este aspecto, consideró que el delito endilgado no se circunscribió solo a tocamientos por debajo de la ropa, en la zona genital de la víctima, sino que incluyó pasarle la lengua por su vagina, lo cual, en criterio que se comparte, aumenta la culpabilidad.

Se reconoce que como atenuantes, fueron tenidos en cuenta la ausencia de antecedentes penales computables, la escasa instrucción formal y compleja y penosa historia de vida, con grandes padecimientos, dificultades y abandonos.

Previo a la labor que incumbe una suma y una resta de acuerdo a las variables sustanciadas por las partes, el A Quo dio respuestas a otras que no consideró en dicha operatoria.

De la fiscalía, descartó como agravante las causas que el imputado posee en trámite.

De la defensa, descartó como atenuante los problemas de salud de O. S.

En cuanto a la agravante referida a la ponderación del daño psicológico, en el cual sin dejar de destacar que no hubo un estudio o evaluación profesional, el juez justificó su impacto como agravante porque *"…la lógica más elemental, el sentido común y las máximas de la experiencia señalan que estos actos suelen dejar secuelas importantísimas en las víctimas, máxime cuant(d)o la agresión sexual ocurre en los primeros años de vida,…".*

Siempre me enrolé entre quienes consideran que en la decisión judicial de esta etapa del proceso de individualización del reproche deben fundamentar explícitamente su decisión, a fin de permitir dar a cada elemento enumerado en la ley su lugar la trascendencia en la mensura, y posibilitar así el control crítico racional de su decisión.

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 reprochabilidad 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*)*

En el presente caso, considero que el sentenciante ha cumplido acabadamente con la carga de justificar las razones de por qué una variable impacta con mayor o menor culpabilidad. La resolución no contiene contradicciones y lejos está de ser una sentencia arbitraria, poseyendo argumentos que se presentan lógicos y sin fallas de razonamiento.

3. En cuanto a la falta de fundamentos del magistrado para aclarar su criterio en la mensuración, se reconoce que la labor de dosificación del reproche, ha sumado y descontado tiempo de privación de libertad, de acuerdo a los agravantes y atenuantes que analizó.

A mas abundar, lo cierto es que la ley no ordena el método que debe aplicarse para realizar dicha labor y, acaso lo más importante, tampoco sanciona la resolución que no lo aclare.

Si estuviéramos ante una resolución judicial flagrantemente irracional, en donde por ejemplo hayan prosperado solo atenuantes y se impusiera una pena muy por encima del mínimo de la escala, podría considerarse que su ilogicidad impida una interpretación racional del reproche y con ello, se vulnerarían garantías constitucionales.

No es para nada el caso.

Los fundamentos desarrollados impiden una consideración de arbitrariedad del fallo.

4. Por todo ello, voto por la confirmación de la sentencia venida en impugnación, y resolver en consecuencia el rechazo de la impugnación ordinaria ensayada por la defensa del encartado.

En punto a las costas y honorarios profesionales de la Defensa Pública Penal, encuentro ajustado lo expresado por mi colega preopinante.

Así voto.

El Juez de Cámara Leonardo M. PITCOVSKY dijo:

Reseñados al principio los antecedentes que motivan el recurso, daré tratamiento a la queja relacionada específicamente a la pena impuesta al condenado L. S. O., conforme fuera expuesto por el Dr. P. N. S. en la audiencia ante esta Cámara en lo Penal.

Tras el prólogo, el Sr. Defensor señaló que a su juicio el decisorio carece de una adecuada motivación en relación al *quantum* de la sanción impuesta, destacando en tal sentido que

el Magistrado no argumentó respecto del criterio adoptado para penar con dos años de prisión en suspenso a su representado, es decir, no explicó qué corriente argumental escogió para arribar a dicho monto, advirtiendo la Defensa que no se tomó como pauta de ingreso en el análisis de la pena, el mínimo de la misma, según la escala penal en abstracto del tipo penal en examen, tal como fuera alegado por las Partes.

Cita al efecto doctrina legal en apoyo de su petición.

El segundo punto de queja estuvo dirigido a cuestionar la agravante escogida por el Dr. Rosales, relacionada específicamente al daño psicológico sufrido por la menor víctima, por cuanto, destacó, no se aportó prueba científica alguna (pericia psicológica mediante) que determinara las secuelas –si las hubiese- sufridas por la niña, no bastando a tal efecto la declaración de la madre de la niña, de quien sin dudas se espera, en tanto aquejada por el suceso, exprese que su hija se ha visto afectada luego del mismo.

Finalmente, el Letrado solicitó se le imponga a S. la pena de seis meses de prisión en suspenso, mínimo legal de la escala del delito por el que fuera condenado.

En sus respuestas, la Fiscalía y la Representante de la Asesoría de Familia, por sus razones, solicitaron se confirme la sentencia venida en impugnación.

Al principio, como anunciara, se registra lo expuesto por las Partes en su totalidad, por lo que en honor a la brevedad, a estas me remito.

Sabido es que los jueces, en razón de lo establecido en los artículos 40 y 41 del CP, tienen amplias facultades para graduar la pena, empero, la legitimidad de las decisiones que adopten está supeditada a la razonabilidad de los motivos que la justifiquen, tanto de la especie de pena, como de su dosificación, todo ello en base a la prueba discutida y contradicha en el debate.

En el presente caso, se aprecia que el Magistrado puntualiza su examen sobre la cuestión punitiva, haciendo una especial referencia a la naturaleza de la acción desplegada por el

condenado, particularmente, en la modalidad comisiva, asunto ya no discutido en el recurso -en tanto la materialidad del hecho se encuentra firme-, donde destaca que además de tocarle las partes íntimas a la niña, le lame la vagina aprovechando el momento de absoluta soledad cuando estaba laborando ocasionalmente en dicho lugar.

Ha sumado también el Juez como agravante, la gran diferencia de edad existente entre víctima y victimario, desproporción etaria que bien analiza para alejarse del mínimo legal previsto en la norma.

El testimonio prestado por la madre de la niña de seis años de edad, resulta ser prueba suficiente para señalar que existió un daño psicológico como remanente del ilícito, pues la misma resulta ser testigo directo del andar diario de la menor, no resultando necesario requerirse prueba pericial independiente, tal como lo exige el Sr. Defensor, estrictamente, para no revictimizar a una nena de tan corta edad con nuevas audiencias intrajudiciales. Lo narrado por la madre, según constancias del debate, demarca con aptitud innegable e incuestionable la afectación que ha padecido su pequeña hija, luego del humillante abuso sexual del que resultara víctima.

En cuanto al segundo punto de agravio traído por la Defensa, y sin perjuicio del apunte de citas doctrinarias que avalarían su petición respecto a la manera de ingresar en la consideración de la pena (por el mínimo legal), cierto es también que no existe pauta legal o reglamentaria que establezca dicha posición como condición forzosa u obligada para que el tribunal discurra sobre la forma de punir. La determinación de la pena está claramente expuesta en los artículos 40 y 41 del CP. De allí surgen palmariamente los parámetros para evaluarla al tiempo de ocurrir la sanción, herramientas legales estas a las que ha acudido correctamente el sentenciante al tiempo de penar, según se observa de las constancias del resolutorio puesto en crisis.

Se advierte además, ello se refleja en la sentencia, que el Juez tuvo en cuenta al tiempo de mensurar la sanción, una perspectiva direccionada a contemplar los intereses de la víctima, amén de las consideraciones propias del injusto y del inculpado, permitiendo otra visión del problema penal, que a mi juicio conforman una correcta, armoniosa y debida argumentación, lógica y legal. (Art. 25 del CPP).

La ausencia de antecedentes penales y el precario nivel de instrucción del imputado, fueron circunstancias también correctamente evaluadas al tiempo de atenuar la sanción, por lo que la pretendida reducción de la pena solicitada por el Profesional, se ha de rechazar.

En conclusión, por la práctica judicial y en razón de la sensatez adoptada por el Magistrado en la resolución, atendiendo la gravedad del delito cometido y la culpabilidad desplegada en el mismo por L. S. O., es que considero justo y razonable la imposición de lapena de dos años de prisión en suspenso, debiendo confirmarse en todos sus términos la sentencia venida en apelación. Así lo voto.

Comparto los honorarios que corresponden imponer por la labor profesional desarrollada por el Sr. Defensor, conforme los estima el colega que ha votado en primer lugar.

Así lo voto.

De conformidad con los votos precedentes, por unanimidad esta Cámara en lo Penal dicta **S E N T E N C I A:**

1)Rechazando la impugnación deducida por la Defensa Pública en representación de L. O. S., de demás circunstancias obrantes en autos;

2)Confirmando íntegramente la sentencia recurrida, dictada por el Dr. Alejandro Rosales en fecha 02/05/2022, registrada bajo N° 329/2022 Ofijud-Rw;

3)Disponiendo el registro, protocolización y notificaciones de estilo, devolviendo estos folios a la Oficina Judicial para la continuidad del proceso en función de lo resuelto.

Alejandro Gustavo Defranco **Roberto Adrián Barrios**

Juez de Cámara **Juez de Cámara**

Se deja constancia que el Dr. Leonardo Marcelo Pitcovsky remitió su voto vía correo electrónico oficial.

Registrada con el Nro.: 93/2022 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

Oscar P. Bastos
Secretario de Cámara