

Tribunal:[Tribunal Superior de Justicia]

Secretaria:[Secretaría Penal]

Sala:[Penal]

Fecha:[ ]

Protocolo Nro:[ ]

Tipo de Resolución:[ ]

Carátula:[**"F. O. J. S/ ABUSO SEXUAL"**]

Expediente Nro:[86-Año 2014]

Sumario:[La Defensa se alza en contra de la sentencia por entender que resulta arbitraria al carecer de fundamentos relativos a la determinación de la pena. En el caso debió evaluarse -a su criterio- imponerle una pena de tres (3) años de prisión y la aplicación del artículo 26 del Código sustantivo.-----

Se declara admisible, desde el plano estrictamente formal, la impugnación extraordinaria deducida.-----

Se rechaza el agravio por evaluar que la sentencia se encuentra debidamente motivada en el punto objeto de embate y ha sido razonable en su mensuración. En cuanto al planteo relativo a la reducción del quantum de la pena, se dijo que la parte no refutó los argumentos utilizados en el decisorio y no fundó, ni explicó de qué modo la decisión incurrió en arbitrariedad. En cuanto al modo en que la defensa pretende que sea cumplida la sanción penal no resulta factible porque el monto punitivo determinado en la sentencia impide que la sanción impuesta sea de ejecución condicional, pues supera el tope que como requisito de procedencia establece dicho instituto (art. 26 del Código Penal a

contrario sensu), lo que exime al Tribunal de analizar la  
viabilidad del mismo.-----]

**ACUERDO N° /2014**: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los **xxx(xx)** días del mes de **xxx** del año dos mil catorce, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores **LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN y ANTONIO G. LABATE**, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, **Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA**, para dictar sentencia en los autos caratulados "**F., O. J. S/ ABUSO SEXUAL (IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA)**" Expte. n° 86, año 2014 del registro de la mencionada Secretaría.

**ANTECEDENTES**: **I.-** Que por sentencia Nro. 100/2014, dictada por la Sala del Tribunal de Impugnación integrada por los Dres. Héctor Guillermo Rimaro, Daniel Varessio y Mario Rodríguez Gómez, se resolvió, en lo que aquí interesa: "**I.- DECLARAR** la admisibilidad formal de la impugnación deducida (arts. 233, 236 y 239 del CPP). **II.- CONFIRMAR** la sentencia N° 21/2013 datada el veinticinco de junio del año dos mil catorce, dictada por la ex Cámara en lo Criminal Segunda con asiento en la ciudad de Neuquén, por la que se condenó a J. O. F. (...) como autor penalmente responsable del delito continuado de Abuso sexual simple, agravado por la calidad de guardador (art. 119 primer y cuarto párrafo, inc. "b" del CP), a la pena de cuatro años de prisión e inhabilitación absoluta por igual término y demás accesorias legales..." (fs. 249/263vta.).

En contra de tal resolución, dedujo impugnación extraordinaria el Dr. Pedro Julio Telleriarte, en su carácter de Defensor oficial del imputado O. J. F. (fs. 267/269).

Por aplicación de lo dispuesto en el art. 245 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas argumentaciones; en este contexto, la causa queda en condiciones de ser resuelta.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dra. Lelia G. Martínez de Corvalán y Dr. Antonio G. Labate.

Cumplido el procedimiento previsto en el art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

**CUESTIONES:** 1°) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) ¿Es procedente la misma?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

**VOTACIÓN:** A la **primera cuestión** la **Dra. LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN** dijo:

a) El escrito fue presentado en término -cfr. fecha de sello de cargo de fs. 269vta.-, por parte legitimada para ello, ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, revistiendo el mismo el carácter de sentencia definitiva, pues pone fin a la causa (arts. 65, 240, 242, primer párrafo, 237 y 248 del C.P.P.N.).

b) Asimismo, la impugnación resulta autosuficiente porque de su lectura se hace posible conocer como se configuran -a juicio del recurrente- los motivos de impugnación extraordinaria aducidos y la solución final que propone.

Por consiguiente, entiendo que corresponde declarar la admisibilidad formal de la Impugnación Extraordinaria presentada por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Pedro Telleriarte.

El **Dr. ANTONIO G. LABATE** dijo:

A la **segunda cuestión** la **Dra. LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN** dijo: **I.-** El letrado funda la vía impugnativa en la causal establecida por el art. 248, inc. 2°, del C.P.P.N., por entender que la sentencia es arbitraria al carecer de fundamentos relativos a la determinación de la pena.

En particular ataca la imposición una condena de efectivo cumplimiento, cuando resultaba -a su criterio- posible una de ejecución condicional y en esa línea argumentativa debió evaluarse -según su visión-, imponerle una pena de tres (3) años de prisión y la aplicación del artículo 26 del Código sustantivo.

Argumentó que ponderar la procedencia de una condena de cumplimiento condicional surge del principio "pro homine" consagrado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Acosta"

Hizo reserva del caso federal. Citó Jurisprudencia que evaluó aplicable al caso.

**II.-** Que en la audiencia, fijada en los términos de los arts. 245 y 249 del C.P.P.N., las partes fundaron sus respectivas posiciones sobre la materia debatida (cfr. acta de audiencia de fs. 277/279).

En esa inteligencia, el Dr. Cancela ratificó el recurso interpuesto y postuló -en prieta síntesis- que si bien es una facultad de los jueces fijar el monto de

la pena, no debe dejarse al arbitrio y a la discrecionalidad de éstos, pues tanto el arbitrio, como la discrecionalidad dependen de que no esté en la ley o que no esté reglado, lo que no sucede con la pena.

Dijo, que se invocó como agravante en este caso, el daño causado y la relación intrafamiliar y que al ser un delito sexual, todos los delitos intrafamiliares tiene una connotación de esa naturaleza, circunstancia que ya se pondera en la culpabilidad.

Alegó que si bien es una facultad hay que explicar el razonamiento para que pueda ser objeto de control y solicitó que se aplique una pena tres años de cumplimiento en suspenso.

A su vez, el Ministerio Público Fiscal se pronunció por la admisibilidad formal de la impugnación. Sin embargo, ya en el campo sustancial, propuso que se rechace el planteo efectuado por la defensa, señaló que se evaluaron en el fallo las circunstancias enmarcadas en los arts. 40 y 41 del Código Penal y que había basamento suficiente incluso para pedir más penalidad, concluyó que los argumentos de la defensa no alcanzan para derribar la sanción y su monto.

**III.-** Pues bien, tal como se expuso en los párrafos anteriores, el agravio introducido reside en la arbitrariedad del fallo por falta de fundamentación en la individualización del monto punitivo asignado, que derivó en el sometimiento a una condena de efectivo cumplimiento, sin que se hayan dado razones que permitan descartar la factibilidad de imponer una sanción menor

que permita la ejecución condicional (art. 26. del Código Penal).

Así planteada la cuestión, el agravio deviene improcedente.

En efecto, es pacífica y reiterada la doctrina que se desprende de diversos precedentes de nuestro cimerio Tribunal en este tema, relativo a que el monto de la pena constituye materia ajena al recurso extraordinario en la medida en que se haya impuesto dentro de los límites mínimos y máximos establecidos por la ley (Fallos: 237:423; 300:1193; 301:676; 302:827; 303:1700; 304:1626; 306:1669; 308:2547; 310:2844; 311:2619; 312:551; 315:807; 315:1699; 317:430; 324:4170; entre muchos otros). Aunque también se ha dicho -tal como lo recuerda la defensa a fs. 268- que "...cabe hacer excepción cuando (...) no se advierte una adecuada fundamentación respecto de tan trascendentes cuestiones, lo cual descalifica al fallo como acto jurisdiccional válido" y "...la mera enunciación genérica de las pautas objetivas y subjetivas que prescriben los arts. 40 y 41 del Código Penal para graduarla, desprovistas de toda relación y ponderación conjunta con los elementos que a tales fines fueron incorporados al juicio, sólo evidencia un fundamento aparente y colocan al pronunciamiento dentro de los estándares de la arbitrariedad de sentencia (Fallos: 315:1658 y 320:1463)" (Fallos: 329:3006).

Obsérvese que el imputado F., fue condenado por el delito continuado de abuso sexual simple agravado por la calidad de guardador (Art. 119 1er. y 4to. párrafo, inc. "b" del Código Penal), por lo que la pena

correspondiente se debe graduar entre el mínimo (3 años), y como tope la pena máxima (10 años), considerando el tribunal de juicio como adecuada la pena de cuatro años de cumplimiento efectivo, de allí, puede concluirse que ha sido fijada dentro de los márgenes establecidos por el Código Penal y sustancialmente más cerca de su mínimo legal que de su máximo.

Se ha manifestado, en posición que comparto, que: *"(...) la escala penal del delito de que se trate establece un parámetro para la individualización de la pena, sólo puede ser fijada teniendo en cuenta cual es el mínimo y cuál es el máximo, pues sólo en esa relación puede continuar reflejando la importancia de la contrariedad al derecho que ha implicado el hecho (...)"* (Cfr. Patricia Ziffer, "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Dirección: David Baigun y E.R. Zaffaroni, Tomo II (comentario a los Arts. 40 y 41), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002, págs. 60/61).

Sentado ello, corresponde adentrarse en la fundamentación del tópico que nos ocupa.

De la lectura del decisorio del Tribunal de Impugnación, en el que se valoró la sentencia de condena se ponderó *"Se advierte, sin mayor esfuerzo, que la Dra. Martini (vocal que se expidiera en segundo término y quien propusiera una sanción significativamente menor a la propiciada por el Dr. Dedominichi, en función del cambio de calificación que sostuvo) dio razones que precedieron a la expresión del quantum de cuatro años y la modalidad de cumplimiento que propuso. Evaluó*



*atenuantes (falta de antecedentes y buen comportamiento procesal) y dos agravantes de significativo valor, pues reparó en el daño moral que los comportamientos delictivos produjeron en la víctima y el impacto del hecho en la trama familiar; esto último evidenciado (y consta en la sentencia) en la desvinculación que la víctima menor de edad tuvo con su madre. Compártese con la Defensa que esas dos agravantes suelen concurrir en situaciones de abuso contra la integridad sexual intrafamiliar, aunque no siempre están presentes. Por ello, cuando lo están, como en el caso que nos ocupa, deben ser materia de mensuración que razonablemente separan el monto punitivo de la mínima expresión posible. Por otra parte, conforme se desprende del acta de la segunda audiencia de debate, el Ministerio Público Fiscal peticionó al finalizar su alegación se imponga una elevada pena (el doble de la finalmente impuesta por la sentencia en crisis), fundando su postura en la forma en que se develó el hecho, en la extensión del daño causado y en que se ha cortado el vínculo entre madre e hija. Repasado lo que consta en la misma pieza procesal acerca de lo que alegó la Defensa sobre ese concreto extremo, la respuesta es nada silencio. (...) Como bien lo señalara la Fiscalía en audiencia del art. 245 del CPP, la fundamentación que entregara la Dra. Martini y a la que adhiriera el Dr. Trincheri, además de real (no aparente) es escueta, pero ello no implica que no supere airoso la exigencia de entrega de mínimas y coherentes razones que avalen lo decidido. Máxime cuando el acto procesal atacado no era fruto de una audiencia previa de cesura,*

*como ahora está instaurado por la vigencia de la ley N° 2784.*" (fs. 260vta./261vta.). Hasta aquí la extensa cita que me permití transcribir.

Como se advierte, el razonamiento encuentra correlato en las circunstancias verificadas en el legajo y si bien el Tribunal de Juicio no abundó en consideraciones respecto de la sanción que finalmente impuso, no alcanza para decir que se mencionaron de modo genérico las pautas mensurativas de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

La motivación del pronunciamiento existió y consideró de peso a la hora de fijar la sanción "la extensión del daño moral y el impacto del hecho en la trama familiar" al cual justificó como el alejamiento de la damnificada con su progenitora a raíz del suceso.

Comparto con el A quo lo relativo a que en los casos como el que nos ocupa, los agravantes mencionados si bien suelen aparecer, deben valorarse y destaco que lo que no resulta corriente y cobra singularidad en el caso, es el distanciamiento en la relación materno filial derivado a consecuencia del suceso, por ello entiendo que debe ser ponderado -sumado al restante agravante- alejando razonablemente la pena a imponer de su mínima expresión.

Por lo demás, no puede desconocerse que el fundamento de la pena aplicada surge de todo el contenido de la sentencia y en un sentido afín se ha expedido la Corte Suprema al decir que "la sentencia es una unidad lógico-jurídica y que tanto su motivación como su parte dispositiva dan validez y fijan los alcances del

pronunciamiento". (Fallos 304:590; 315:1861 y 2291; 316:609; 321:1642, entre otros).

En esa tesitura y con relación al Art. 41 del C.P. se dijo que "...el juez debe tener en cuenta a la hora de imponer la pena tanto al ilícito culpable - ilícito o injusto y culpabilidad son graduables- como la personalidad del agente, al compás de los principios del acto o del hecho, de protección de los bienes jurídicos y de culpabilidad..." y que "...la pena debe graduarse en relación con el daño o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos ocasionados por el injusto. El principio que enunciarnos encuentra antecedentes en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1.789. La necesidad de correlación entre los efectos del delito y la sanción está expresamente prevista en el inciso 1° del artículo 41 del Código Penal, en el que se alude, como un parámetro básico a la extensión del daño y peligro causados. La proporcionalidad de la pena se constituye en un motivo de equilibrio para la reacción represiva del Estado, que insufla racionalidad evitando que se produzca un castigo excesivo allí donde no es estrictamente necesario, para lo que suministra una más sólida referencia la consideración de la perspectiva de la víctima, tradicionalmente postergada frente a la comunitaria o colectiva..." (Abel Fleming; Pablo Lopez Viñals, "Las Penas". Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires, 2.009, págs. 368 y 373).

Al concluir que la sentencia se encuentra debidamente motivada en el punto objeto de embate y ha

sido razonable en su mensuración, el planteo relativo a la reducción del quantum de la pena, no tendrá acogida favorable pues mas allá de lo señalado, la parte no refutó los argumentos utilizados en el decisorio y no fundó, ni explicó de qué modo la decisión incurrió en arbitrariedad, entendida ésta como la descalificación del fallo como acto jurisdiccional válido.

Atento lo hasta aquí expuesto, el modo en que la defensa pretende que sea cumplida la sanción penal no resulta factible simplemente porque el monto punitivo determinado en la sentencia impide que la sanción impuesta sea de ejecución condicional, pues supera el tope que como requisito de procedencia establece dicho instituto (art. 26 del Código Penal a contrario sensu), lo que exime al Tribunal de analizar la viabilidad del mismo.

En efecto los precedentes jurisprudenciales que en su auxilio trae la defensa, distan diametralmente de lo acaecido en el caso y sustentan lo indicado en el párrafo anterior.

Tanto en el antecedente "Squilario" (329:3006) como en "Oyarse" (330:2836) ambos de la C.S.J.N., la mensuración de la pena permitía eventualmente su cumplimiento condicional -los imputados fueron condenados a una pena de prisión de cumplimiento efectivo igual o inferior a tres años- y precisamente en "Squilario" nuestro Máximo Tribunal Nacional postuló que "...si bien los jueces de la mayoría del fallo de casación argumentaron que sólo la aplicación de la condenación condicional debía ser fundada por ser la excepción a la

pena de encierro (art. 26 del Código Penal), no es menos cierto que la opción inversa, en casos donde aquella hipótesis podría ser aplicada, también debe serlo, puesto que de otro modo estaría privando a quien la sufre la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable." (Fallos: 329:3006). (El destacado me pertenece).

Así lo ha entendido también la doctrina al decir "En "Squilario" (...) [la C.S.J.N.] sostuvo que el tribunal debe fundar los motivos por los cuales no aplica una pena de ejecución condicional cuando ello es formalmente admisible por el quantum de prisión fijado en una primera condena." (Leonardo Pitlevnik, "Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Tomo 5 ("Criterios para la individualización de la pena"), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pág. 75).

Es por ello que el Tribunal de Juicio no debió fundar la modalidad en que se cumpliría la sanción impuesta, toda vez que el monto allí establecido -cuatro años de prisión- no admite la procedencia del instituto previsto por el artículo 26 del Código sustantivo.

Creo así haber fundado las razones por las cuales la impugnación extraordinaria debe ser declarada **improcedente**. Mi voto.

El **Dr. ANTONIO G. LABATE** dijo:

A la **tercera cuestión**, la **Dra. LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN**, dijo: Atento la respuesta dada a la cuestión precedente, el tratamiento de la presente, deviene abstracto. Tal es mi voto.

El Dr. ANTONIO G. LABATE dijo:

A la cuarta cuestión, la Dra. LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN, dijo: Con costas al recurrente perdidoso (artículos 268 y 269 del C.P.P.N.). Mi voto.

El Dr. ANTONIO G. LABATE dijo:

De lo que surge del presente Acuerdo,

**SE RESUELVE:** I.- **DECLARAR ADMISIBLE** desde el plano estrictamente formal la impugnación extraordinaria deducida, a fs. 267/269vta., por el señor Defensor Oficial, Dr. Pedro J. Telleriarte; II.- **RECHAZAR** la impugnación antedicha por no verificarse los agravios que allí se exponen; III.- **CON COSTAS** (art. 268 y 269 del C.P.P.N.); IV.- **Regístrese**, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

ANTONIO G. LABATE  
Vocal

GRACIELA M. de CORVALÁN  
Vocal

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA  
Secretario