

En la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los cinco días del mes de mayo de dos mil veinticinco, se reúnen los integrantes de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, integrada por el Dr. Hernán Dal Verme, el Dr. Martín Eduardo Zacchino y la Dra. Carina Paola Estefanía, bajo la presidencia del primero, a fin de dictar sentencia en la **Carpeta Judicial de Lago Puelo nro. 5879** correspondiente a los autos caratulados: **"PROVINCIA DEL CHUBUT c/ Q.F. T."** (Legajo Fiscal N° 3340 LP), seguida contra F.T.Q., titular del D.N.I. ****.*.*.*.***, hijo de V. y C.M, nacido en Zapala, Neuquén, el 23 de enero de 1976.

El 14 de abril próximo pasado se celebró la audiencia a tenor del art. 385 del C.P.P., en la cual participaron el imputado junto con su abogado de confianza el Dr. M.I.L; la Fiscal General Dra. Débora Fernanda Barrionuevo -mediante conexión por sistema Webex-, no encontrándose presente la víctima B.K..

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° párrafo, del Código de Procedimiento Penal), se estableció el siguiente orden de votación: **Estefanía, Zacchino, Dal Verme.**

La Jueza **Carina Paola Estefanía**, dijo:

I.- Llega a conocimiento de esta Cámara la sentencia registrada bajo el N° 2572/2024, dictada el 12 de noviembre de 2024 por la jueza penal Dra. Silvana Cecilia Vélez, en la cual condenó a **F.T.Q.** a cumplir la pena de **NUEVE (9) AÑOS Y SEIS (6) MESES DE PRISION DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO**, más accesorias legales y costas, luego de que un jurado popular dictara veredicto de culpabilidad, tras considerarlo autor penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (art. 45 y 119 tercer párrafo del Código Penal), por el hecho ocurrido el día 22 de octubre de 2021 en la Ciudad de X, Chubut, en perjuicio de B.K..

El hecho que fue consignado en el auto de apertura del juicio oral fue el siguiente: "ocurrido el 22 de octubre de 2021 aproximadamente a la 01:00 a.m. en la vivienda identificada como departamento D 2, complejo cabañas "X",

sito en Ruta Nacional 40 (frente a X, localidad de X, en circunstancias en que la Srta. K. se encontraba acostada en una habitación de la planta alta de la vivienda, F.T.Q., se acostó sobre ella la accedió carnalmente con su pene, por vía vaginal en contra de la voluntad de B.”.

II.- Contra la sentencia mencionada, la Defensa del imputado -que en un primer momento estuvo a cargo del abogado H. R. C.-, interpuso la impugnación ordinaria que motivó la intervención de esta Alzada.

En el escrito recursivo se consignó como único motivo de agravio, la arbitrariedad de la sentencia en cuanto a la determinación judicial de la pena.

Expuso que la Magistrada efectuó una valoración parcializada e inequitativa de las pautas mensurativas, basada en postulados teóricos, y que impuso una pena excesivamente desproporcionada en relación a las escasas agravantes sopesadas en la sentencia.

Tachó de arbitraria la decisión por cuanto no explicitó adecuadamente el peso o magnitud que cada una de esas circunstancias tuvo para sustentar el monto escogido, alejándose infundadamente del mínimo de la escala penal aplicable. Indicó que ello redundó en un obstáculo para el efectivo ejercicio del derecho de defensa, pues restringió la posibilidad de realizar un adecuado control sobre el desarrollo intelectual que llevó a la Jueza a adoptar tal decisión.

Concretamente, cuestionó que el *a quo* valorase el contexto de violencia de género como circunstancia aumentativa del reproche. Reafirmó su postura de que tal modalidad especial de ejercicio de violencia se encuentra “inevitablemente incluida en el tipo penal”, y agregó que el MPF no especificó cuáles fueron las particulares circunstancias del hecho que permitan considerar que la violencia ejercida por el imputado sea enmarcada dentro de la violencia de género.

Adujo que dicha interpretación, al agravar las consecuencias legales con estricto basamento en la condición

de “género” de la víctima, violenta el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Del mismo modo, expuso que el argumento dado por la Jueza al sopesar como agravante la extensión del daño, no fue sustentado en un análisis de la prueba arrojada en la audiencia de cesura, sino tan solo en las manifestaciones efectuadas por la víctima.

Finalmente, hizo reserva del caso federal por entender comprometidas las garantías del debido proceso y el derecho de defensa en juicio (art. 18 CN y ley 48).

Concluyó su petición a esta Alzada, solicitando la revocación de la sentencia impugnada y remisión a primera instancia a los fines de que, con una nueva integración del Tribunal, se realice una nueva cesura de pena.

El Ministerio Público Fiscal, debidamente emplazado, no presentó responde escrito.

Previo a la celebración de la audiencia que prescribe el art. 385 del C.P.P., el imputado designó para su defensa técnica, al Dr. M.I.L., renunciando a su anterior defensor.

El 4 de febrero próximo pasado, esta Cámara convocó a las partes a los fines de llevar a cabo la mencionada audiencia de rito; en esa oportunidad, la defensa asumida por el Dr. L., introdujo dos nuevos motivos de agravio, que no se encontraban incluidos en el escrito impugnativo presentado oportunamente por el Dr. C..

El primer agravio estuvo dirigido a cuestionar la legalidad de la introducción de la prueba identificada con la letra B y como consecuencia de esa ilegalidad, la evidencia o prueba identificada con la letra E, esto es, el allanamiento ordenado en la vivienda del imputado, y luego una pericia genética efectuada sobre una prueba recolectada en el marco de ese procedimiento.

Arguyó que en el debate no se citó a declarar al testigo de actuación que participó del procedimiento, por tanto, la evidencia B no fue válidamente introducida en el juicio. Refirió que ello necesariamente torna nula la evidencia E, esto es, la pericia de ADN que se realizó sobre las manchas

halladas en el colchón que fuera secuestrado en el marco del allanamiento.

Remarcó que si bien su antecesor, el Dr. C., junto con el MPF, efectuaron una convención probatoria respecto de la evidencia E, ello no impide el actual planteo, toda vez que las partes no pueden convenir la legalidad de un acto.

Respecto de la temporalidad del planteo, aseveró que al tratarse de un vicio que acarrea la nulidad absoluta, puede introducirse en cualquier estadio del proceso, e incluso recibir tratamiento de oficio por esta Alzada.

Como segundo agravio, cuestionó la omisión por parte de la Jueza técnica de no instruir al jurado sobre la posibilidad de que su asistido pudiese haber sido penalmente responsable del delito menor que prevé el tipo, en el caso, del art. 119 primer párrafo del C.P.

Precisó que la ley XV nro. 30 -en sus arts. 43 tercer párrafo y 54- pone en cabeza del Juez técnico la obligación de brindar esa instrucción, aun cuando la misma no hubiese sido solicitada por la defensa, toda vez que dicha instrucción es indisponible para las partes.

Adujo que no obstante dichas previsiones, al jurado solo se lo instruyó por dos opciones: culpable del delito de abuso sexual con acceso carnal, o no culpable.

Sostuvo que la omisión no resultó inocua, puesto que, en el caso, ante la escasa producción de prueba tendiente a demostrar el "acceso carnal" (esto es, el relato de la víctima), es razonable suponer que, de haber sido instruido conforme lo señalado, el Jurado podría haber condenado a su asistido por el delito de abuso sexual simple.

Por último, se refirió al agravio relacionado al excesivo monto de pena impuesta, el cual sí había sido introducido en el escrito impugnativo.

Agregó que la Jueza efectuó una valoración parcializada de las circunstancias agravantes y atenuantes, y en especial no contempló, en favor del imputado, su adicción al alcohol, su bajo nivel escolar, la situación de desempleo, su pertenencia a pueblos originarios, y el hecho de haber perdido su vivienda en un incendio en el año 2021.

Rechazó que en el caso operase como agravante la violencia de género, entendiendo que la misma es propia de la violencia sexual abarcada por el tipo penal aplicado. Del mismo modo, cuestionó que la Magistrada haya agravado la pena en virtud de la diferencia de edad entre víctima e imputado.

Concluyó en que, al haber impuesto el monto de nueve años y seis meses de prisión, la Jueza fijó una pena cercana a la mitad de la escala penal, y que de haber meritado las circunstancias atenuantes previamente mencionadas, el reproche debería haber sido cercano al mínimo legal.

Por lo expuesto, solicitó a esta Alzada que revoque la sentencia impugnada y ordene la realización de un nuevo juicio ante un nuevo jurado.

Finalizada su exposición, y advirtiendo los nuevos planteos incorporados por la defensa del imputado, la Dra. Carina Estefanía, quien presidía la audiencia, concedió la palabra al Fiscal General, a fin de que se expida sobre la oportunidad de los mismos, y en su caso, sobre la necesidad de que se le conceda un nuevo plazo para la contestación de los nuevos agravios.

Consecuentemente, el Dr. Nicolás Vasiliev, representando en esa oportunidad al MPF, puso de resalto que los planteos efectuados por el Dr. L. resultan inéditos en relación a aquellos que fueran efectuados oportunamente por escrito por la anterior defensa del Sr. Q.. Trajo a colación la previsión contenida en el art. 385 del C.P.P. en cuanto establece que las partes podrán ampliar la fundamentación o desistir de algunos motivos, pero no podrán introducir otros nuevos. Solicitó, en consecuencia, el rechazo de los agravios, por haber precluido la etapa para introducir los mismos.

No obstante, requirió que, en caso de admitir el tratamiento de los nuevos planteos, concedamos un plazo a la Fiscalía para efectuar el correspondiente responde.

Como corolario de dicha audiencia, esta Cámara resolvió en primer término, rechazar el agravio referente a la supuesta ilegalidad en la incorporación de la evidencia B y E, por entender que no surge una cuestión constitucional y que como la misma Defensa lo referenció, existió al respecto

una convención probatoria en la cual las partes decidieron incorporar dicha evidencia.

En sentido opuesto, se decidió hacer lugar al tratamiento del agravio referente a las instrucciones impartidas al jurado en torno a los delitos aplicables, por advertir que puede haber afectación constitucional. Consecuentemente, se concedió al MPF un plazo de diez días para contestar dicho agravio, y se dio fin a la audiencia, fijando una nueva fecha para reeditar la misma en todos sus términos.

El Ministerio Público Fiscal presentó responde por escrito.

En respuesta al primer agravio, achacó a la Defensa pretender burlar el principio de unicidad que rige la actividad defensiva, puesto que en esta instancia cuestiona la actividad jurisdiccional que fue avalada por su antecesor.

Recordó que las instrucciones impartidas por la Jueza Técnica al jurado fueron previamente convenidas y puestas a consideración de las partes, y que en esa oportunidad el Defensor no planteó la posibilidad de que se instruyera por un delito menor, ni dejó sentada su protesta ante la omisión. De tal modo, sostuvo que precluyó la oportunidad procesal para introducir el reclamo.

Precisó que la Magistrada adecuó las instrucciones sobre la calificación legal, de acuerdo a las teorías del caso de ambas partes. Por tanto, solicitó el rechazo del agravio por improcedente.

En última instancia, respondió a los cuestionamientos frente a la sanción impuesta. Resaltó que el *a quo* valoró correctamente las circunstancias agravantes, en base a la prueba rendida en el debate, en especial, el testimonio de la víctima y de la perito psicóloga.

Concretamente, defendió que la Jueza haya merituado la violencia de género como pauta aumentativa del reproche, y señaló que la Defensa, al afirmar que se trata de una manifestación más de la violencia que abarca el tipo penal, dejó en evidencia su desconocimiento sobre la normativa

internacional, nacional y provincial que rige la materia de violencia de género.

En cuanto a la crítica defensiva dirigida a cuestionar la omisión del a quo de valorar determinadas circunstancias como atenuantes del reproche (el alcoholismo, la falta de instrucción escolar, el desempleo, y el incendio de la vivienda del imputado), puntualizó que la defensa no arrió ningún elemento probatorio a fin de acreditar tales extremos. A lo expuesto sumó que tampoco logró explicar cómo dichas circunstancias, de haber sido valoradas, habrían impactado en la disminución del reproche.

En definitiva, solicitó que se rechacen las pretensiones defensistas.

El 14 de abril próximo pasado se celebró la audiencia que prescribe el art. 385 del C.P.P. en la que participaron el imputado, F.T.Q. junto a su defensor particular M.I.L. acompañado del auxiliar J. F. C., la Fiscal General Débora Barrionuevo -mediante conexión por sistema Webex-, sin presencia de la víctima.

En dicho acto, la Defensa Técnica oralizó los motivos de agravio en consonancia con su anterior presentación y aludiendo al escrito impugnativo presentado oportunamente por el Dr. C..

Por su parte, la representante del MPF en cabeza de la Dra. Débora Barrionuevo reeditó en forma oral los argumentos contenidos en el responde escrito, solicitando el rechazo de la pretensión defensiva y la confirmación de la sentencia impugnada.

A su turno, la defensa hizo uso de su derecho a réplica, dirigida a aclarar que no desconoce la normativa internacional y nacional que rige la materia de género, solo que a su entender, la misma no aplica al caso concreto, toda vez que no quedó acreditado el contexto previo de violencia de género.

Concluida la exposición de las partes, tomó la palabra la Dra. Carina Estefanía, y dirigiéndose a la defensa particular, le solicitó que especifique sobre la

jurisprudencia a la que hizo mención en su exposición, vinculada al primer agravio.

El Dr. L. aclaró que se refirió al precedente caratulado "Pcia. Del Chubut c/ O., L. G.", el cual, si bien no versó sobre hechos similares al ventilado en el presente caso, resulta de importancia toda vez que, en él, la Jueza Técnica habría impartido instrucciones sobre potenciales calificaciones que aplicarían al caso.

Finalmente, previo a dar por concluida la audiencia, el Tribunal consultó al imputado si deseaba hacer manifestaciones, a lo que respondió negativamente.

III.- En virtud de lo antedicho, siguiendo el orden propuesto por el impugnante, paso a dar tratamiento al planteo de nulidad, construido sobre la omisión de incluir los delitos menores en las instrucciones finales que el Juez le impartiera al Jurado Popular, incumpliendo -a criterio de la parte- el artículo 43 de la ley XV Nro. 30.

Señalo al respecto que esta circunstancia no ha sido controvertida por el MPF y, efectivamente, hemos podido corroborar que le asiste razón a la Defensa en cuanto a que los delitos menores incluidos no fueron parte de las instrucciones.

Tampoco ha sido debatido que en aquella ocasión la Defensa Técnica, ejercida por un Defensor Particular distinto al que asumiera la defensa del acusado en las vísperas de la audiencia a tenor del art. 385 del CPP -celebrada ante este Tribunal-, no solicitó su inclusión ni objetó las instrucciones que finalmente se le dieran al Jurado Popular.

Digo más, esta circunstancia fue utilizada por el Dr. L. para justificar la introducción tardía del agravio, pues tampoco integraba el contenido del escrito de impugnación ordinaria interpuesta por el anterior letrado patrocinante, sobre la base de que estábamos en presencia de una nulidad absoluta, en razón de que tal omisión constituía una afectación a una garantía constitucional.

Agregó el impugnante que no son válidos los acuerdos de las partes, ni tampoco los consentimientos de la Defensa Técnica que vulneren derechos y garantías del acusado,

adelantándose a lo que sería -luego- la respuesta del MPF, que requirió el rechazo del agravio señalando que la Defensa había consentido las instrucciones finales que se le impartieran al Jurado.

A esta base cierta y objetiva de la actuación procesal que se revisa, deben adunarse los argumentos que trae la recurrente, para afirmar que, en el caso, la omisión de incluir los delitos menores constituye una flagrante afectación a una garantía constitucional.

Se advierte que la Defensa Técnica se detiene en el aspecto normativo del defecto que señala, afirmando lisa y llanamente que si la ley establece que los delitos menores incluidos deben integrar las instrucciones al Jurado y se demuestra que no lo están, la afectación a la garantía del debido proceso es palmaria y se debe decretar la nulidad del juicio. Alega que no hace falta acreditar ninguna otra circunstancia y afirma que en los hechos esa omisión significó impedirle al Jurado barajar otras opciones y que nunca sabremos cual hubiera sido su decisión, si habría contado con toda la información.

III.a.- La respuesta que habré de dar al impugnante necesariamente debe partir del análisis del art. 43 de la Ley XV Nro. 30, que establece en su último párrafo que el Juez “Les explicará el derecho sustantivo aplicable al caso, el delito principal y los delitos menores incluidos en él, las causas de justificación y análogas, si fueron objeto de debate y las cuestiones atinentes a la valoración de la prueba. Para ello se utilizará un lenguaje claro y sencillo”.

III.b.- Cabe señalar, primeramente, que la norma inobservada no tiene prevista ninguna consecuencia para el caso de incumplimiento.

Ello es indicativo de que no estamos ante un supuesto de nulidad específica, que es un tipo de invalidación procesal que se manifiesta mediante el establecimiento de aquella en la misma, reguladora del acto previsto.

III.c.- En consecuencia, el análisis de la queja defensiva, debe ser efectuado bajo la óptica de las nulidades

genéricas que se encuentran sistematizadas y captan actos que puedan encuadrarse en ellas.

El art. 161 del CPP establece: "No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución de la Nación, en los tratados internacionales de protección de Derechos Humanos, en la Constitución de la Provincia y en este Código. Tampoco podrán ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de las formas, que obstan al ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes del fiscal, salvo que el defecto haya sido convalidado".

De la norma citada se desprende que es necesario verificar si la inobservancia de la ley denunciada por el Defensor, efectivamente produce una afectación a las garantías constitucionales previstas para asegurar un juicio justo al acusado y, en caso de que la respuesta a ese primer interrogante fuera positiva, se debe establecer si se trata de un quebrantamiento de la ley que puede o no ser subsanado.

III.d.-Sabemos que la otra clasificación de las nulidades -además de las genéricas y específicas- es la que las separa entre absolutas y relativas. La diferencia entre estas últimas estriba, por un lado, en el régimen de declaración de la nulidad y, por otro, en la eventual posibilidad de subsanación de la misma.

Las nulidades absolutas deben ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso y no son subsanables; las relativas, por el contrario, sólo podrán ser declaradas durante el proceso previa instancia oportuna. Es decir, las segundas, sólo pueden declararse a pedido de parte dentro de determinados plazos cuyo vencimiento determina la caducidad de la correspondiente facultad y la consiguiente convalidación del acto irregular.

A modo de cierre, también debe recordarse que la admisibilidad de la subsanación del acto nulo como referencia dirimente para la clasificación que analizo, debe

determinarse en el marco del proceso penal inconcluso, puesto que la cosa juzgada subsana, incluso, la nulidad absoluta.

“La única barrera ante la cual se detienen las nulidades absolutas es la cosa juzgada, con las que se concluye y define el procedimiento” (La casación penal, De La Rúa, Fernando, pág. 77).

Por su lado Carlos Creus nos enseña: “es necesario precisar esta relación entre la clasificación de las nulidades procesales relativas y absolutas y la insanabilidad de unas y la sanabilidad de las otras, puesto que toda nulidad procesal es subsanable. La diferencia está en que la sanabilidad se puede operar en el proceso, es decir dentro de él, cuando todavía no se agotó su curso, o ser resultado de la extinción del mismo: la nulidad relativa es subsanable dentro del proceso; la absoluta sólo puede serlo por mediación de la cosa juzgada” (Carlos Creus, Invalidez de los actos procesales penales, 2da. Edición actualizada y ampliada. Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 52).

III.e.- Continuo a lo expuesto, es pertinente dejar sentado que la nulidad procesal penal es la invalidación de los actos procesales cumplidos e ingresados en el proceso sin observarse las exigencias impuestas para su realización por la ley y como condición de validez de los mismos.

En mi criterio, esta es la definición que se ajusta a nuestro Código de Rito. Se puede inferir de lo antedicho que me aparto de la postura que califica a la nulidad como una sanción procesal, sin perjuicio de que una parte de la doctrina afirma que tanto la nulidad, caducidad, preclusión y admisibilidad, son sanciones procesales, es decir “amenazas que se ciernen sobre los actos procesales por el incumplimiento de las formas prescriptas por la ley (inadmisibilidad y nulidad) o porque los poderes jurídicos de los sujetos procesales no han sido ejercidos adecuadamente (caducidad y preclusión)”. (Ayan Manuel, Recurso en materia penal, principios generales, 2° edición, actualizada por G.A. Arocena y F.I. Balcarce, Lerner, Córdoba, 2001. Págs. 124/125)

En el otro lado de la doctrina, Bulygin, con meridiana claridad afirma: "... la sanción y nulidad son dos nociones distintas e irreductibles y todo intento de asimilar la nulidad a la sanción está destinado al fracaso. Más aún, la diferente forma de operar de estos dos conceptos muestra una diferencia esencial entre dos tipos de reglas o normas." (Bulygin, Eugenio, "Sobre las normas de competencia", en Alchourrón, Carlos E.- Bulygin Eugenio, "Análisis lógico y Derecho", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 496)

Por último, el profesor Maier, en esa misma línea de pensamiento, asevera: "El error conceptual que se comete al equiparar la nulidad con la sanción es el de agregarle a las normas potestativas un deber ser que no existe, el cual implica obligación, como si la acción de realizar un testamento válido o una sentencia válida, agregamos, para acercarnos a nuestro ámbito, fuera obligatoria, es decir su contraria cayera en el campo de lo antijurídico. Pero la observación formal tiene una mayor importancia. Sanción es la consecuencia jurídica prevista por las normas de deber para el comportamiento contrario a ellas, esto es consecuencia jurídica del comportamiento antijurídico, de lo ilícito, del entuerto o injusto. La nulidad, al contrario, no es una consecuencia jurídica y menos aún para el comportamiento previsto por las normas potestativas. Contrariamente a ello, la nulidad expresa la inidoneidad de alguna acción para poder alcanzar las consecuencias jurídicas que se propuso el fin del agente". (Maier, Julio, "Función Normativa de la nulidad", obra cit. Págs. 131 y 32).

Todo ello, revela el sentido de nuestro Código Procesal que adopta la postura doctrinaria mediante la cual la nulidad importa la invalidación de los actos procesales penales.

Es, justamente, en función de tal concepción de la ineficacia procesal, la invalidación de la actividad procesal defectuosa y la teoría de los presupuestos de validez de los actos procesales, que nuestro Código Procesal pergeñó un sistema divergente del contenido de los códigos procesales penales de la década del 70.

Mediante este nuevo sistema de nulidades se ha procurado evitar la duración excesiva de la persecución penal. Sin excluir forma esencial alguna del procedimiento, necesaria para proteger a alguno de los intervinientes y, por ende, sin desconocer los vicios que él pudiera contener por actividades de quienes lo dirigen, transforma esos vicios en condiciones de validez de los actos regulados para que puedan cumplir su fin, de modo que advertido quien lo desarrolla, del efecto que puede tener la afirmación de su propia voluntad en contra de la regla procesal, sepa que ese vicio, eventualmente no le permitirá utilizar el acto, conforme a su fin, para decidir en contra de la persona protegida por la regla que establece alguna de las formas esenciales.

Traigo a colación la Exposición de Motivos, de la Ley Provincial Nro. 4566, que contenía un Código de Procedimientos para Chubut -que nunca entró en vigencia, pero que fue la antesala del Código que rige en la actualidad y copia textualmente el sistema de invalidez de los actos jurídicos establecidos en aquel primer intento chubutense por desandar el sistema inquisitivo e instalar el sistema adversarial acusatorio, que finalmente entra en vigencia en el año 2006 con la puesta en vigencia de la Ley XV Nro 9.

En el citado documento se afirma: "Para el texto del Código no existe el incidente de nulidad, como juicio autónomo sobre el acto, ni la invocación del vicio cuando la resolución no le sea adversa aquel en cuya protección exista la regla infringida. La nulidad no será, así, una sanción al acto viciado, que provoque la necesidad de su recuperación, sino, antes bien, un motivo de aclaración de la invalidez de la resolución que utiliza ese acto en disfavor de la persona en cuyo interés existe la protección de la norma".

Es interesante mencionar, que este posicionamiento jurídico en materia de nulidades, asumido por nuestra provincia hace casi dos décadas, se ha ido instalando en la mayoría de las reformas procesales de las provincias y es el que adopta el nuevo Código Procesal Penal Federal. En los fundamentos del Anteproyecto se afirma que se "reemplaza el esquema tradicional de nulidades previstas en el código

nacional, caracterizado por declaraciones". (Texto ordenado aprobado por el Decreto 118/2019, Ley 27.063 con las incorporaciones dispuestas por la Ley 27.272 y las modificaciones introducidas por la Ley 27.482)

Puedo concluir, luego de todo lo expuesto, sin riesgo de equivocarme, que nuestro Código, parte de una concepción de la nulidad procesal diferente de aquella que la considera una sanción que castiga el desapego a las formalidades, que se resume en el entendimiento de la nulidad como la consecuencia que sigue al incumplimiento de los presupuestos de validez del acto.

En términos sencillos, la invalidación que define a la nulidad procesal penal es la declaración jurisdiccional de invalidez de un acto procesal defectuoso. Esta definición estriba en la acción que lleva un órgano jurisdiccional extirpando los efectos jurídicos de un acto procesal irregular y no en la cualidad que adquiere el acto tras esa declaración.

III.f.-Ahora bien, si tenemos en cuenta que toda nulidad entraña la inobservancia de alguno de los requisitos exigibles a los actos procesales en orden a la obtención de su finalidad y que ésta consiste genéricamente, en la preservación de alguna garantía constitucional, particularmente la referente a la inviolabilidad de la defensa en juicio- parece imposible, sin riesgo de disponer una invalidación teórica, detectar una nulidad que no cuente con respaldo en una garantía de ese rango (Palacio Lino E., "A propósito de las llamadas nulidades absolutas en el proceso penal", en LL, T 1997 A, Pág. 281).

Conforme dicha tesitura, es necesario hallar un criterio adicional que permita lograr una diferenciación más potente entre las nulidades absolutas y relativas.

En esa línea, es interesante tomar las enseñanzas de la CSJN en el precedente "Fernández Denis M y otros" en cuanto repara en el grado de intensidad de la ofensa constitucional (CSJN 20/8/1996).

Volviendo al caso de autos, como ya he señalado, el impugnante ha limitado su pretensión, centrando su alegación

en el aspecto normativo sin realizar una mínima referencia a los hechos juzgados, ni a la prueba que se produjo en el juicio. Ello, en el convencimiento que la sola omisión violenta el debido proceso y no es necesario acreditar ninguna otra circunstancia.

En este sentido cabe recordarle a la Defensa del imputado, que el cumplimiento de las formas procesales no es el telos del proceso penal, sino, en cambio, un medio para alcanzar la verdad histórica y la aplicación de la ley penal.

De tal modo que, si el vicio denunciado no ha impedido el cumplimiento de la finalidad del acto, la declaración de nulidad no debe prosperar, imperando la conservación del acto procesal.

Por otra parte, la procedencia de la nulidad encuentra un nuevo límite en el principio de trascendencia, que exige como base de toda declaración de invalidez la existencia de un interés jurídico concreto que deba ser reparado, es decir, "...tornar explícito y plausible el interés en la declaración o el perjuicio concreto al que conduce el defecto del acto para aquel facultado a denunciarlo, cuando solicita la nulidad del acto" (cfr. Maier, Julio B. J.; ob. cit., p. 55).

Así lo ha entendido nuestro Máximo Tribunal de Justicia de la Nación al señalar que "...la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia" (Fallos 295:961; 298:312; 311:1413, entre otros).

En sintonía con ello, el STJ de nuestra provincia ha sostenido ante un planteo de nulidad: "Lo primero que se impone es la verificación del valor e importancia que reviste tal omisión dentro del sistema procesal vigente. ...La nulidad está apareada a la expresa determinación de la norma y, fundamentalmente, al efecto pernicioso del acto sobre concretos derechos de quien o por quien se reclama, ya que no hay nulidades en sólo beneficio de la ley o nulidad por la nulidad misma. El principio de trascendencia, que de eso se trata, importa considerar que no hay correctivo si la

desviación no tiene trascendencia sobre garantías esenciales de la defensa en juicio, ya que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieren surgir de la desviación (ver al respecto STJ Misiones 12-12-2001, expte. 357/ 2000, res. 635 publicado en "Garantías Constitucionales y nulidades procesales- I" Edgardo Donna - Director, Ed. Rubinzal- Culzoni, pág. 569). En el mismo sentido debe exponerse que es deber irrenunciable de quien invoca la nulidad de un acto demostrar que la eventual exclusión habrá de conducir de modo decisivo y eficaz a una solución distinta y que "...de otro modo (la) impugnación carece de justificación que la sustente. Toda nulidad se vincula con la idea de defensa; si el vicio no priva a la parte de su ejercicio ni afecta la garantía en cuestión, la nulidad debe rechazarse." (STJ Santa Cruz, 14-03-2001 "H., V. M. s/ robo calificado por el uso de armas en la obra citada precedentemente tomo II. pág 498) (Voto del ex ministro Jorge Pflieger, en autos "E., P. F. p.s.a Lesiones Graves" - expediente N°20429 - E - Año 2006).

Estas directrices reconocen que la aplicación de la nulidad es una consecuencia de orden excepcional, que debe ceder ante los principios de conservación y trascendencia, en pos de la preservación del proceso frente a cuestiones de mera forma que no impliquen una afectación real de las reglas del debido proceso.

III.g.- El planteo del Defensor, en cuanto alega una inconstitucionalidad de las instrucciones finales no podía ser soslayado, ni minimizado por este o cualquier otro Tribunal, sin que interese en demasía la oportunidad en que lo plantee o los límites de la jurisdicción del Tribunal de la Alzada pues, sí efectivamente le asistiera la razón en punto a que la omisión que denuncia vulnera derechos o garantías constitucionales que protegen al acusado, debiéramos invalidar el acto procesal, incluso oficiosamente.

Digo esto, lo destaco, porque no hay discusión doctrinaria ni jurisprudencial respecto del status de garantía procesal constitucional que poseen las instrucciones

al Jurado Popular. Ello ha sido expresamente reconocido, incluso, por la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso “Taxcet vs. Bélgica”, en virtud de que las instrucciones suplen la falta de motivación del veredicto que emite el Jurado.

En opinión de la CEDH, siempre, y en especial en los juicios llevados adelante ante un Jurado Popular, se debe investigar si el acusado ha podido beneficiarse de garantías suficientes aptas para descartar cualquier riesgo de arbitrariedad y permitirle comprender las razones de su condena.

Como enseña Harfuch, este precedente tiene un singular valor por provenir de Europa continental que comparte con nuestro país la misma cultura judicial de carácter inquisitorial. En el *common law* no es tan sencillo encontrar precedentes referentes al rol de las instrucciones. Ello, porque el veredicto nunca constituyó un mínimo obstáculo para que el imputado conociera porque lo condenaron o absolvieron y para que pudiera cuestionar ampliamente los hechos y el derecho de una sentencia de condena (El Veredicto del Jurado, Andrés Harfuch, pág. 391, Ed. Ad Hoc).

Las instrucciones son, en definitiva, el complemento del veredicto y son las que aseguran al condenado todas las posibilidades recursivas que exigen los pactos internacionales de los derechos humanos.

Hendler ha destacado la trascendencia de la relación entre las instrucciones y el veredicto: “En definitiva, que los jurados no tengan que dar razones de su convicción no significa que sus veredictos sean puramente discrecionales o arbitrarios. La correlación entre las indicaciones impartidas y el veredicto se muestran como la de una premisa y su conclusión y tiene el claro sentido de expresión de fundamentos que adelanta una primera respuesta al interrogante que nos ocupa” (Jueces y jurados ¿una relación conflictiva? En AA.VV., Juicio por Jurados en el proceso penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000 p. 18).

Y en aquellos países como la Argentina, en donde las instrucciones tienen prohibido cualquier referencia a los

hechos o interrogantes facticos, es decir no contienen las razones de hecho, sino sólo la fundamentación legal en el derecho aplicable, hay que acudir -además- a la acusación pública, que es el otro dispositivo fundamental para que el condenado conozca las razones de hecho de su condena. Esto también ha sido reconocido por la CEDH, en el año 2011, al ampliar su doctrina legal establecida en el caso contra Bélgica -ya referenciado- con el dictado de la sentencia en el caso "Judge vs.UK" (Apartado 37)

En conclusión, el contenido de las instrucciones, con más el Acusación Pública, deben permitir al acusado hallar perfectamente todas las razones de hecho y de derecho de su condena.

Por otro lado, tampoco puedo rehuir el planteo de la Defensa en tanto y en cuanto vino apareado a una invitación para que la Cámara declare la nulidad de oficio, en el entendimiento que es una facultad que se deriva del ejercicio de la jurisdicción amplia que tiene este Tribunal de Alzada como consecuencia directa de la competencia exclusiva para garantizar el doble conforme.

He sostenido inveteradamente que ello no implica que el Tribunal deba suplir las omisiones de la parte recurrente, en este caso la total falta de referencias a los hechos y a la prueba, de la relación entre la omisión de incluir los delitos menores en las instrucciones finales y la lesión a la garantía del debido proceso y, por último, de la descripción de cuál ha sido el perjuicio concreto.

Sin perjuicio de ello, en atención a lo novedoso del planteo y, consciente de los cambios que ha traído el nuevo sistema de enjuiciamiento por Jurados Populares, es atinado no afincar la respuesta en lo antedicho y verificar, si de los hechos y la prueba se derivaba la necesidad de incluir los delitos menores, asegurando de ese modo la real inexistencia de una violación al debido proceso.

Veamos.

III. g.-La Fiscalía acusó a Q. por el hecho "ocurrido el 22 de octubre de 2021 aproximadamente a la 01:00 a.m. en la vivienda identificada como departamento X *, complejo cabañas

"X", sito en Ruta Nacional 40 (frente a X), localidad de X, en circunstancias en que la Srta. K. se encontraba acostada en una habitación de la planta alta de la vivienda, F.T.Q., se acostó sobre ella la accedió carnalmente con su pene, por vía vaginal en contra de la voluntad de B."

Sobre la base fáctica la única prueba directa, es la declaración de la víctima, quien relató en el debate que ese día se había dormido tipo ocho o nueve de la noche y todavía era temprano cuando se despertó para girarse hacia lo que vendría a ser la cabecera de la cama. Se giró, se quedó nuevamente dormida y despertó cuando Q. le estaba tocando la frente y preguntándole si estaba enferma o que le pasaba.

Respondiendo preguntas de la Fiscalía la joven recordó que estaba vestida, tenía un pantalón similar a los de pijama todo cuadriculado y una remera y que estaba con el periodo.

Seguidamente B.K. dijo que lo que más patente que recuerda es el dolor en la vagina. Explicó que estaba acostada boca abajo y que el acusado la giró, le bajó el pantalón y la ropa interior. Se colocó por encima de ella, frotó su miembro sobre la vagina y luego se lo introdujo con fuerza.

Agregó que le pidió que pare y que al mismo tiempo se escuchó el llamado de R., y fue entonces cuando dejó de abusarla.

Sobre este aspecto central de los hechos denunciados no hubo otra prueba directa, pero la credibilidad del testimonio de la víctima se construye sin dificultad al entrelazar todas las declaraciones de testigos y peritos que confirman la coherencia interna y externa de su relato.

En lo demás, no puede soslayarse que el Jurado Popular tuvo por probada la culpabilidad del acusado, de lo que se infiere que le confirió credibilidad al testimonio de la víctima y que nada ha dicho la Defensa sobre este aspecto.

III.h.- Es oportuno insistir en la importancia de la Teoría del Caso de las partes durante el proceso, que se concreta en el debate e impacta de modo directo en la litigación de cada testimonio, cualquiera sea la calidad del testigo.

En esta causa, la parte impugnante negaba la materialidad del hecho investigado y consecuente con ello, la autoría del acusado.

En esa línea, la Defensa cuestionó la capacidad y potencia probatoria de los dichos de la víctima en todos sus aspectos y sostuvo, ante el Jurado Popular que el cuadro cargoso no era suficiente para alcanzar la certeza que requiere la condena.

Sin embargo, no presentó ni construyó una hipótesis subsidiaria, respecto de la calificación legal, en el sentido de que aun cuando se tuviera por cierta la versión de la víctima -que ha sido la piedra angular del caso del MPF-, los hechos por ella denunciados no eran constitutivos del delito de abuso sexual con acceso carnal, sino de un delito menor incluido, que -a modo de ejemplo- podría haber sido una tentativa de abuso sexual con acceso carnal o un abuso sexual simple, para lo cual tenía que objetar, concretamente, que no se había acreditado la penetración.

Se advierte de los audios del juicio que la litigación de la Defensa, fue coherente con su pretensión y en ningún momento, dirigió su interrogatorio con la intencionalidad de poner en crisis la penetración, que es un requisito del tipo penal por el que Q. había sido acusado.

Relacionado con ello, se comprende por qué la recurrente no solicitó se incluyan los delitos menores incluidos en las instrucciones finales y frente a la condena, tampoco esa omisión fue materia de agravio en su impugnación ordinaria, en la que solamente se queja del quantum de la pena.

Este posicionamiento de la parte que impugna, lejos está de constituir una defensa ineficaz o ineficiente, pues analizado todo el cuadro probatorio, no había ningún elemento para atacar parcialmente el testimonio de la víctima, en punto a la descripción del ataque sexual, que incluía la penetración del pene en la vagina.

Además, como ya he dicho, explica la actuación de la Defensa, es decir porque motivos no propuso la inclusión de los delitos menores, pero al mismo tiempo, permite deducir

las razones del Juez de no incluirlos de oficio, ante la falta de requerimiento de las partes.

Y, aquí, es necesario detenerse, pues si bien es cierto la norma dice que el Juez debe incluirlos, su omisión, cuando de la prueba no surge posibilidad alguna de que el Jurado Popular dictaría un veredicto condenatorio por una figura menor que ni siquiera ha sido pretendida por la defensa, no atenta contra ninguna garantía constitucional.

III.i.-Un paréntesis.

En un juicio profesional, el Juez está habilitado a tipificar los hechos de manera distinta a las propuestas por las partes.

Se trata de una facultad excepcional, que está específicamente prevista en el art.332 del CPP, que establece "La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho imputado con sus circunstancias y elementos descriptos en la acusación y en el auto de apertura o, en su caso, en la ampliación de la acusación. En la condena, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella indicada en la acusación o en el auto de apertura o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia; pero el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal más grave que el invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura, si previamente no fue advertido de la modificación posible del significado jurídico de la imputación, conforme al Artículo 322, IV párrafo. Esta regla comprende también a los preceptos que se refieren sólo a la pena y a las medidas de seguridad y corrección y se aplica, asimismo, a los casos en los cuales la variación de la calificación jurídica implique, aun por aplicación de un precepto penal más leve, la imposibilidad de haber resistido esa imputación en el debate.

En un Juicio por Jurados rige el artículo 54 de la Ley XV Nro. 30. En el mismo se establece "El jurado podrá declarar al acusado culpable de la comisión de cualquier delito inferior necesariamente comprendido en el delito

principal que se le imputa, bajo las instrucciones impartidas por el juez”.

No hay ninguna razón para que el Jurado Popular tenga menos jurisdicción o poder que el Juez técnico.

Por el contrario, ya veremos que su incuestionada legitimidad le otorga un poder para decidir, que nunca lo tendría un Juez profesional.

Sostiene Andrés Harfuch en referencia a las facultades del Jurado: “El *iura novit curia* no está confinado exclusivamente en el juez profesional. Los jurados también son jueces y lo ejercen para llevar justicia al caso concreto con sus veredictos. Esto hace a la esencia del juicio por jurados: los jurados, que son tan jueces como el juez profesional, pueden aplicar calificaciones menores a los hechos imputados por la acusación. Así como el juez profesional de ordinario le aplica, a veces, a los hechos imputados por el acusador una calificación legal distinta, el jurado también lo puede hacer. Sólo que deberá ser informado obligatoriamente por el Juez en las instrucciones sobre la ley potencialmente aplicable, que es lo que se llaman los delitos menores incluidos. Esto, y no otra cosa, es el *iura novit curia* (“el tribunal conoce el derecho”)”.

Continúa el autor citado: “Los jueces profesionales conservan y ejercen asiduamente el *iuris novit curia*. Es decir, la facultad judicial de apartarse en la sentencia de la calificación jurídica propuesta por la acusación y de condenar por un delito menor incluido en la figura principal, siempre, claro está, que se trate del mismo hecho histórico imputado. Los jueces no necesitan pedido alguno de parte para ejercer tal poder. Sin embargo, la mecánica para ejercer el *iura novit curia* cuando el juicio sea por jurados supone un procedimiento distinto. Un juez profesional está plenamente consciente de las facultades que le otorga el *iura novit curia*, dado que él es abogado y conoce el derecho a la perfección. De hecho, el juez estatal hace de la aplicación de la ley su profesión. Es su único trabajo y lo conoce muy bien. Realiza juicios y dicta sentencias cotidianamente. A ese juez permanente no hay necesidad de explicarle nada

acerca del derecho aplicable. Pero cuando el juicio es por jurados, la cuestión cambia por propia lógica. El jurado popular, que es un juez accidental, también goza de las mismas atribuciones del iura novit curia del profesional y puede rendir un veredicto de culpabilidad por un delito menor incluido en el delito principal imputado por la acusación o a propuesta de la defensa. Por algo es que todas las leyes de jurado del mundo le imponen al juez que imparta instrucciones al jurado sobre “el derecho aplicable al caso”. Como el jurado es un juez lego y accidental, necesita entonces que el juez le explique no solo el delito principal por el que acusa la fiscalía, sino también los delitos menores incluidos en ella como si fuera él mismo quien lo pudiera aplicar de juzgar por sí sólo” (El veredicto del jurado, obra cit. Pág. 274/5).

Es muy interesante analizar en la jurisprudencia del common law las motivaciones por las cuales se estableció la obligación de incluir los delitos menores en las instrucciones finales; que con lleva la decisión de aceptar que el Jurado Popular tiene el poder y la jurisdicción de condenar por un delito menor al que fuera acusado.

Carl Mittermaier explica en detalle, las razones históricas por las cuales, en Inglaterra, “si los hechos que sirven de base a la acusación y que se consideran establecidos en el debate le parecen, al jurado, constituir un delito menos grave del que se articuló en el acta de acusación, podrá declarar al acusado culpable del delito menos grave. Al tiempo, pronunciará un veredicto de no culpabilidad en razón del delito más grave. Alcanza para esto con que los hechos sobre los cuales basó el veredicto de culpabilidad estuvieran virtualmente comprendidos en la acusación y el debate haya tratado sobre ellos”.

“Entonces, todo depende únicamente de la apreciación jurídica de los hechos que resulten del debate. Alcanza con que el delito o falta en razón del cual el jurado quiera pronunciar el veredicto de culpabilidad no tenga una pena más severa que la del veredicto objeto de la acusación. Suele ocurrir que el acta de acusación sea concebida de manera tal

que ya comprenda expresamente el delito menor incluido. Sin embargo, a veces no se permite. Además, esto no es necesario en los casos en los que la práctica judicial y algunos estatutos reconocieron al jurado el poder de apreciar la causa en su totalidad, tal como resulta de los debates, y de emitir su veredicto bajo las condiciones señaladas más arriba".

"Este poder se desarrolló imperceptiblemente, y en un principio, se usó solamente en las acusaciones de asesinato. La repugnancia del jurado en aplicar la pena de muerte a esos casos y la gran incertidumbre que reinaba sobre si había asesinato u homicidio simple en el caso llevaban al jurado a preferir, ante la duda, adoptar a la incriminación menos grave".

"Lo mismo ocurrió con el infanticidio, cuando el jurado absolvía por este delito declaraba la culpabilidad por ocultamiento de embarazo y parto. Un nuevo estatuto reconoció el derecho del jurado en caso de acusación por golpes y lesiones graves con premeditación y emboscada, de declarar al acusado simplemente culpable de lesiones ordinarias. En la acusación de violación, también se reconoció que el jurado puede absolver por ese delito y declarar culpable de lesiones con violencia".

"Solo recientemente, se consagró en un estatuto de manera definitiva el uso que había prevalecido cada vez más en la práctica judicial. Se trata de la facultad del jurado de absolver por el delito objeto de la acusación y de pronunciar un veredicto de culpabilidad en razón de otro menos grave".

"En América del Norte, fue plasmada en el Código de Livingston. Allí se autorizaba al jurado, cuando la acusación versa sobre un hecho que entra en la incriminación general de homicidio, como por ejemplo el asesinato a declarar al acusado solamente por lesiones con la intención de dar muerte o en caso de robo agravado, declararlo culpable de robo simple" ("Tratado de procedimiento criminal en Inglaterra, Escocia y América del Norte, Carl Mittermaier, Ad Hoc, 11, pág. 509 y ss).

En síntesis, la inserción de los delitos menores incluidos en las instrucciones, tuvo su auge con la Revolución Francesa y la implantación del Jurado en la Europa Continental a partir de absoluciones escandalosas producto de la extrema dureza del derecho penal de fondo y la falta de alternativas. En Inglaterra pasaba algo similar con el Bloody Code (Código Sangriento). Las penas eran durísimas – en un gran porcentaje la muerte– y, ante eso, los jurados no condenaban.

Sin duda, es la historia misma la que da cuenta que “cuando al Jurado se lo confrontó con un escenario esquemático o inflexible de “todo o nada”, (prisión perpetua o absolución) decretaban la absolución; pero no porque creyera que el imputado era inocente, sino porque la postura de máxima del fiscal le parecía una enormidad (lo mismo que la pena establecida por el Legislativo) y, antes que penar a un culpable a una pena exorbitante, preferían absolverlo. Si le hubieran propuesto un escenario intermedio – no solo válido desde el punto de vista jurídico –legal, sino obligatorio por imperio de los arts. 118 y 24 de la CN– las decisiones hubiesen sido muy distintas”.

“En ese mismo caso, un juez profesional no absolvería quizás al acusado, pero lo condenaría por un delito menor incluido a una pena mucho más leve. Pero si al jurado popular no se lo informa debidamente que cuenta con la misma facultad que un juez profesional y no se le explican las herramientas procesales del veredicto para materializarlo, muchos litigantes perderán sus casos y, lo que es peor, caerán injustamente las críticas contra el jurado por defectos que son atribuibles exclusivamente al esquematismo y a la falta de practicidad de los litigantes y los jueces permanentes.” (Andrés Harfuch, obr. Cit. Pág. 275).

Lo hasta aquí expuesto informa de lo acertado del art. 43 de la Ley de Juicios por Jurados de nuestra provincia, en cuanto prevé la inclusión de los delitos menores en las instrucciones. Es que, si el Juez técnico está expresamente autorizado a ejercer esa facultad, mucho más habilitado se encuentra el Jurado, pues desde el punto de vista

constitucional, para toda la doctrina legal del common law, el único cuerpo u organismo autorizado constitucionalmente para determinar los hechos con arreglo al derecho que le explico el juez en las instrucciones es el jurado popular en su veredicto.

Incluso, cuando el juez no recibe pedido alguno de las partes y los delitos menores están mínimamente justificados por la prueba presentada en el debate, el Juez deberá instruir de oficio al Jurado Popular sobre esas alternativas. Si no lo hace, toda la jurisprudencia del common law, ha señalado que está violando la Constitución y la garantía del Juicio por Jurados y del debido proceso legal.

En definitiva, los jueces no sólo están facultados sino están obligados a hacerlo y ello no puede ser visto como una quiebra del principio acusatorio, sino como la obligación del Juez de velar por la preservación del derecho constitucional. De otra manera se recortaría de modo inconstitucional la jurisdicción del Jurado Popular sobre el derecho del caso.

Cuando por cualquier motivo se priva al Jurado de propuestas alternativas por delitos menores para una correcta determinación de los hechos *según las pruebas y su sentido de justicia*, ello constituye una usurpación de sus funciones constitucionales en favor del Estado (Juez Permanente). Altera la división del poder de juzgar y el reparto constitucional de competencias entre el Jurado y Juez.

Aquí, pongo de resalto, porque esta es la respuesta al núcleo de la pretensión de la defensa, que la afectación constitucional se produce cuando "la prueba del caso justifica" la inclusión de los delitos menores y se omite hacerlo.

Tal como ha quedado precisado más arriba, en el caso, no surgía de la prueba, ni mínimamente la posibilidad que el jurado condenara por un delito menor.

Tampoco, estamos ante un caso de penas absolutas, que son aquellos, en los que el veredicto del Jurado Popular podría no coincidir con el del Juez técnico y fallar diferente, aplicando la justicia del sentido común, que

significa que en algunas situaciones la aplicación estricta de las normas legales podría llevar a un resultado inapropiado.

En aquellos supuestos en los que se presentan circunstancias que hacen de la condena un resultado indeseado, el Jurado podría, a diferencia del Juez profesional, aplicar el sentido común de una manera que se desvía de los estrictos requisitos legales. Sin embargo, los jueces siempre están obligados a cumplir con la ley, adondequiera que esto los conduzca.

En conclusión, no se presentan en el caso ninguna de las dos situaciones referenciadas -que los hechos y la prueba indiquen la posibilidad de ser típicos de una figura penal menor a la principal o, que se hubieran acreditado circunstancias excepcionales que indiquen que la pena que se deriva del delito sea injusta- que hubieran permitido, siquiera, representarse la posibilidad, aunque sea ínfima, de que el Jurado, de habersele instruido de los delitos menores, lo hubiera condenado por el delito menor.

En consecuencia, bien podría resolver contrariamente a lo pretendido por el Defensor, señalando que para declarar la invalidez de las instrucciones no alcanza con demostrar, solamente, que se omitió incluir los delitos menores y que ello, no contiene en sí mismo, una vulneración de una garantía constitucional y en consecuencia rechazar el planteo por esa sola circunstancia.

Sin embargo, conforme todo lo expuesto, en especial la relevancia constitucional de las instrucciones y la imposición que especialmente prevé el art. 43 del CPP que estas incluyan los delitos menores incluidos, no corresponde hacer lugar al planteo, por haberse verificado, además, que no se demostró ningún perjuicio y ninguna circunstancia de la cual se pueda inferir que el Jurado Popular de contar con esa información, hubiera resuelto de un modo diferente al que lo hizo.

En este sentido, no comparto la posición de la mayoría, en tanto considero que la apelación o impugnación ordinaria está sujeta a un doble examen el de admisibilidad y el de

fundabilidad. El primero está destinado a verificar la concurrencia de los requisitos de admisibilidad. Queda claro, entonces, que el juicio de admisibilidad es previo al de fundabilidad y que la ausencia de cualesquiera de los recaudos de aquella naturaleza, exime al órgano de apelación de emitir opinión sobre el mérito del asunto. En otras palabras, la admisibilidad se antepone al fundamento, de ahí que si el tribunal declara la inadmisibilidad no debe considerarse el fundamento.

En el caso, el rechazo del agravio no tiene relación con la oportunidad procesal en que fue introducido, sino porque no se verificaron las razones expuestas por el Defensor, en tanto no se acreditó una afectación a garantía constitucional alguna.

La idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de modo que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro y, tan delicado equilibrio se malogra cuando la facultad de anular actos procesales excede la finalidad que ésta protege, lo que se manifiesta evidente en aquellos casos en que su ejercicio resulta innecesario para preservar la garantía de defensa en juicio, lo que puede tornar estéril, en la práctica, la persecución penal de los delitos (Fallos: 311:652; 323:929; 325:524; 334:1002; 339:480 CSJN).

Por último, insisto con lo ya dicho en la causa "S.", en la que en un obiter dictum dejé sentada mi postura en favor de cumplir con la manda del art. 43 del CPP y evitar, de ese modo, planteos como el que realizara la Defensa en esta causa, que podrían en algún caso producir la nulidad del juicio con las implicancias que tiene para las partes y para la sociedad en su conjunto.

Es necesario confiar en la institución del Jurado y facilitarle toda la información, sin temor a la decisión final que adopte.

Interesa la elocuente respuesta que el propio Carl Mittermaier de dos preguntas relacionadas con la razón de la confianza de la sociedad a los veredictos del jurado y la desconfianza con las sentencias de los jueces estatales.

Sostuvo entonces "Pero a su vez los jurados, por la naturaleza misma de su institución, por su completa

independencia, y también por esa viva simpatía que es preciso suponer siempre en ellos en favor del acusado; los jurados, repetimos, suministran garantías políticas imposibles de encontrar en los jueces regulares. ... Un tribunal de jueces regulares no puede ofrecer jamás las dos garantías tan esenciales que conquistan la confianza al jurado, a saber, el número de individuos llamados a sentenciar, y el derecho de recusación tan lato que compete al acusado y hace que los jurados aparezcan cómo jueces, o mejor aún, como árbitros, cuyas decisiones acepta libremente" (Obra cit. Pág.645/6).

IV.- Con relación al segundo agravio que ha desarrollado el Defensor, solicitando la reducción del monto de la pena, observo en la sentencia, que la Jueza coincidió con el MPF que la pena debía agravarse porque se trataba de un hecho constitutivo de violencia de género, por la vulnerabilidad de la víctima y la asimetría entre el acusado y la víctima.

La magistrada explicó las razones por las cuales los hechos de violencia sexual contra las mujeres son una forma de la violencia de género y que ello agravaba la conducta del imputado; también se refirió a la asimetría entre victimario y víctima (45 y 21 años respectivamente); que a víctima vivía en la casa del acusado y que este sabía que estaba peleada y distanciada de su madre y abuelo y no tenía otro lugar donde residir.

Asimismo, tuvo en cuenta, para aumentar la pena, que la víctima estaba dormida y boca abajo, era de noche y la esposa no se encontraba en el domicilio.

Por último, sopesó en contra del acusado que después del hecho fue la esposa del acusado la llevó a la casa de su hermana a la localidad de El Bolsón, como consecuencia de la violencia sexual sufrida por B. y que estaba sin celular, considerando que esa circunstancia influyó para que la víctima se demorara en radicar la denuncia.

Concluyó que en consecuencia el querer quitarse la vida, abandonar su lugar y el aislamiento posterior son factores que necesariamente deben contemplarse para meritar como agravantes.

Para responder a la recurrente, adelanto que no advierto error en la sentencia, que se funda en la prueba producida durante el juicio, que en punto a la responsabilidad penal no había sido objeto de impugnación.

No se advierte que estemos ante un supuesto de sentencia arbitraria, no sólo porque la misma contiene los fundamentos, que contrariamente a lo afirmado por el defensor no son simples frases dogmáticas, sino que refieren a cuestiones concretas debatidas en la causa, relacionadas con el tema a decidir: la pena a imponer al acusado por los hechos que el Jurado Popular tuvo por acreditados.

Entiendo que son correctas las agravantes basadas en la asimetría entre acusado y víctima, que surge evidente de la diferencia de edad entre ambos; la mayor vulnerabilidad de la joven en razón de estar viviendo en la casa del acusado, cumpliendo en dicho lugar con las tareas propias de una niñera y que su estadía en ese domicilio estaba condicionada por el distanciamiento que tenía con la madre y el abuelo.

Además, coincidiré con la sentenciante que el abuso sexual cometido contra una mujer es constitutivo de violencia de género. Sobre ello, me he manifestado en diversos antecedentes, entre los cuales se encuentra "N.", "S.", "M.", entre otros y a lo expuesto en dichos precedentes me remito.

En aquellas ocasiones, señalé -sintéticamente- que se trata de una forma de violencia que puede ser medida, como cualquier otra y según sea su intensidad, impactará en más o en menos en la pena. En el caso, la violencia sexual, fue ejercida por un varón, mayor de edad, propietario de la vivienda y que era el patrón de la víctima.

También ha sido acertada la mensuración del daño causado, pues se demostró en juicio la afectación psicológica que el hecho investigado ha producido en la víctima, al extremo de tener ideas suicidas, que, en palabras de la joven, daban cuenta que quería terminar con su vida

El desarraigo, otra grave consecuencia del abuso, significó que la víctima abandonara todo su entorno, con lo que ello conlleva. En el caso, se demostró que la joven se fue del lugar, por sentirse señalada por la comunidad y por

el impacto que le producía encontrarse con el acusado y su familia.

Conforme ello, no verifico que los agravantes se basen en circunstancias no probadas y su impacto, ha de ser importante, por la potencia dañina que tuvo cada uno de ellos en la vida de la víctima.

Respecto de los atenuantes, la Jueza consideró la ausencia de antecedentes penales y no hubo por parte de la Defensa la alegación de otras circunstancias que pudieran reducir la responsabilidad penal del acusado.

En consecuencia, mal puede la Jueza de grado aplicar atenuantes, tales como el alcoholismo, la falta de instrucción y la pertenencia a pueblos originarios, que no fueron siquiera mencionados y que son presentados -por primera vez- en esta instancia procesal, los que, además, no han sido acreditados.

Por último, en virtud de la queja del Defensor, en cuanto a que los agravantes no tienen la trascendencia para establecer una pena que supera en más de un cincuenta por ciento el mínimo de la escala del delito por el que se lo condenara, habré de señalar que ello debe ser respondido con sustento en el principio de proporcionalidad de la pena, que se lo conoce como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia.

En síntesis, este principio que compara dos magnitudes: medio y fin, entendido en sentido amplio, exige que las medidas restrictivas de derechos se encuentren previstas en la ley y que sean necesarias para alcanzar los fines legítimos. Su utilidad, se materializa en tanto es apropiado, para reducir la facultad discrecional de la judicatura, al momento sopesar los agravantes y atenuantes teniendo en miras el fin resocializador de la pena y la obligación de seleccionar el medio idóneo y necesario para lograr ese objetivo.

Así las cosas, la mayor relevancia de los agravantes ya referenciados frente al única atenuante estriba en que todas aquellas circunstancias que colocaban a la joven en una

situación de mayor vulnerabilidad, se traduce -en los hechos- en una mayor imposibilidad de la víctima de repeler el ataque sexual y, como contracara, en un actuar sobre seguro del acusado. También se traduce en una mayor necesidad de un tratamiento penitenciario del señor Q., con el único objeto de lograr la resocialización del acusado, para lo cual es necesario logre internalizar las normas básicas de la convivencia, como lo son el respeto de la sexualidad de las personas, que constituye uno de los bienes jurídicos más protegidos por la sociedad en su conjunto.

En definitiva, no es posible receptar favorablemente los embates de la Defensa contra la sentencia, razón por la cual, debe confirmarse en todos sus términos y condenarse a F.T.Q. a cumplir la pena de NUEVE (9) AÑOS Y SEIS (6) MESES DE PRISION DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO, más accesorias legales y costas, luego de que un jurado popular dictara veredicto de culpabilidad, tras considerarlo autor penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (art. 45 y 119 tercer párrafo del Código Penal), por el hecho ocurrido el día 22 de octubre de 2021 en la Ciudad de X, Chubut, en perjuicio de B. K..

V.- Por último, con relación a los honorarios de los Defensores Particulares, Dr. H. C. y Dr. I. L., en atención a la labor realizada en esta instancia y al resultado obtenido, deben fijarse, individualmente, en un 20% de los regulados en el punto IV) de la sentencia impugnada (arts. 5, 6 bis, 7, 9, 44, 45 y cc. de la Ley XIII N°4, modificada por Ley XIII N° 15; y arts. 239, ss. y cc. del CPP).

Así voto.

El juez **Martín Eduardo Zacchino**, dijo:

I.-

La magistrada que lidera el acuerdo, ha reseñado detalladamente el caso traído a decidir, por lo que daré aquí por reproducidos sus términos en honor a la brevedad. Pasaré entonces, seguidamente, a dar tratamiento a las cuestiones planteadas por la Defensa, no sin antes dejar aclarado que el primer motivo de agravio que se vinculó con la arbitrariedad

en la dosificación de la pena impuesta, será analizado en segundo término, luego de abordar la proposición que hiciera la defensa -ejercida ahora y ante esta Alzada por el Dr. M. L.- respecto a un nuevo motivo de agravio que no había sido introducido en el momento procesal oportuno.

II.-

a.- Del agravio vinculado a la omisión de instruir al jurado popular acerca de un delito menor incluido en el delito principal.

Tal y como llevo dicho, el defensor técnico de F. Q. plasmó oralmente ante esta Alzada que el tribunal de juicio, al momento de brindar las instrucciones finales al jurado popular, omitió cumplir con la obligación de incluir en ellas un posible delito menor (abuso sexual simple, art. 119 primer párrafo del Código Penal), siendo que estaba obligado a ello. Lo sostuvo insistiendo que la Ley XV n° 30 -en sus arts. 43, tercer párrafo, y 54- pone en cabeza del Juez técnico la obligación de brindar esa instrucción, aun cuando la misma no hubiese sido solicitada por la defensa, toda vez que dicha instrucción es indisponible para las partes.

Señaló que en el presente caso sólo se instruyó al jurado por dos opciones posibles de veredicto: culpable del delito de abuso sexual con acceso carnal, o no culpable, situación que, frente a la escasa producción de prueba tendiente a demostrar el acceso carnal (esto es, el relato de la víctima), permite razonablemente suponer que, de haber sido instruido conforme lo señalado, el Jurado podría haber condenado a su asistido por el delito de abuso sexual simple.

Va de suyo que el Defensor, reconociendo que su planteo no era temporáneo, explicó que este Tribunal de todos modos debía asumirlo en virtud de ser una cuestión que puede tratarse oficiosamente, habida cuenta del compromiso constitucional que finca en una posible violación del debido proceso y de la garantía de defensa en juicio. Así las cosas, y a fin de preservar el contradictorio -sobre una situación no planteada oportunamente- se le dio un nuevo plazo al

Ministerio Público Fiscal para que opusiera los argumentos que entendiese procedentes.

El representante del Ministerio Público Fiscal resistió la postulación defensiva, indicando que concluido el debate, las partes convinieron las instrucciones que debían serle brindadas al jurado, las que no incluyeron la posibilidad de un delito menor. Resaltó que la judicatura adecuó la calificación legal correspondiente con las teorías del caso de cada una de las partes, siendo la de la defensa de las llamadas *negativas*, esto es, negar que los hechos hayan ocurrido.

Pasaré a desarrollar la solución del caso, anticipando que votaré por no hacer lugar a la proposición de la Defensa, por considerarla inadmisibile.

Como primer paso en el abordaje del tema, reproduciré aquí el segundo párrafo del art. 43 de la Ley de juicio por jurados de nuestra provincia (Ley XV n° 30) en cuanto prescribe que el juez dará instrucciones al jurado y *"les explicará el derecho sustantivo aplicable al caso, el delito principal y los delitos menores incluidos en él, las causas de justificación y análogas, si fueron objeto de debate y las cuestiones atinentes a la valoración de la prueba..."* (me pertenece el subrayado). Esto se conecta con el planteo realizado y con lo dispuesto por el art. 54 de dicha ley que establece que *"el jurado podrá declarar al acusado culpable de la comisión de cualquier delito inferior necesariamente comprendido en el delito principal que se le imputa, bajo las instrucciones impartidas por el juez"*.

Como segundo paso en este análisis, corresponde determinar si el asunto *sub examine* responde a estos primeros señalamientos, cuales son: si el tipo penal en el que se amoldaron las conductas atribuidas a F. Q. tiene *necesariamente* un delito inferior que lo comprenda, como así también si las circunstancias fácticas que tendían a acreditarlo fueron desarrolladas, debatidas y probadas en el juicio. Ello así por cuanto sólo si la conjugación de ambas premisas ha sido omitida por el juzgador, podría hablarse de vulneración del debido proceso y de la conculcación de la

garantía de Defensa en juicio, dada la sustracción al jurado de una posibilidad cierta, conferida por la ley, de pronunciarse jurisdiccionalmente por un veredicto alternativo referido a un delito inferior. En otras palabras: si estuvo cuestionado el acceso carnal enrostrado al imputado (duda) y de la prueba surgían otros elementos típicos objetivos del abuso sexual simple.¹

Ahora bien, en aras del debido proceso y la defensa en juicio, sin desnaturalizar la acusación ni causar sorpresa en la defensa, ¿cuándo el juez técnico debe incorporar en las instrucciones una calificación no propuesta por las partes?

Sobre el punto existen diversos criterios.

Un criterio estricto demanda la verificación de que todos los elementos constitutivos del delito menor estén incluidos en el mayor. Por ejemplo, en los casos de homicidio agravado, debería incluirse la calificación del homicidio simple para el caso en que el jurado encuentre acreditado el homicidio, pero no la circunstancia agravante.² Se trata de un criterio que tiene la virtud de proporcionar una base respetuosa de los principios de legalidad y congruencia, pero se enfrenta a problemas, dado que no siempre se presentan los elementos de un delito en otro en forma homogénea. A su vez, este criterio no parece dar cuenta de la complejidad con la que se presentan las relaciones entre tipos penales en la legislación de fondo, al tiempo que puede tornar confusas las instrucciones el pretender incluir todas las figuras relacionadas con un delito, y podría afectar seriamente el derecho de defensa en juicio, puesto que el acusado debería defenderse de todos los tipos penales que hipotéticamente puedan emanar del acusado.³

¹ O sea, que se trate de un acto de connotación sexual distinto del de acceso carnal. Por eso se ha dicho que son acciones corporales de aproximación o tocamiento inverecundo, realizados sobre el cuerpo de otra persona (Soler). Obviamente, no debe haber acceso carnal, ni su intento. (cf. D'ALESSIO, "Código Penal de la Nación, comentado y anotado". 2ª. Edición actualizada y ampliada. Tomo II, parte especial, p. 226 y 227. Ed. La Ley, año 2011).

² Este supuesto es el que se verificó en el caso "Álvarez y Telechea" (caso n° 97.120, de fecha 03 de abril de 2023), resuelto por el Tribunal de Casación de Buenos Aires.

³ causa n° 13-07351505- 4/1, caratulada «F. c/ PINAVARÍA CORVALÁN, FRANCISCO BENJAMÍN P/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSA EN CONCURSO IDEAL CON FEMICIDIO (71962) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN». Rta. por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza el 27 de noviembre de 2024 -del voto del Ministro Omar Palermo-. Se sostuvo también

Para definir, entonces, qué calificaciones no solicitadas por las partes puede incluir el juez en las instrucciones, en función de su carácter de director del proceso, deberán atenderse: 1) *los hechos* objeto del proceso, 2) *las pruebas producidas* y 3) los principios de defensa y de congruencia. Esto implica afirmar que los hechos contenidos en la acusación son absolutamente inmodificables por el juzgador, pero este puede apartarse del sentido jurídico que el acusador le da a la solución en tanto no se altere la base fáctica y siempre que el cambio de calificación no implique una sorpresa para el imputado.⁴

En tal inteligencia, en el juicio por jurados -al igual que en el juicio común- los hechos atribuidos, las pruebas producidas en el debate y la efectiva contradicción sustanciada en base a aquéllos, son factores decisivos para que el juez resuelva incluir en las instrucciones al jurado una calificación menor incluida en la principal. Solamente cuando del debate surjan elementos de prueba que puedan sostener razonablemente la posibilidad de atribuir al acusado un delito diferente al considerado por las partes -siempre sobre la misma plataforma fáctica-, no se desbarate la estrategia defensiva y se trate de un delito con una pena igual o menor a la solicitada por la acusación, la judicatura deberá disponer su incorporación (art. 43, segundo párrafo, Ley XV n° 30). Una conculcación de garantías constitucionales se verificaría sólo si se ha omitido esta obligación jurisdiccional, privando al jurado de opciones para su

allí que "otra alternativa es incluir aquellos delitos que guarden afinidad con la teoría del caso alegada por las partes y con los sucesos que fueron materia probatoria en el juicio. Este criterio tiene la ventaja de reducir el número de alternativas que se brindan al jurado, a la vez que se ajusta a las pretensiones de las partes. Sin embargo, presenta el problema de que puede dejar fuera de las instrucciones delitos que no hayan sido mencionados por las partes pero que, evidentemente, puedan subsumir los hechos probados. Un tercer criterio puede vincularse al tipo de resultado, y conducir a que se incluya el delito menor que refleje también la sanción contemplada por el delito atribuido; e, incluso, puede limitarse requiriendo que ambos delitos tutelen el mismo bien jurídico. Sin embargo, parece arbitrario limitar de este modo el abanico de delitos que el jurado puede considerar acreditado."

⁴ La base de interpretación en cada caso está dada por la relación del principio de congruencia con la máxima de la inviolabilidad de la defensa, de manera que todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende - en el sentido de un dato con trascendencia en ella sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir- lesiona el principio estudiado (véase MAIER, Julio B. J., 2012, Derecho Procesal Penal, 2ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, Tomo I, Fundamentos, pág. 568).

veredicto, inmiscuyéndose el juzgador en funciones propias del jurado, al dejar excluidas alternativas que a priori aparezcan como viables.

Ahora bien. ¿Se verifica en el presente caso este agravio constitucional? Anticipo que no.

Del modo que lo ha planteado el Dr. L., frente a la concreta imputación fáctica del Ministerio Público Fiscal⁵, el acceso carnal habría sido acreditado únicamente con el testimonio de la víctima, por lo que frente a la falta de certeza de que ello hubiera ocurrido de esa forma, debió preverse el abuso sexual simple, es decir, no probada -en base al beneficio de la duda- la penetración atribuida.

Por tal razón, y al solo efecto de verificar que el agravio constitucional alegado finque en la interpretación de este testimonio y, desde allí, la omisión del *a quo* de incluir de oficio en las instrucciones finales al panel de jurados la posibilidad de un veredicto de culpabilidad por el delito de abuso sexual simple (delito menor incluido), es que fueron recreadas por el suscripto dichas pistas de audio.

En lo sustancial, B.K. relató en el juicio los detalles del hecho que tuvo que padecer, mencionando en lo sustancial que hallándose acostada boca abajo en la cama que ella ocupaba en ese domicilio (ubicada en la planta alta) se acercó el imputado, sólo le tocó la frente, la dio vuelta, la desvistió y la accedió carnalmente introduciéndole el pene en la vagina, memorando de ese episodio el dolor causado por la actividad sexual del imputado. Es decir que, del núcleo del hecho narrado, no se desprende otra conducta que haya podido comprenderse con significado sexual diferente al acceso carnal (un beso, un tocamiento, un roce, etc.).

Y, de la mano con lo que llevo expresado, la prueba rendida en juicio y el contradictorio consecuente, estuvieron dirigidos únicamente a acreditar aquélla secuencia fáctica. En conclusión, ni de los hechos ni de la prueba surgieron

⁵ "Hecho ocurrido en la vivienda identificada como departamento D 2, complejo de Cabañas X, sito en Ruta Nac. 40 de la localidad de X, Chubut, el 22 de octubre de 2021, alrededor de la 1:00 hs, en circunstancias en que la srta. K. se encontraba acostada en una habitación de la planta alta de la vivienda, F. T. Q. se acostó sobre ella y la accedió carnalmente con su pene, por vía vaginal, en contra de la voluntad de B.".

nítidos los elementos objetivos y subjetivos de un delito menor. Menos aún que por tanto haya debido incluirlo el juzgador en sus instrucciones al jurado. En tal razonamiento, tampoco será fructífera la discusión acerca de la inclusión o no del delito de abuso sexual simple en el hecho juzgado, en virtud de que la prueba no conduce a dicha conclusión.

Amén de lo dicho, el señor Defensor tampoco ha brindado un argumento novedoso o diferente sobre el particular; únicamente denunció lo que apreció como un vicio procedimental, dejando en manos de esta Cámara un análisis oficioso de la cuestión en base al pretendido agravio constitucional que, como llevo dicho, no se verifica de ninguna manera.

No ingresaré al análisis del resto de las acreditaciones que se tuvieron en el debate respecto del abuso sexual con acceso carnal, dado que no ha sido este aspecto del caso cuestionado por la parte.

Como colofón, tal y como lo dispone el art. 59 de la Ley XV n° 30, tercer párrafo, en función del art. 382 del CPP, la inadmisibilidad del planteo formulado por la Defensa surge nítida, por lo que votaré en ese sentido.

b.- Del agravio vinculado al monto de la pena impuesta.

Es el turno de abordar el agravio vinculado al monto de pena que se le impuso a F. Q., en virtud de los motivos de agravio seleccionados por la Defensa. Sin embargo, debe quedar claro de antemano, que la decisión del jurado popular que halló al nombrado culpable del delito de abuso sexual con acceso carnal, ha quedado firme⁶ y, por tanto, la cesura de pena no puede de ningún modo escindirse de dicho veredicto.

En tal inteligencia, y toda vez que hay identidad entre el juez técnico que impuso la sanción y quien gobernó todas las instancias del debate, debe tenerse por sustentado tanto el veredicto como la pena en las probanzas rendidas en

⁶ v. STJCH «L. E. M. s/ dcia. abuso sexual r/v hija menor s/ consulta» (expediente n.º 100890 - año 2023 - carpeta n.º 13795 OJ Comodoro Rivadavia), Rta. el 27/12/23.

juicio, con el alcance que le ha dado el jurado circunstancia que, insisto, no ha sido cuestionada. Es que no debe ser socavado el rol del veredicto popular por el del juez técnico; por ello debe garantizarse que el trabajo revisor constituya un reexamen válido de la prueba rendida en su conjunto, una valoración de forma integral y minuciosa de la misma, de tal forma que desde una base de análisis objetivo y atizado bajo las instrucciones rendidas, sea plausible llegar a la conclusión adoptada por el jurado.⁷

De allí entonces que no puede admitirse, tal como pregona la impugnante, que la sentencia del *a quo* carezca de motivación suficiente o que tenga irremediables vicios de fundamentación dado que, como se verá, las conclusiones del juzgador se basaron en la plataforma fáctica intimada oportunamente por el Ministerio Público Fiscal, acreditada con las probanzas rendidas en juicio, con el alcance que le dio el jurado popular al emitir su veredicto, en base a las instrucciones impartidas y en el marco de la escala penal resultante del tipo penal seleccionado (arts. 45 y 119, primero y tercer párrafos del Código Penal).

Ahora bien, para reclamar que el juzgador efectuó una valoración inequitativa de las circunstancias atenuantes y agravantes ventiladas por las partes, imponiendo una sanción desproporcionada respecto del grado de culpabilidad de su asistido, la Defensa puso el acento en que el grosero alejamiento del mínimo legal fincó en darle a la violencia de género una incidencia incorrecta y arbitraria respecto a la pena a imponer, toda vez que la *violencia* está ya considerada por el legislador en el tipo penal como uno de sus modos comisivos. Cuestionó además el peso específico asignado a la extensión del daño como circunstancia agravante, por cuanto sus extremos no surgen de ningún otro elemento de prueba distinto a la declaración de la víctima y, precisamente por ello, carece de cualquier otra corroboración.

⁷ FOSSAROLI, Pablo Gabriel. "Los déficits técnicos en las instrucciones como excepción a la regla de deferencia del jurado popular". Revista Pensamiento Penal, Septiembre de 2022, p. 21.

En la audiencia ante esta Cámara en lo Penal, el señor Defensor de F. Q. agregó que la magistrada sentenciante no tuvo en cuenta los efectos depresores de la pena que tienen el alcoholismo, la escasa instrucción escolar ni su pertenencia a un pueblo originario.

Mi primera discrepancia con el planteo expuesto, radica en que estas últimas circunstancias atenuantes que se enarbolan, no fueron alegadas en su oportunidad, ni probadas, ni si quiera propuestas para ser tenidas en cuenta por la juzgadora. La segunda, es que el señor Defensor omite considerar que la jueza, si bien aclaró que partiría del mínimo de la escala para merituar atenuantes y agravantes, expresó que la misma oscilaba entre los seis y los quince años de prisión, contemplando además que el Ministerio Público Fiscal, terminado el debate, requirió la imposición de una pena de once años de prisión.

Los argumentos más enérgicos sobre los que posa la Defensa su protesto, fincan en sostener que el monto de pena aplicado lo fue en base a criterios equivocados en lo concerniente a la *violencia de género* y a la valoración de una extensión *injustificada* del daño.

Tal y como ya me expidiera al resolver el caso "N."⁸, considerar que la "violencia de género" esté ya contenida en el tipo penal como uno de sus medios comisivos -tal como pregonaba la Defensa-, es erróneo.

En efecto, la violencia de género no es un elemento objetivo del tipo del art. 119 -como si lo es en supuestos de lesiones u homicidios calificados por haber sido perpetrados por un hombre y mediare violencia de género (arts. 80 inc. 11°, 89, 90 y 92 del Código Penal)- dado que la violencia que allá se exige se vincula con el empleo de fuerza o energía física suficiente sobre la víctima, tendiente a anular, vencer o evitar su resistencia.⁹ Aquella fuerza o energía

⁸ Carpeta Judicial nro. 5782 correspondiente a los autos caratulados: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/ N., D. A." (Legajo Fiscal de Lago Puelo N° 4123), Rta. 12 de agosto de 2024.

⁹ DONNA, Edgardo A. "*Delitos contra la integridad sexual*", Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, año 2000, p. 24.

física debe ser ejercida sobre la propia víctima y para llevar a cabo el acto de abuso sexual concreto.¹⁰ Es decir, es uno de los medios comisivos descripto como un despliegue tendiente a anular físicamente a la víctima para cometer el hecho.

La violencia de género, pese a la sinonimia de sus términos, ha sido justipreciada por el *a quo* en los términos de los arts. 40 y 41 del Código Penal, sin ninguna posibilidad de duplicidad de análisis. Así, la contextualización de los hechos en un supuesto de violencia de género, dota de suficiente fundamento a la naturaleza de aquéllos, en los términos exigidos por el art. 41 del Código Penal, sobre todo teniendo presente que los delitos sexuales, si bien atrapan una constelación de acciones y resultados que pueden ser descriptos materialmente, sólo pueden ser delimitados si se los entiende como una forma de expresión cuyo significado debe ser encontrado en el caso concreto.¹¹

Aclarado lo anterior, debe decirse que ese contexto general ha sido suficientemente acreditado en el presente caso -y así receptado por el jurado- con el testimonio de B.K.. Si bien no haré un análisis del aspecto probatorio que encierra el testimonio en sí mismo -dado que, reitero, no fue impugnado- sí voy a acentuar a su respecto que adjetiva claramente el modo en que los sucesos relatados engarzan en los supuestos enumerados en la Ley n° 26.485 de *Prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer*,¹²

¹⁰ D'ALESSIO, Andrés José. "Código Penal de la Nación, comentado y anotado". 2ª. Edición actualizada y ampliada. T° II, parte Especial. Ed. La Ley, año 2011, p. 231.

¹¹ Cf. mi voto en "PROVINCIA DEL CHUBUT c/ A., D. G. (NIC N° 5120 - NUF N° 48.048)", del 13 de octubre de 2021.

¹² ARTICULO 4°.- Definición. - Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. (...) ARTICULO 5°.- Tipos. Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer: 1.- **Física:** La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato o agresión que afecte su integridad física. 2.- **Psicológica:** La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación o aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia o sumisión, coerción verbal, persecución,

adherida por nuestra provincia por Ley III n° 36, que recepta a su vez postulados de la Convención de Belem do Pará.

Y guiado en su fundamentación por la propuesta que hiciera el representante del Ministerio Público Fiscal, señaló puntualmente el *a quo* cuál fue el camino que siguió para dar en el caso una exacta dimensión de la incidencia que tuvo en los hechos el contexto de violencia de género, extremo que abastece a mi criterio el requisito de una fundamentación, aunque concisa, adecuada.

Desde otro enfoque, es evidente que la caracterización de los hechos (su naturaleza) ha sido crucial tanto para el jurado popular como para el juez técnico que impuso la sanción, a petición de la Acusadora.

Como ya quedó dicho en los párrafos anteriores, también protestó la Defensa respecto del alcance dado por la juzgadora al ítem extensión del daño, por las razones ya señaladas.

Destaco sobre ese particular, que la Lic. L. C., psicóloga que tratara a la damnificada en la ciudad santafecina de X, dio numerosos detalles sobre la historia de vida de esta joven, su evidente vulnerabilidad y, además, las razones psíquicas que la llevaron a emigrar lejos de la localidad de X, y en las condiciones personales que tomó dicha decisión.

Por su parte, la propia víctima al testificar ilustró acerca de algún intento de suicidio, lo que habla a las claras de un daño psíquico palpable. En relación a esto, no

insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación. 3.- **Sexual:** Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres (...). ARTICULO 6°.- Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes: a) Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos.

puede atenderse la protesta de la defensa, dado que no resultaría lógico dar crédito a la versión de la víctima sólo respecto al hecho padecido, y no en lo concerniente a los efectos que el suceso le dejó. El testimonio es creíble, o no lo es. A lo sumo, pudo la parte hoy impugnante probar efectos o consecuencias de otra índole que opaquen o resten convicción al sentido dado a la *extensión del daño*. Pero tal cosa no sólo no ocurrió, sino que el sentido dado por el tribunal a aquéllos extremos, se ubican dentro de lo que es lógico que ocurra, apelando a las reglas de la experiencia, la lógica, la psicología y el sentido común.

Corresponde indicar también que si bien ahora la Defensa se agravia del modo de razonar del *a quo*, no menos cierto es que al momento de litigar los alcances de la prueba era durante el juicio, y no ahora. Va de suyo que no ofreció la Defensa en la instancia anterior ninguna probanza que permita interpretar su migración hacia X como algo diferente al sentido dado por la psicóloga que la trató y depusiera en el juicio a quien, huelga decirlo, tampoco interrogó con la finalidad de acreditar aquéllos extremos.

Me resta dejar plasmado que tal como sostuve en esta Alzada al resolver "**C.**"¹³ y como integrante de un Tribunal de juicio Colegiado al fallar en "**N.**"¹⁴, la sanción no debe ser evaluada en abstracto, sino en base a los hechos particularmente considerados. Así, el art. 40 del Código Penal dispone que "en las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente", complementando el art. 41 que se tendrá en cuenta "...la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados".

¹³ Carpeta NIC 4700 de la Oficina Judicial vinculada al Legajo de Investigación Fiscal NUF 45.408, caratulado: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/ C., O. O. - Lesiones graves y amenazas. Corcovado".

¹⁴ Carpeta NIC 5197 de la Oficina Judicial vinculada al legajo de investigación Fiscal NUF 50.178 caratulado: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/ N., A. A. - A., R. - C., V.y R.A., N.A. s/HOMICIDIO agravado por alevosía. S., B. s/ víctima. Esquel".

Es el "hecho" evaluado y sus características el que inclinará al juzgador a identificarlo como de leve, media o grave criminalidad. Obviamente, tal postulación no habrá de ser antojadiza o caprichosa, sino -como baremo posible y comprobable- en comparación lógica en un universo mayor de casos juzgados con anterioridad. Ergo, evidentemente ubicó la casuística considerada en el segundo segmento posible, es decir, tomando el caso como de mediana criminalidad.¹⁵

En la aplicación de éste método de individualización de la sanción, aunque se parta del mínimo de la escala penal para hacer gráfico el paulatino aumento que tendrá el monto de reproche en virtud del hecho puntualmente considerado, resulta indiferente que en la segunda porción de la escala se comience haciendo incidir las circunstancias agravantes o atenuantes, puesto que la sucesiva influencia de ambas, cualquiera sea el orden en que actúen, termina garantizando la obtención de una pena equilibrada a partir de valoraciones efectivamente cumplidas, que reproducen el movimiento mecánico del péndulo, incluyendo como determinantes del movimiento sólo la consideración de los factores reales del hecho, y no los presuncionales. Sólo de este modo la operación de individualización será el resultado del análisis concreto del caso y no de la aplicación de categorías fictas abstractas, definidas a priori, fuera de la consideración del hecho real.¹⁶

Va de suyo -y entiéndase bien- que la mayor incidencia de las circunstancias aumentativas de la pena propuestas por el Ministerio Público Fiscal fueron ya receptadas al

¹⁵ Primer segmento, de 6 a 9 años de prisión, el segundo desde los 9 años y un día y los 12 años de prisión y el tercero, desde los 12 años y un día y los quince años de prisión.

¹⁶ He expresado la idea -puesta de relieve en pronunciamientos anteriores, por caso "PROVINCIA DEL CHUBUT c/ G., M. A. - G., R. A. - L., A. I." (NIC N° 5.189 - NUF N° 50007), resuelto el 9 de junio de 2023 (entre otros)-, de que en la labor diaria y eminentemente práctica, la conversión y traducción de lo injusto en un hecho delictivo, en cantidades de medición convencionales, es decir, el fiel reflejo entre la medida de la culpabilidad y la medida de la pena, ha de ser un "marco" antes que un "punto exacto". Se procura hallar la pena adecuada erigida en un tercer punto entre dos, que son el mínimo y el máximo de la escala legal del caso. Y para ello cabe aproximarse generando un marco, un segmento, una franja, proporcional a la culpabilidad de cada actuante, dentro de la cual se hará luego el trabajo más fino: concretar un punto exacto (DIAS, Horacio. "Código Penal de la Nación Argentina Comentado. Parte General". Editorial Rubinzal Culzoni, año 2018, páginas 330 y 331).

caracterizar el hecho: la naturaleza de la acción, los medios empleados y las particulares circunstancias de acaecimiento.

En conclusión, los nueve años y seis meses de prisión se posiciona en forma más próxima a la menor pena posible (nueve años) en el segundo segmento considerado, razón por la cual no luce en absoluto desproporcionada o su imposición carente de lógica determinación.

Votaré en su consecuencia por rechazar el recurso interpuesto, confirmando la pena aplicada en nueve años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, adhiriendo en lo sustancial a la propuesta realizada por la magistrada preopinante, en lo concerniente a las costas y regulación de honorarios de los letrados defensores intervinientes.

Así voto.

El Juez **Hernán Dal Verme** dijo:

I.EL CASO.

Contra la sentencia condenatoria dictada el 12 de noviembre de 2024 por la Señora Jueza en lo Penal de Lago Puelo, Dra. Silvana Cecilia Vélez, en virtud de la cual fuera condenado F. Q. a la pena de nueve años y seis meses de prisión, luego de que el Tribunal de Jurados Populares lo hallara penalmente responsable del delito de Abuso sexual con acceso carnal; el Dr. H. C., defensor de confianza del acusado, interpuso la impugnación que motiva la intervención de ésta Cámara en lo Penal, la que tiene por objeto cuestionar la tarea desplegada por la Magistrada al individualizar la respuesta punitiva referida.

Los hechos por los cuales fue hallado culpable Q. y las aristas centrales del recurso fueron expuestas con claridad por la Magistrada que lidera el acuerdo, por lo que he de remitirme a ellas con el objeto de evitar reiteraciones innecesarias. Únicamente señalaré que el impugnante centra su esfuerzo recursivo en demostrar que la Jueza del debate no expuso los argumentos en virtud de los cuales pudo individualizar una pena de nueve años y seis meses de prisión

partiendo del mínimo de seis años previsto por la ley sustantiva.

El recurrente también ofreció argumentos para desvirtuar jurídicamente los ítems que la sentenciante valoró en sentido agravante. Con ello en miras pretendió la nulidad de la sentencia por considerarla arbitraria.

Tras la presentación escrita, el imputado designó como nuevo letrado de su confianza al Dr. M.I.L., quién concurrió a la audiencia prevista por el art. 385 del rito. El letrado sostuvo el motivo de impugnación relacionado con el monto de la pena impuesta, e intentó adicionar dos nuevos en la instancia oral. Tal como desarrolló la colega que vota en primer término, ésta Cámara habilitó a la defensa para que pudiera argumentar en relación a uno de ellos, basándonos en la circunstancia de que, según el recurrente, la Jueza técnica omitió instruir al jurado en relación a un delito menor incluido en el Abuso sexual mediando acceso carnal, y que ello constituía un vicio que posibilitaba a éste órgano revisor a expedirse de oficio por configurarse un agravio de orden constitucional. Fue así que se le permitió a la Defensa exponer la temática, y a los fines de consagrar el principio de contradicción, se le dio un plazo de 10 días al MPF para expedirse al respecto.

Al reeditarse la audiencia del art. 385 del ritual, el Dr. L. mantuvo su agravio referido a la arbitrariedad de la sentencia en cuanto a la determinación de la pena fijada en la instancia de debate, y argumentó, basado en la estructura típica del Abuso sexual mediando acceso carnal, que la Jueza del debate debió instruir de oficio al jurado popular - desconocedor del derecho- sobre la posibilidad de calificar los hechos acusados como constitutivos del delito de Abuso sexual simple, si entendían que el acceso carnal no había sido probado. Básicamente hizo referencia a una relación de subsidiariedad existente entre ambas figuras típicas y a la interpretación que correspondía dar a lo normado por los arts. 43 y 54 de la Ley de juicio por jurado.

El MPF insistió en que el motivo de agravio debía rechazarse por haber sido introducido tardíamente, no solo en

la instancia impugnativa, sino también durante el debate, ya que las instrucciones habían sido consensuadas por ambas partes, por lo que no podía agravarse ahora la defensa de una omisión que consintió.

II. ADMISIBILIDAD DEL MOTIVO DE AGRAVIO BASADO EN LA OMISIÓN VINCULADA AL DELITO MENOR INCLUIDO.

Analizada la cuestión, considero que le asiste razón al MPF en cuanto a que el planteo no supera la valla de la admisibilidad.

El art. 385 del rito establece que durante la audiencia las partes podrán *"ampliar la fundamentación o desistir de algunos motivos, pero no podrán introducir otros nuevos"*, lo que constituye un límite a la competencia revisora de ésta Cámara en lo Penal al acotar sus facultades revisoras a aquellos puntos de la sentencia recurridos dentro del plazo legal, regla que además realiza principios inherentes al sistema adversativo, como lo son el de contradicción e igualdad de armas entre las partes (arts. 3 y 17 del C.P.P.).

Por otra parte, la posibilidad de introducir agravios fuera de la etapa prevista por la ley, pone en riesgo la seguridad jurídica al violentar el principio de preclusión en el sentido de que se propicia la revisión de puntos de la sentencia que, al no haber sido oportunamente recurridos, han adquirido, en principio, el estatus de cosa juzgada por encontrarse firmes. Ello, claro está, sin perder de vista que la sentencia recurrida, como pieza integral, no se encuentra firme.

Para evaluar una posible excepción a la regla señalada, resulta necesario acudir a lo normado por el art. 369 cuando establece que el *"recurso atribuirá al tribunal de alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los motivos de agravio, salvo el control de constitucionalidad"*. Precisamente éste fue el argumento del que se valió la defensa para solicitar ser escuchada respecto de un agravio que no había integrado la impugnación interpuesta en el plazo legal. El letrado sostuvo que, si bien el motivo de agravio no se había materializado

en el momento oportuno por el anterior defensor de confianza del acusado, el vicio en que se basaba su pedido de nulidad habilitaba a ésta Cámara en lo Penal a declararlo de oficio por sus implicancias constitucionales, y, en virtud de ello, se consideraba habilitado a argumentar su punto.

Fue en esos términos que ésta Cámara permitió al Dr. L. exponer su punto de vista, previo otorgar un plazo al MPF para que pueda confrontar su pretensión.

Escuchado el señor Defensor, considero que no argumentó un caso en el que hipotéticamente esta Alzada pudiera considerar vulnerado el debido proceso, de modo tal que correspondiera expedirse de oficio respecto de un presunto vicio nulificante. Por tal motivo, si bien se le permitió a la defensa explicar su agravio, garantizándose además el principio de contradicción al escuchar sobre la cuestión al órgano acusador, el motivo impugnativo no puede ser admitido por no haber sido oportunamente introducido ni demostradas las implicancias constitucionales del presunto vicio individualizado.

El Dr. L. explica su pretensión basándose en dos argumentos. El primero, la letra de los arts. 43 y 54 de la ley XV N° 30, extrayendo de allí que siempre que exista un delito menor incluido, este debe ser objeto de una instrucción al jurado por parte del Juez técnico. En segundo término, señala que al existir una relación de subsidiariedad entre el delito previsto en el párrafo tercero del art. 119 del Código Penal y el del párrafo primero de dicha norma, entonces la instrucción debía impartirse para posibilitar que el jurado pudiese aplicar la calificación menos gravosa de considerarla probada.

Esta línea argumental no abastece, a mi entender, un agravio con implicancias constitucionales que habilite a esta Cámara a expedirse oficiosamente nulificando el debate por no haberse impartido instrucciones en el sentido pretendido.

A mi modo de ver, la sola circunstancia de que desde el punto de vista de la teoría del delito los delitos involucrados compartan elementos típicos, no obliga al Juez técnico a instruir de oficio la posible aplicación de ambos

ilícitos, para ello, debió mediar una argumentación fundada en la prueba producida y las teorías del caso planteadas por las partes. Es decir, si se demostrase que, de acuerdo a las teorías del caso expuestas, el modo en que se trabó el contradictorio y en base a la prueba producida, la calificación menor incluida era posible; entonces existía la posibilidad de que la Jueza técnica, con su omisión, hubiese limitado las atribuciones jurisdiccionales acordadas por la ley al jurado, al restringir la posibilidad de que ellos se expidiesen ampliamente sobre los hechos que consideraban probados a la luz de la ley sustantiva vigente teniendo en cuenta todas las opciones. Allí podría argumentarse un vicio con proyecciones constitucionales idóneas para nulificar el debate, aún de modo oficioso, tal como lo habilita el art. 369 primer párrafo del rito, pero ésta línea de motivación está ausente en el caso.

El criterio que aquí expongo, respecto de los elementos que deben tenerse en cuenta para establecer cuándo la Jueza técnica debe, aun de oficio, instruir respecto del, o los, delitos menores incluidos, corre en línea con lo interpretado mayoritariamente por la justicia norteamericana. La Corte Suprema de Justicia de California en "*People vs. Barton*" entendió que sus "*Cortes no son casinos o salas de azar, sino foros para el descubrimiento de la verdad... la prueba puede demostrar que el acusado es culpable de algún delito intermedio incluido en él, pero menor que el delito principal imputado. La decisión del juez de no informar al jurado de su opción de condenar al acusado por el delito menor incluido impediría la función de determinación de la verdad que detente el jurado... Las instrucciones que no informan al jurado de su opción de condenar al acusado por un delito menor incluido **respaldado por la prueba están necesariamente incompletas...***" (el resaltado me pertenece, cit. "El Juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional. Sentencias comentadas y opiniones académicas del common law, del civil law y de la Corte Europea de derechos humanos", Dir. Alberto Binder y Andrés Harfuch, Ed. Ad Hoc, Colección 5, b, pag. 117).

En igual sentido, la Suprema Corte de Mendoza, luego de rechazar un planteo análogo al aquí tratado, y en tren de determinar cuándo el Juez técnico debe impartir instrucciones respecto de los delitos menores incluidos, aún de oficio, ha entendido que "... el ejercicio de esa prerrogativa se encuentra supeditado a que se verifiquen dos requisitos genéricos condicionantes: el primero, que el cuadro probatorio genere para el juez la necesidad/deber de ajustar y completar el catálogo de tipos delictivos definido en las instrucciones finales litigadas por las partes, incluyendo figuras penales intermedias -no alternativas- como decisión ineludible para asegurar la más completa correspondencia los hechos juzgados y las calificaciones legales que, ex ante, resulten válidas y posibles para que el jurado pueda subsumir la conducta que se le imputa al acusado; la segunda, es que exista congruencia entre los hechos discutidos en el debate y las nociones de derecho sustantivo que se les ha suministrado al jurado a través de las instrucciones finales. Luego el Dr. Valerio, agrega para completar la idea, "... que el juez técnico, en tanto intérprete legítimo del derecho, y como consecuencia natural del principio *iura novit curia*, debe instruir al jurado por delitos menores incluidos cada vez que, de acuerdo a las circunstancias del caso **y la prueba producida durante el debate**, ello corresponda, esto es, cuando la opción menor se encuentre completamente incluida (sus elementos jurídicos) en la acusación principal y/o en la defensa planteada (esto incluye la defensa material del imputado, aunque no sea planteado por su defensa técnica), y que surja razonable en relación a los hechos que se debatieron en juicio y a la prueba producida..." (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, causa n° 13-07351505- 4/1, caratulada «F. c/ P. C., F. B. p/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSA EN CONCURSO IDEAL CON FEMICIDIO (71962) p/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN», sent., del 24/11/2024, el resaltado me pertenece).

Como vengo remarcando, esa línea argumental no existió, y, por ende, no se presenta un caso impugnativo que, por sus implicancias constitucionales, habilite a esta Cámara a admitir la queja tardíamente traída.

Los argumentos en que sostiene el impugnante su postura, dan cuenta del déficit al que vengo refiriéndome. Cuando el art. 43 de la Ley XV N° 30 establece el modo en que el Juez técnico debe impartir las instrucciones, en lo que aquí interesa, establece que les *"explicará el derecho sustantivo aplicable al caso, el delito principal y los delitos menores incluidos en él, las causas de justificación y análogas, si fueron objeto de debate y las cuestiones atinentes a la valoración de la prueba"*. En mi interpretación, tanto los delitos menores incluidos, como las causas de justificación y análogas, deben ser instruidas "si" fueron objeto de debate. Como vengo señalando, para que resulte operativa la obligación del Juez de instruir sobre la aplicación de los delitos menores incluidos, debe tratarse de un caso en el que, de acuerdo a los hechos imputados, el delito mayor contenga necesariamente los delitos menores, pero, además, que tanto el contradictorio planteado como la prueba producida, expresen la posibilidad de que el delito inferior hubiese sido una opción en la decisión del jurado respecto de los hechos objeto del debate. Esta factibilidad no fue mínimamente argumentada por el defensor.

Por otra parte, no comparto que el abuso sexual simple sea una figura "subsidiaria" del abuso sexual con acceso carnal, se trata de tipos penales diferentes. Puede ocurrir que en un mismo hecho, dadas sus características contingentes, ambas conductas se tipifiquen y que se aplique únicamente la más grave, pero también puede ocurrir, como en el caso, que la misma imputación solo hiciera referencia al acceso carnal y no a otras conductas subsumibles en el primer párrafo del art. 119 del digesto sustantivo.

Desde el punto de vista procesal, pueden presentarse como figuras subsidiariamente aplicables si, por ejemplo, en una hipótesis concreta algún precepto fáctico no se prueba e igualmente subsista la posibilidad de encuadrar los hechos en el delito menor, es decir, el Abuso sexual simple. Pero desde un ángulo material, no se trata de dos delitos en los que el más grave necesariamente contenga al más leve. En virtud de ello es que la propuesta defensiva, en el caso traído,

propone implícitamente violentar al principio de congruencia ya que la plataforma fáctica imputada no hace referencia ni describe una conducta que pueda ser considerada un Abuso sexual simple.

Es patente que ninguno de los argumentos expuestos por la defensa permiten establecer la existencia de un vicio nulificante, ya que el planteo formulado, puramente normativo, no lo demuestra.

A ello debe agregarse que ninguna norma del ceremonial sanciona con nulidad la omisión a la que se viene haciendo referencia, lo que impone demostrar que la falta de una instrucción sobre el delito menor lesionó el debido proceso en el caso concreto. Esta demostración, como vengo afirmando, involucra principalmente la prueba producida en tanto de ella surja la posibilidad de que el delito menor se hubiese cometido.

Por otra parte, la defensa no encuadra su propuesta impugnativa en ninguna de las hipótesis previstas por el art. 59 de la ley de juicio por jurado. Respecto de las instrucciones la norma prevé dos supuestos. El del art. 59 inc. "C" de la Ley XV N° 30, que claramente no aplica al caso en razón de que la defensa no cuestionó las instrucciones impartidas por la Jueza técnica, por el contrario, las consintió. Y, el del inc. "G" apart., 5° (*"o instruyó erróneamente al jurado sobre cualquier aspecto legal del caso o se negó erróneamente a dar al jurado una instrucción solicitada por el acusado"*), el que tampoco da sustento a la queja en razón de que el recurrente no demuestra ni argumenta la existencia del "error", conforme lo ya explicado sobre las hipótesis en las cuales el Juez debe instruir respecto de los delitos menores incluidos.

En definitiva, el motivo de impugnación en análisis es inadmisibles por extemporáneo, ya que se intentó introducir como agravio fuera de término, e improcedente al no haberse demostrado y/o argumentado que la instrucción omitida implicó una afectación de las garantías constitucionales del señor Q. por haberse violentado el debido proceso, en especial, si en la etapa procesal oportuna la propia defensa consintió las

instrucciones que la Jueza impartió al Jurado Popular (arts. 373 último párrafo, 374, 382 y 385 del C.P.P. y 59 de la ley XV N° 30 “a contrario sensu”).

Finalmente, y aun extremando al máximo el análisis que puede derivarse del derecho al doble conforme asegurado constitucionalmente al imputado, no puedo soslayar que, de un análisis de la prueba producida, especialmente la declaración testimonial prestada por la víctima¹⁷, ya que ésta constituye el eje central en que se sustenta la tesis acusatoria, conjuntamente con las teorías del caso expuestas por las partes y el modo en que se trabó el contradictorio; no emergen razones que puedan llevar a ésta Alzada a considerar que la Jueza del caso hubiese incurrido en un error al no impartir una instrucción respecto del delito de Abuso sexual simple, de modo que ahora, oficiosamente, correspondiera declarar la nulidad del debate por entender vulnerado de debido proceso.

III. CUESTIONAMIENTO A LA PENA IMPUESTA.

En primer término, he de señalar que el modo de abordar la escala punitiva prevista en abstracto por la norma de fondo no ha sido objeto de cuestionamientos ya que la sentenciante lo ha hecho desde su extremo mínimo.

El señor Q. ha sido condenado a la pena de nueve años y seis meses de prisión en orden al delito de Abuso sexual mediante acceso carnal en calidad de autor, conforme lo establecen los arts. 45 y 119 primer y tercer párrafo del Cód. Penal, ilícito que prevé una escala penal que oscila entre los seis y los quince años de prisión. La aplicación de esta escala tampoco fue objeto de cuestionamientos.

El Dr. C., al formular la impugnación que motiva la intervención de esta Cámara en lo Penal, afirma que la sentencia de grado es arbitraria en razón de que no se explicó el modo en que la Jueza del debate se apartó del mínimo para arribar a la pena finalmente impuesta, y que, por

¹⁷ Del relato de la víctima no surge ninguna referencia fáctica sobre lo ocurrido que permita subsumir los hechos en el supuesto previsto por el art. 119 párrafo primero del Cód. Penal.

ello, presenta un vicio de fundamentación que la torna inválida como respuesta jurisdiccional. Señala que la pena es desproporcionada, y que si bien la Jueza individualizó agravantes -que controvierte- no señaló el modo en que cada una de ellas la llevó a alejarse del mínimo previsto por la norma de fondo. En ello finca su argumento en cuanto a la arbitrariedad que alega.

En la audiencia, ya con la intervención del Dr. L., tales argumentos se convalidan, pero, además, el señor defensor agrega que la Magistrada de la cesura no tuvo en cuenta, en sentido atenuante, el alcoholismo, la escasa educación ni la circunstancia de que Q. sea integrante de un pueblo originario.

Comenzaré por esto último porque considero que este agregado, efectuado por el Dr. L., debe ser rechazado de plano. En primer lugar, el letrado no explica de qué modo las circunstancias que enumera quedaron probadas en el debate, ni porqué deben ser tomadas en sentido atenuante. Pero, además, tales ítems no fueron alegados durante el contradictorio por la defensa de modo que la sentenciante pudiera tomarlos en cuenta al momento de decidir. No debe perderse de vista que ésta es una instancia revisora, y más allá de la amplitud de la competencia recursiva acordada por la ley al imputado; la vía ordinaria está prevista para determinar si el juicio se llevó a cabo regularmente y, en especial, si la condena se sostiene frente a la queja deducida. Aquello que no formó parte del contradictorio, y, en consecuencia, no pudo ser tenido en cuenta por la sentenciante, tampoco puede ser tardíamente traído como argumento tendiente a desacreditar los fundamentos del fallo recurrido. Esto implicaría realizar un nuevo debate en esta instancia, lo que claramente es ajeno a las competencias atribuidas por la ley a la Cámara en lo Penal.

La única circunstancia atenuante valorada en autos fue la falta de condenas previas, y sobre ello no existió controversia entre las partes.

Continuaré respondiendo a los cuestionamientos formulados por el recurrente respecto de las agravantes tenidas en cuenta por la Magistrada a cargo del debate.

Sobre el punto, la primera crítica va dirigida a sostener que la violencia es prevista por la ley de fondo como uno de los modos comisivos previstos por el delito de abuso sexual con acceso carnal, y que por ello, para considerar dicha circunstancia como agravante por constituir además violencia de género, debió mediar una explicación que permita establecer que ésta excedía la violencia propia del tipo penal. El argumento apunta a señalar que se tomó como agravante un elemento propio del tipo penal y que ello vulnera el *ne bis in ídem*.

Al igual que la sentenciante, discrepo con la propuesta. Si bien es cierto que cuando el sujeto activo del abuso sexual es un hombre y la víctima una mujer, es muy difícil que no medie violencia de género de tipo sexual, lo cierto es que la norma de fondo contiene otras hipótesis que no entrañan violencia de género (por ejemplo, cuando la víctima es varón). Ahora bien, la Ley 26.485 define e individualiza los tipos y modalidades de violencia de género en función de la vulnerabilidad históricamente reconocida a la mujer en determinados contextos, estableciendo la necesidad de una mayor protección jurídica para revertir estereotipos culturales sumamente arraigados. De tal modo, es lógico que cuando en un abuso sexual media violencia de género la respuesta punitiva sea más intensa, ya que es una situación particular del ilícito que, según la norma especial, es susceptible de una mayor protección del bien jurídico tutelado en función de la vulnerabilidad reconocida por la ley referida a la mujer. Es por ello que no se ha violado la prohibición de doble valoración en contra del acusado, tal como reclama el impugnante.¹⁸

¹⁸ “La prohibición de doble valoración no obsta a que un elemento que forma parte del supuesto del hecho de la figura básica, o de una figura agravada, sea tomado en cuenta en el momento de cuantificación de la pena para particularizar su intensidad, pues ilícito y culpabilidad con conceptos graduales, y el paso decisivo de la determinación de la pena es definir su gravedad (CNCas. Pen., Sala II, 27-5-2010, “B. J. A. o G. R. s/ Recurso de casación”, c. 9305, reg. 16491.2

Pero, además, dentro del espectro de situaciones y contextos abarcados por la normativa de género citada, y desde el punto de vista de la mayor vulnerabilidad en que se encontraba la víctima de autos, la sentenciante ha delimitado otras dos circunstancias que dan cuenta de un contexto en el que la asimetría existente entre víctima y victimario al momento del hecho fue notoria, y por ende justifican la mayor punición.

La violencia de género fue analizada por la sentenciante como expresión de una mayor vulnerabilidad, junto a la diferencia de edad existente entre ambos, y al contexto en que el ilícito se produjo.

En el momento del hecho la víctima tenía 21 años y el acusado 45, lo que da cuenta de una asimetría evidente, ya que, en términos de experiencia de vida entre uno y otro, es obvio que ello se expresó en una mayor vulnerabilidad en la situación de la víctima quién, recordemos, vivía en el lugar porque no tenía donde vivir por un conflicto familiar, lo que era conocido por Q., tal como él lo reconoció al declarar en el debate.

Además, tal como fundamenta la Jueza, el hecho probado fue cometido en un ámbito -su domicilio transitorio- en el que la señora K. tenía derecho a sentirse segura, en especial porque la nombrada estaba viviendo en la casa del imputado en calidad de huésped desde hacía más de un mes, aspecto que no se encuentra controvertido en autos. El momento en que el delito se comete, cuando la víctima estaba dormida, se presenta como un factor que claramente hace a una mayor vulnerabilidad y dificulta cualquier reacción o pedido de auxilio a terceros. Así lo consideró la sentenciante.

Delimitados los hechos valorados, conviene recordar lo prescripto en el art. 4° de la Ley III N° 36 por la que la Provincia del Chubut adhiere a la ley 26.485, la que a su vez, reglamenta la Convención Interamericana para Prevenir,

cit. "El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia", Edgardo Alberto Donna, 2° Ed., Rubinzal - Culzoni, Tomo I, pag. 375).

Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer,
"Convención de Belem do Pará".

La norma establece: "Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal...". El artículo 5°, por su parte, extiende la definición estableciendo qué tipos de violencia pueden ejercerse contra una mujer, en lo que aquí interesa, Sexual: *Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres. Y, finalmente, el art. 6° que establece las modalidades en que se pueden manifestar los distintos tipos de violencia contra las mujeres, resultando aquí relevante lo establecido en el inc. "a" "Violencia doméstica contra las mujeres": aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hechos y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia".*

La transcripción que antecede tiene por objeto reafirmar que los hechos que dieron sustento a la condena, por sus características, deben ser considerados como constitutivos de violencia contra la mujer de tipo sexual en una modalidad

doméstica. La Jueza asoció estos ítems dentro de los "medios empleados para ejecutar" la acción normados por el art. 41 inc. 1° del Cod. Penal, estableciendo la vulnerabilidad mirada desde diferentes perspectivas para tomar ciertos aspectos como elementos relevantes para aumentar la pena.

Desde lo probatorio, los hechos en los que dichas circunstancias se fundaron, no fueron controvertidos, y, desde lo jurídico, conforme lo expuesto, éstos se corresponden dócilmente con aspectos del ilícito que ameritan una mayor punición. No debe pasarse por alto que los nueve años y seis meses de prisión impuestos resultan ser un guarismo punitivo ubicado en el extremo inferior del segmento medio de la escala sancionatoria aplicable en abstracto, conforme la normativa sustantiva ya citada.

Para finalizar respecto a éste agravio, he de puntualizar que no considero afectado el principio de igualdad al considerarse en sentido agravante la vulnerabilidad asociada al género de la víctima. Primero, porque el criterio encuentra fundamento en una norma -convencional-, cuyo propósito de política criminal es, justamente, el de erradicar la violencia de género estructural. Pero, además, cuando la víctima del hecho es especialmente vulnerable por su edad, por ejemplo, ésta Cámara también ha considerado tal factor en el mismo sentido (vgr "caso S." o "G. F."), ya que claramente implica una mayor afectación del bien jurídico tutelado, que, en la hipótesis del Abuso sexual, es la libertad de ejercer la propia sexualidad. Quién está en peores condiciones de ejercer su libertad frente a conductas como la traída, es susceptible de una mayor protección jurídica, y como contrapartida, es revelador de una mayor culpabilidad del imputado por el ilícito, ya que, por regla, aprovechar una vulnerabilidad para cometer un delito goza de un desprestigio cultural asequible por el promedio de los miembros de cualquier sociedad. Esta reflexión no se basa en una mera intuición, sino que viene apoyada por las múltiples hipótesis contenidas en el Código Penal que relacionan la vulnerabilidad de la víctima con agravantes expresas (por

ejemplo, y con relación este caso, la hipótesis del art. 119 párrafo cuarto inc. "f" del Cód. Penal). Cuando la agravación no es expresamente prevista por el delito aplicado, es factible mensurarla en el marco de la graduación punitiva, conforme la escala establecida por el delito y las pautas de los arts. 40 y 41 del citado plexo normativo. Esta línea de argumentos la he desarrollado en igual sentido en el caso "Provincia del Chubut c/N. D. A. s/Abuso sexual agravado" (Legajo Fiscal N° 4123 de Lago Puelo, NIC N° 5782, sent. del 12/8/2024) ante similares agravios expresados por el Dr. H. C..

La Magistrada a cargo de la cesura también tuvo en cuenta otro grupo de circunstancias en sentido agravante, las que englobó en la extensión del daño causado por el delito a la víctima. En esa línea la Jueza tuvo en cuenta distintas circunstancias narradas por la víctima, como, por ejemplo, ideaciones suicidas y sentimientos de estigmatización que la llevaron a dejar su ciudad de origen y afectos, para radicarse en X con el consiguiente sentimiento de desarraigo que ello le acarreó.

Además, valoró como extensión del daño causado por el hecho, el aislamiento en que quedó la víctima luego del ilícito, relacionándolo con una maniobra de traslado al domicilio de la cuñada del imputado en X, en donde permaneció una o dos semanas, mientras estaba privada de todo elemento para comunicarse, al punto que recién al retomar su convivencia con su abuelo fue cuando pudo contarle lo ocurrido a su amiga L., quién la conectó con una abogada que la asistió para realizar la denuncia varios días después del hecho.

Frente a ello, el recurrente se limitó a afirmar, tras transcribir una cita doctrinaria consignada por la sentenciante para establecer qué debe entenderse por "extensión del daño causado", que dicha cita no constituye una conclusión basada en el análisis de la prueba producida, lo que da cuenta de una falencia argumentativa que impone su descalificación como acto jurisdiccional. Tal como surge del párrafo anterior, la sentenciante ha fundado la extensión del

daño causado por el delito en circunstancias que considera acreditadas durante el debate, razón por la cual la ausencia argumental invocada no es tal.

Por otra parte, el hecho de que la Magistrada tuviera por probadas las circunstancias agravantes en base a los dichos de la víctima, no es razón suficiente para invalidar sus conclusiones, en especial, después de que el jurado popular optara por declarar penalmente responsable al encartado en base a los dichos de la señora K.. Fraccionar la credibilidad de la víctima, implicaría un quiebre lógico que no encuentra fundamento en los argumentos que dan sustento a la impugnación en trato. Por otra parte, tanto lo referido a la marcada vulnerabilidad que presentaba la víctima al momento del hecho, como los daños que éstos le ocasionaron a la nombrada según sus propias manifestaciones, encuentran corroboración en el informe brindado por la Lic. Laura Victoria Codina, quién como testigo experta explicó sus conclusiones luego de realizar la pericia psicológica que se le encomendara. Las agravantes fueron correctamente individualizadas y se sostienen frente al embate recursivo.

Aclarados aquellos agravios cuyo objeto era establecer si las circunstancias utilizadas en sentido agravante fueron correctamente individualizadas, corresponde abordar ahora las críticas expuestas por el recurrente en relación a la motivación necesaria para transcurrir entre el mínimo de pena previsto en abstracto por el tipo penal en tratamiento (seis años de prisión), y el finalmente seleccionado por la sentenciante.

En tal sentido, el Dr. C. centra su queja en que las escasas agravantes aplicadas no explican cómo estas inciden en la pena impuesta, ni se explicó el número que la Jueza le asignó a los ítems aumentativos. Con ello en miras, reclama la imposición del mínimo previsto por la normativa sustantiva, o en su defecto, el reenvío para una nueva consideración de la sanción a imponer.

En diversos precedentes he señalado que el ordenamiento positivo argentino ha consagrado un sistema relativo, por oposición a uno de penas fijas, donde a cada tipo legal le

corresponde un marco que refleja el valor proporcional de la norma dentro del sistema y en virtud del cual el juez debe fijar cuál es la sanción adecuada al caso que se le presenta. Dicho marco, configura una escala de gravedad continua y de crecimiento paulatino, en la que el legislador establece todos los casos posibles, desde el más leve hasta el más grave que se pueda concebir, y el sentenciante debe ubicar cada una de las controversias sometidas a su conocimiento, procurando hacerlo en el segmento correcto (Ziffer Patricia, Lineamientos de la determinación de la Pena, Ad- hoc, 1999, p. 37). Si bien esta línea analítica, que impone necesariamente la valoración conjunta del ilícito, *-es decir, determinación de la pena teniendo en cuenta cuál es el mínimo y cuál el máximo de la escala prevista para el delito en trato, ya que solo en esa relación es posible reflejar la intensidad con que el hecho ha contrariado al derecho-*, el grado de culpabilidad del imputado, con el correctivo de la peligrosidad y las reglas de los arts. 40 y 41 del Código Penal; no crea un sistema de determinación perfecto o matemático, indudablemente estrecha considerablemente el margen de discrecionalidad del juez a la hora de llevar a cabo la intelección selectiva de la sanción corresponde al caso (en igual sentido, Cas. Prov. de Buenos Aires, Sala VI, causa N^a 54.907, "A., R. A. s/Recurso de Casación; "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", dirigido David Baigún y Eugenio Zaffaroni, Ed. Hammurabi, T.II, p. 59; "Código Penal de la Nación, comentado y anotado", Andrés José D' Alessio, Ed. La Ley, p. 635). La fundamentación cierra la metodología de análisis, ya que la exposición de las circunstancias valoradas y el sentido atenuante o agravante que se les asigne, asegura la existencia de una decisión adoptada dentro de los estándares constitucionales requeridos para autorizar el ejercicio del poder punitivo del estado respecto de una persona que infraccionó la ley penal.

De ello se extrae que las circunstancias valoradas en sentido agravante o atenuante no están tabuladas numéricamente, han sido dejadas al arbitrio razonable de la

Jueza del debate. En el caso, tal como vengo señalando, la sentenciante detalló las circunstancias en base a las cuales estimó que debía apartarse del mínimo legal previsto. Por ello, sumado a que el recurrente no demuestra una desproporción en la pena impuesta, ni una falla manifiesta en la argumentación seguida por la jueza, que corre por los andariveles expuestos en el párrafo previo; es que debe rechazarse la queja aquí tratada respecto de la suficiencia argumentativa.

A modo conclusivo, considero que la Jueza individualizó las razones por las que correspondía apartarse del mínimo legal previsto por el delito en relación al cual se lo condenó a Q., esto es, la comisión de un hecho constitutivo de Abuso sexual mediando acceso carnal, más la valoración de sus circunstancias de tiempo, modo y lugar que conformaron un contexto de vulnerabilidad, tipificados por la ley como violencia de género. Luego tuvo en cuenta la extensión del daño causado a la víctima, ítems a los que la Jueza le otorgó un peso razonable para arribar a una sanción ubicada en el segmento intermedio de la escala punitiva prevista por la ley de fondo. Por tales razones, y teniendo en cuenta además la pretensión Fiscal, la escala penal prevista en abstracto para la conducta imputada y los ítems individualizados a tenor de los arts. 40 y 41 del C. P., es que considero proporcional y ajustada la imposición de una pena de nueve años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, correspondiendo confirmar en todo la condena imputa a F. Q., respecto del hecho por el que fuera hallado penalmente responsable por el Jurado Popular interviniente, constitutivo, como ya señalé, del delito de Abuso sexual mediando acceso carnal (art. 119 primer y tercer párrafo del Cód. Penal).

IV. HONORARIOS.

En cuanto a la regulación de los honorarios profesionales de los letrados intervinientes, meritando la calidad, extensión y resultado de aquellos, he de remitirme a las consideraciones vertidas por la Magistrada que lidera el

acuerdo por compartir sus argumentos y citas legales vertidas.

Así voto.

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,

FALLA:

I. DECLARAR INADMISIBLE -por mayoría- el agravio vinculado a la omisión de instruir al jurado respecto del delito menor incluido, por extemporáneo, conforme los argumentos expuestos por los doctores Zacchino y Dal Verme.

II. NO HACER LUGAR a la impugnación ordinaria interpuesta por la defensa de F.T.Q..

III. CONFIRMAR la sentencia registrada bajo el N° 2572/2024, dictada el 12 de noviembre de 2024 por la jueza penal Dra. Silvana Cecilia Vélez, y condenar en definitiva a F.T.Q. a cumplir la pena de NUEVE (9) AÑOS Y SEIS (6) MESES DE PRISION DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO, más accesorias legales y costas, en virtud del veredicto de culpabilidad dictado por un jurado popular, tras considerarlo autor penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (art. 45 y 119 tercer párrafo del Código Penal), por el hecho ocurrido el día 22 de octubre de 2021 en la Ciudad de X, Chubut, en perjuicio de B.K..

IV. Tener presente la Reserva del Caso Federal (art. 14, Ley 48).

V. REGULAR los honorarios profesionales de los Dres. Hugo C. e I. L., en forma individual, en un veinte por ciento (20 %) cada uno, de los que fueran regulados en el punto IV) de la sentencia impugnada (arts. 5, 6 bis, 7, 9, 44, 45 y cc. de la Ley XIII N°4, modificada por Ley XIII N° 15; y arts. 239, ss. y cc. del CPP).

VI. Notifíquese a la víctima, en los términos del art. 11 bis. de la ley 24.660.

VII. Remítase copia de la presente sentencia a conocimiento del Sr. Juez a cargo de la Ejecución de la Pena

en los términos establecidos por el art. 392 del C.P.P.
(modificado por ley XV nro. 39) a sus efectos.

VIII. Tener por notificadas a las partes con la lectura
de la presente.

IX. Regístrese y notifíquese.

PROTOCOLO: 915/2025