

SENTENCIA N° 09/2015. En la ciudad de San Martín de los Andes, Provincia de Neuquén, a los 10 días del mes de marzo de dos mil quince, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por los Dres. Andrés Repetto, Héctor Dedominichi y Gladys Mabel Folone, presididos por el primero de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en la causa "A. , M. R. s/Robo calificado y Abuso Sexual con acceso carnal en Tentativa", identificado como legajo 10909/2014 seguido contra M. R. A. , DNI N°....., hijo de J. C. y de A. R. , argentino, nacido el día 15 de noviembre de 1992, soltero, jornalero, domiciliado en barrio de San Martín de los Andes.

ANTECEDENTES:

Por sentencia n°14 del 30 de setiembre del año 2014, el Colegio de Jueces del Interior resolvió condenar a M. R. A. , a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional por el delito de abuso sexual simple en concurso real con robo, en carácter de autor (art. 119 primer párrafo, 164, 55 y 45 C.P.) por el hecho ocurrido en el domicilio de de San Martín de los Andes, el 2 de marzo de 2014 en perjuicio de y, conforme la declaración de culpabilidad dictada oportunamente. Con costas.

Contra dicha sentencia, la Fiscalía, la Querella y la Defensa de M. A. interpusieron recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del CPP), celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP, el día veinticuatro de febrero de dos mil quince, oportunidad en que los impugnantes expusieron sus fundamentos.

En la audiencia mencionada intervino el Dr. Manuel González por la Fiscalía, el Dr. Carlos F. Sánchez Galarce por la Querrela, el Dr. José Luis Espinar por la Defensoría de los Derechos del Niño, y los Dres. Facundo Trova y Alejandro Bustamante como defensores de confianza de M. A. .

El Sr. Fiscal sostuvo respecto de la admisibilidad formal del recurso que el caso se encuadra en las facultades conferidas por los arts. 227 y 241 inc.3 del CPP, por cuanto la pena aplicada resultó ser inferior a la pena pretendida. Que la Fiscalía pidió una pena de 8 años y A. fue condenado a tres años de prisión en suspenso. Que en la sentencia se produjo un cambio de calificación notable, que hace que la sentencia sea incongruente y provoque un gravamen irreparable, al ser notoriamente menos gravosa que la por su parte pretendida. En ese sentido la consideró "nimia". Manifestó que su impugnación comprende tanto la sentencia de responsabilidad como el juicio de cesura. Expresó a modo introductorio su disconformidad con la reforma procesal penal implementada por la ley 2784. Luego señaló que en el fallo se omiten cosas deliberadamente y se "ponen cosas que no fueron tales". Sostiene que existe incongruencia entre la sentencia y lo que ocurrió en el juicio. Dice que sus planteos no se rebaten. Dijo también, que el sistema procesal penal implementado, no es adversarial puro, que no hay igualdad de armas; pues la Fiscalía tiene todas las limitaciones de diverso carácter y la Defensa tiene todas las armas que quiera usar. Que los jueces suplen la inactividad de la Defensa. Que se le exige a la Fiscalía el relato exacto del hecho y la prueba, pero a la Defensa se le hace saber que

“podrá” exponer su postura, y, para el caso que la exponga, luego la puede cambiar sin mella alguna. Relata el hecho en análisis. Señala que durante el proceso se dictó prisión preventiva contra A. , por el delito de robo y abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa, que en tal ocasión la Defensa solo discutió que no había peligro de fuga con lo cual no se discutió ni materialidad ni autoría. Dicha prisión preventiva, fue objeto de impugnación, ratificándose la decisión. Que los jueces señalaron en su momento la solidez de la imputación y la frondosa prueba. Que en el fallo las juezas de la mayoría denostan la actividad de la Fiscalía. Que las diferentes posturas en punto a la calificación que correspondía por el abuso sexual hizo que al momento de la audiencia del art. 168 CPP, hubiera que unificar criterios, y se calificó como abuso sexual consumado, estos avatares fueron considerados por las juezas a su criterio como un desconocimiento de la Fiscalía de cual conducta debía imputar. Refiere que la Defensa, en el alegato de apertura, si bien en principio negó la existencia de delito alguno, entre las soluciones propuestas en forma subsidiaria, solicitó que se considere el hecho como abuso sexual en grado de tentativa. Manifiesta que contrariamente a lo que señala la sentencia, nunca se alegó, ni se aceptó que A. estuviera borracho o drogado, que del video en que se lo ve caminando por la calle previo a la detención, surge claramente que caminaba normal.

Señala que las mismas juezas no cumplieron con el proceso adversarial, porque dijeron que hubo un desistimiento voluntario de A. . Sostiene que su parte no tiene porque descartar un posible desistimiento

voluntario que ni siquiera está planteado. Sostiene que el fallo es contradictorio pues por un lado señala que la lesión de la niña no resulta determinante del principio de ejecución de un acceso carnal, sin embargo remarca, que la prueba producida, entre ellos testimonio de la Dra. Buche y la Cámara Gesell, indican lo contrario, y por otro, tienen por probado que A. ató a la niña, que la subió a la habitación de los padres, que le puso una frazada en la cabeza, que tenía equimosis en la cabeza y en parrilla costal, arañazos en la espalda, hematoma en el cuero cabelludo compatible con tirón de cabellos, enrojecimiento de los labios de la vagina, y fisura en hora 6 en el zona anal, que en la habitación se encontró el envoltorio de un preservativo, similar al encontrado en poder de A. al momento de su detención. Se pregunta entonces, si estos elementos no acreditan suficientemente el elemento subjetivo que las juezas reclaman. Por lo que considera que la sentencia es disparatada. Tampoco es cierto alega, que su parte no hubiera discutido la tentativa inidónea como se señala en el voto mayoritario. Manifestó y lo reitera en esta instancia, que no existe el desistimiento voluntario en estos delitos, dando cuenta de doctrina que avala sus dichos y la prueba respectiva. Considera que la Fiscalía no debe acreditar porque no se logró consumar el hecho, a tenor de la abundante prueba producida. En cuanto al desistimiento voluntario dijo que pensar esto es una locura. Señala doctrina expresando que deben existir motivos meritorios para considerar el desistimiento voluntario pues las meras acciones voluntarias serán simples tentativas, citando a Vidal. Al reiterar la modalidad en que se produjo el hecho se pregunta si éste no

podría ser gravemente ultrajante, cita doctrina, y dice que los jueces en esta instancia, podrían así decirlo si lo consideran. Se indaga, sobre donde quedaron las garantías de la víctima. En cuanto al juicio de cesura, también lo critica, porque señala que las juezas pusieron en la sentencia algo que no pasó en el juicio. Que en su oportunidad pidió 8 años de pena porque entendió que ambos hechos, tanto el robo, en un lugar habitado, como un abuso sexual aberrante, ameritaban dicho monto. Que no considera un atenuante que una persona tenga problemas con la droga, o con la policía. Se queja del lenguaje y el tono utilizado por las juezas en la sentencia para dirigirse a la labor de su parte. Reitera que la conducta de A. no tiene atenuantes. Niega que no esté acreditado la extensión del daño como señala la sentencia, por el contrario éste surge de los informes y testimonios del juicio de cesura, señala. Niega que el escarnio publico sea un atenuante para A. . Niega que el haber estado con prisión preventiva sea un atenuante. Rechaza el argumento de la sentencia mayoritaria de que la regla en la aplicación de las pena es que sea en suspenso, sostiene que este caso por su gravedad, y la edad de la niña debe ser de cumplimiento efectivo.

En cuanto a la Querrela, representada por el Dr. Sánchez Galarce, luego de efectuar un relato del hecho, señaló que durante el proceso se dictó la prisión preventiva de A. que fue impugnada en su momento y ratificada por el Tribunal de Impugnación, confirmando los hechos. Expresó que celebrado el juicio, se dictó la sentencia de responsabilidad, y sobre ésta señala que en su larga carrera profesional es la primera vez que observa la

refutación de un voto preopinante por un juez. Que tal actitud es más para un tratado o una conferencia, pero no para una sentencia. Que la polémica entre jueces no es administrar justicia, admite que existan posturas diferentes, pero no una polémica dentro de la sentencia. Expresa que no comparte la postura crítica del Sr. Fiscal en cuanto a la reforma procesal; por el contrario entiende que ésta es un gran avance en la búsqueda de la justicia, pero dice que está implementada incorrectamente. En punto a los aspectos jurídicos, dijo que su parte considera que en el hecho de abuso sexual hubo penetración, dice que doctrina y jurisprudencia, han señalado que por mínima que sea la penetración debe considerarse tal. Dice que a la niña se le produjo como consecuencia de la actividad de A. , una fisura de dos milímetros en el esfínter cutáneo. El esfínter es un solo musculo que tiene una parte interior y otra exterior, es elástico. Que la fisura se produjo por la presión que ejerció A. con su miembro viril, aunque sea mínimamente en el ano de la niña. Remarca que A. , no sólo tenía el dolo de accederla carnalmente, sino que efectivamente la accedió. Que el hecho es consumado. Manifiesta que en la audiencia del art. 168 CPP, al estar obligados a unificar la acusación, ésta se hizo con la calificación legal de abuso sexual con acceso carnal consumado y así se sostuvo durante el juicio. Entiende que lo manifestado en el voto de la Dra. Martini de que no hay penetración por falta de prueba, no tiene asidero en la realidad. Sostiene que es ridículo pedir que haya pruebas de la violación, lo que sí están, son las secuelas de la violación algunas de mayor y otras de menor relevancia, arañazos, marcas en el cuero cabelludo, fisura

anal, son secuelas que muestran que hubo violación. Alega que la Defensa en su alegato de apertura planteó diversas hipótesis disminuyendo la calificación legal hasta el abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa, pero nunca habló de abuso sexual simple. Por eso entiende que las juezas han violado la congruencia, pues condenan por un delito que no fue traído a juicio. Que la crítica que se hace en el voto de la mayoría a la falta de prueba, en realidad no es así porque estaban acreditados los extremos. Que los jueces de impugnación de la prisión preventiva, tuvieron por acreditados los extremos que luego se invocaron en el juicio. Que la sentencia adolece de una falta de ajuste entre lo sentenciado y lo sucedido en el juicio. Solicita que se observen los videos de la audiencia de la primera y la segunda parte para corroborar sus dichos. Que en el video en el que se ve a A. caminando, no se lo observa, ni borracho, ni drogado, esto lo lleva a criticar la parte de la cesura. Que las garantías constitucionales son para todos los habitante, para los que delinquen y para los que no, por lo que de deben contemplar los derechos del imputado pero también los de la niña que ha sido violentada.

Manifiesta que en la sentencia de cesura, se les exige conocer el derecho holandés e italiano introduciéndose para medir la gravedad del hecho teorías que no tienen recepción entre nosotros, que el fallo resultó inentendible para sus clientes. Expresa que sus clientes le han solicitado que se requiera el máximo de condena posible para quien les arruinó la vida a ellos y a su hija. Que la sentencia los decepcionó. Dice que esta sentencia no repara, no hace justicia. Por eso pide que se

sancione al imputado con el mayor rigor posible. Pide en definitiva la modificación de la sentencia, en lo que se refiere a la calificación legal, y se considere abuso sexual con acceso carnal consumado en concurso real con robo simple, y se le imponga la pena de 10 años de prisión con más accesorias.

Por su parte la Defensa, en su argumentación señaló que la pena impuesta en suspenso, todavía no se pudo cumplir porque A. está en prisión. En punto a la admisibilidad formal del recurso por su parte presentado, sostiene que el art. 233 y 239 CPP habilita para plantear la impugnación frente una sentencia condenatoria. Que el recurso fue presentado por escrito y dentro del plazo legal. Entiende que para romper la presunción de inocencia de que goza el imputado el fallo debe tener una certeza apodíctica. Considera que en el proceso nunca se pudo despejar el estado de duda, y por tanto no se desvirtuó su estado de inocencia. Dice que lo que han tenido por acreditado los jueces es que el día 2 de marzo del año 2014 entre las 11 y las 12hs, ingresó a la vivienda habitada por, previo a romper un vidrio de una ventana del frente del domicilio (banderola) y luego de requerir el dinero a la niña, subió con ésta al dormitorio de sus padres ubicado en la planta alta, cubrió a la misma con una manta y le apoyó su pene en la cola, momento en que la niña dijo que le dolía, retirándose del domicilio llevándose consigo algunos elementos. Los jueces se basaron en la persistencia del relato de la victima, en la validación diagnostica y la validación medica, el testimonio de la psicóloga Gryn y Calacci. Sostiene que la postura de la mayoría es errónea y arbitraria la

apreciación de la prueba. Admite la existencia del robo simple, esto es el ingreso de A. al domicilio con fines de robo, dice que todo lo demás es imaginación de la psicóloga Nancy Gryn y del Querellante. Que carece de sustento probatorio la versión de la querrela de que porque no encontró dinero optó por violar a la nena. Que A. no tiene un perfil de violador, que nunca ha tenido un problema de éstas características. Que la persistencia del relato nunca existió. Dice que cuando se produce el hecho, el primer contacto de es con un vecino a quien le dijo que habían entrado a robar a la casa, pero nada le dijo del abuso. Al padre tampoco le dijo nada del abuso sólo le dijo del robo; a la madre le dijo "entraron a robar", y al preguntarle a la madre "que te hicieron hija", ella respondió "me hicieron todo lo que le hacen a las niñas en las novelas cuando entran a robarle", entiende que eso hace referencia a la pregunta donde hay dinero, que esto no se refiere al abuso sexual. Que esta expresión es interpretada por la madre como un abuso y empezó a decir que "mi hija fue abusada, mi hija fue violada". Que cuando llega al Hospital, ya la madre les dice a los médicos que su hija fue violada, generándose un "teléfono descompuesto". Que la declaración de la niña ha sido "guionada", influenciada" por todo un ambiente externo, generado también por los padres. Que entre el hecho y la Cámara Gesell pasaron 25 días durante los cuales trascendió mediáticamente lo causa. Que la médica dijo que la niña no fue accedida carnalmente. Que la declaración de la niña ha sido direccionada. Sostiene que la niña fue asistida durante esos 25 días por una psicóloga particular, la Lic. Gryn, donde de lo único que se habló es de violación, del

abuso, por eso dice que su declaración ha sido guionada, influenciada, con un vocabulario que no es de niños. Entiende que la psicóloga particular ha "preparado" a la niña para que hable en la Cámara Gesell. Que el tema de que fue atada, que le pusieron una frazada en la cabeza, surge después de haber charlado con la psicóloga. Por eso la persistencia del relato no es tal.

En cuanto a la validación diagnóstica, dice que los sistemas para su realización son falibles y siempre hay lugar a duda. Que en el caso no se usó el protocolo de actuación en Cámara Gesell aprobado por el Tribunal Superior de Justicia, que indica la realización de estudios previos para luego evaluar la credibilidad del testimonio; ello a pesar que la licenciada Calacci dijo que sí tomó contacto con la asistente social.-

En punto a la validación médica, dijo que el informe de la Dra. Buche es claro en cuanto a la inexistencia del acceso carnal.

En definitiva, solicita se revoque la condena y se absuelva a A. en orden al delito de abuso sexual simple por el beneficio de la duda, falta de prueba y que no se arribó a la certeza necesaria para un juicio de condena.

En la réplica la Fiscalía dijo, que no es cierto que no haya prueba del abuso sexual. Refiere que la niña cuenta lo sucedido a un vecino primero, luego al padre, a la madre le dice lo del abuso. Que inmediatamente la llevan al Hospital y es revisada por una medica que constata equimosis en hombro derecho, arañazos en la espalda, enrojecimiento en la zona vaginal y fisura en hora 6 en el ano, lesiones todas de reciente data; está el testimonio de

la Lic. Nancy Gryn, la Lic. Calacci, que ésta es prueba categórica, inmediata. Que al lado de la cama de los padres donde ocurrió el hecho, se encontró el teléfono de A. , papeles para armar cigarrillos y un envoltorio de preservativo. A. fue detenido en la misma tarde del hecho secuestrándosele un preservativo cuyo envoltorio era el mismo al encontrado en el lugar.

En la réplica de la Querrela, el Dr. Sánchez Galarce, dijo, que la resolución de cesura le impone una pena en suspenso a A. y la obligación de someterse a un tratamiento por adicciones, manteniéndose la prisión domiciliaria hasta tanto ello ocurra.-

En cuanto al agravio referido a la ausencia en la persistencia en el relato, dice que es lógico que la niña hable primero con la madre por una cuestión de pudor, por ser la primera mujer con la que tuvo contacto, que no puede pretenderse que se lo cuente al vecino. Que la demora en la realización de la Cámara Gesell fue por problemas operativos. Presumir que la niña ha sido "preparada" durante ese tiempo, es cuanto menos osado, no hay ningún elemento que permita probar que ha sido inducida, ni que las marchas realizadas, ni la efervescencia social, haya inducido el relato de la niña.

En la réplica la Defensa dice que no vino a realizar una crítica del proceso adversarial, ni del código de procedimiento, ni su implementación por no ser el ámbito. Que tiene el mandato de defender a A. con el máximo de responsabilidad y prudencia, esto lo dice porque entiende que de lo alegado por las partes acusadoras "escuche poco de agravios", considerando que en esta instancia se debe ser preciso, fundado y específico.

Reitera la errónea valoración de la prueba realiza en la sentencia.

Que estamos en un proceso acusatorio, con un juez imparcial. Cada una de las partes planteó su teoría del caso y las juezas de la mayoría consideraron que la teoría del caso de la acusación no fue debidamente acreditada. Que hicimos distintos planteos porque así fue planteada la estrategia defensiva, con planteos subsidiarios. En punto a la impugnación de la Querrela, dice que tanto el informe, como el testimonio de la Dra. Buche son claros cuando señalan que no hubo acceso carnal, que no había lesión en la mucosa interna del ano, no obstante lo cual la parte continúa diciendo que sí lo hubo.

En punto a lo expresado por la Fiscalía, dijo que, en el fallo quedó explicado en el voto de la mayoría, que el sólo hecho de bajar la calificación legal no implica necesariamente que se verifique un acceso carnal en grado de tentativa. Para que ello ocurra la Fiscalía debió haber probado en tiempo oportuno, tanto el tipo subjetivo como el objetivo de la tentativa, que exige un comienzo de ejecución y una causa ajena a la voluntad del autor que le impide concretar el hecho, circunstancia ésta, dice que la Fiscalía nunca probó, y ni siquiera mencionó.

Con respecto a la introducción del desistimiento voluntario, dijo que las juezas de la mayoría nunca dijeron que se verificó la situación del desistimiento voluntario, sino todo lo contrario, solo ejemplificaron al establecer la diferencia con el vocal preopinante. Considera que la Fiscalía ha interpretado erróneamente el fallo.

En punto a la argumentación de gravemente ultrajante que menciona la querrela, dice que es un aspecto

que no se puede plantear en esta instancia, cuando no se hizo en el debate y por tanto es improcedente y violatoria del principio de congruencia.

Dice que este principio, es una garantía a favor del imputado, y no de la parte acusadora, para poder defenderse de la imputación que debe ser clara y precisa.

Con relación al juicio de cesura, considera la Defensa que no se ha podido acreditar el daño de la niña porque las personas que declararon fueron testigos preparados. Que el Dr. Guerche es un psiquiatra del hospital público que se niega a atender a A. . Que las maestras que testimoniaron son de un curso diferente al que fue la niña. Que la directora, que también testificó, dijo que había estado en las marchas, que evidentemente es, a su modo de ver un testigo contaminado, su interés es evidente. Que era una testigo preparada. Considera que el fallo es ajustado a derecho, es claro. Reitera que en un proceso acusatorio el juez no puede suplir las deficiencias de las partes.

Finalmente el Dr. Espinar, en su carácter de Defensor de los Derechos del Niño expresó su coincidencia con el querellante particular. Sostiene que debe considerarse el derecho superior del niño, que nadie en el caso ha garantizado sus derechos. Que el hecho se cometió y esto cambió la vida de la niña. Cuestiona que en la sentencia de pena se haya considerado como atenuante el escarnio público sufrido por A. , sin que se haya considerado la situación de la niña, que todavía está en tratamiento. Revaloriza el testimonio de la Lic. Calacci. Que en el caso se verificaron las lesiones, no importa si son de 1mm o 2cm., por lo que acuerda con el querellante

particular. Aspira a que se contemple el derecho de los niños realmente.

La Defensa replica al Dr. Espinar, diciendo que quien debe velar en el marco de un proceso judicial es el defensor de los derechos del niño, caso contrario será sólo una expresión de deseo. Lo que no se probó en el juicio no podrá ser tenido en cuenta.

El Dr. Repetto en uso de la facultad del art. 245 3er párrafo CPP, solicitó a la Fiscalía precise cuál es el elemento que constituyó la circunstancia ajena a la voluntad del autor que hizo que no continuara con su accionar, respondiendo la parte, que no se pueden tener precisiones exactas de una niña. Que para este delito no es determinante cual fue el motivo que hizo que A. no continuara su acción. Que a su modo de ver el principio de ejecución ya estaba, no importa porqué no se consumó, lo cierto es que hay lesiones. Sostiene que el desistimiento voluntario no procede cuando hay lesiones. Que lo que determina la tentativa es el comienzo de ejecución. Sostiene que A. realizó una tentativa acabada como dijo el Dr. Zabala.

El Dr. Sánchez Galarce, por la Querella, dijo que la Dra. Buche es médica y no conoce de las teorías jurídicas ni la tipificación de la conducta. A su modo de ver el delito es consumado desde que hubo una penetración del pene. Alega que la Dra. Buche no dijo que no hubiera introducción de pene, sino que no hubo violación. La Fiscalía dice que la lesión es externa por eso no hubo penetración.

La Defensa dice que supone que la niña fue preparada, pues no le consta que la niña en las entrevistas

haya hablado siempre del abuso. Dice que la propia familia fue quien expuso a la niña. Remarca que su conclusión tiene que ver con la inmediación, gestos, posicionamiento, ella estuvo en todo momento e influyo en la menor.

Al momento de hacer uso de la palabra M.

A. desistió de hacer uso de su derecho.-

Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria- del Digesto Adjetivo, se dispuso que debía observarse el orden siguiente de votación: Dra. Gladys Mabel Folone, en primer término, luego el Dr. Héctor Dedominichi y finalmente el Dr. Andrés Repetto y se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?

La Dra. Gladys Mabel Folone, dijo:

Considerando que las impugnaciones deducidas contra la sentencia fueron interpuestas en tiempo y forma, por las partes legitimadas subjetivamente contra una decisión que es impugnabile desde el plano objetivo, corresponde su tratamiento.

El Dr. Héctor Dedominichi expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El Dr. Andrés Repetto manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?

La Dra. Gladys Mabel Folone, dijo: Todas las partes del proceso han formulado objeciones al fallo en cuestión en lo que respecta a la imputación por el delito

de abuso sexual, y a la determinación de la pena. Ninguna objeción se planteó en relación al delito de robo simple, por el cual A. , también fue declarado autor penalmente responsable y tal conducta fue considerada al momento de la imposición de la pena. Analizaré en primer lugar los agravios de la Fiscalía.

El Dr. González, inició su alocución con una larga crítica al nuevo sistema procesal penal implementado en la provincia por la ley 2864, expresando su oposición al mismo. Sobre este particular, considero, que nada cabe referir, tratándose sólo de la opinión de uno de los operadores del sistema, y como tal respetable, no compartida por los profesionales que representaron a las otras partes del proceso, conforme lo sostuvieron en la audiencia.

Otra de las cuestiones que el Dr. González refirió en la audiencia, aunque no guarda relación directa con los agravios que luego expresara, es lo relativo a la igualdad de armas, dado que, a su modo de ver, la Fiscalía tiene "todas las limitaciones de diverso carácter y la Defensa tiene todas las armas que quiera usar" y que "los jueces suplen la inactividad de la defensa"; "que se le exige a la Fiscalía el relato exacto del hecho y la prueba, pero a la defensa se le hace saber que "podrá" exponer su postura". Sobre estas conclusiones sólo cabe reiterar que el Ministerio Público Fiscal, es el representante del poder punitivo del Estado, es aquel que tiene el poder de poder llevar a una persona ante los estrados judiciales con la imputación de un delito, por tanto frente a tamaña potestad, parece lógico y razonable exigirle a esa parte la precisión en el relato del hecho y en la producción de

prueba, que amerite la imputación de un delito. Como límite a esa facultad, el imputado tiene un catálogo de garantías que están algunas explícitas y otras implícitas, entre ellas el derecho de defensa en juicio, enumeradas en la Constitución Nacional, la Constitución Provincial y los Tratados Internacionales firmados por el Estado Argentino. En el actual proceso penal impuesto en la Provincia, resulta elemental someter a debate todo dato fáctico o jurídico susceptible de influir en la sentencia, lo que constituye la expresión clara del principio de contradicción que es uno de los pilares del actual proceso.-

En punto a los agravios explicitados en relación a la sentencia de responsabilidad penal, pese al esfuerzo argumentativo desplegado por la parte, adelanto opinión, señalando que la impugnación formulada por la Fiscalía, a mi entender no puede tener favorable acogida. Sin perjuicio del lenguaje y del tono literario utilizado por las juezas que conformaron la mayoría, respecto del que no efectuaré ninguna consideración, entiendo que han considerado y valorado la totalidad de la prueba producida siguiendo los parámetros de la lógica y la sana crítica, por lo que la queja de la Fiscalía, sólo puede considerarse como una opinión diversa a la sustentada por aquellas. No comparto lo expresado por el Dr. González en cuanto que las juezas de la mayoría, introdujeron la figura del desistimiento voluntario, cuando nadie lo había planteado. Lo que se dijo es que "al no argumentar (la fiscalía) sobre el elemento subjetivo de la tentativa omite descartar un posible desistimiento voluntario (art. 43 CP.)...", es decir la jueza desarrolla su argumento, marcando las distintas

posibilidades de soluciones jurídicas al hecho fáctico que se está analizando, a mi criterio, no está introduciendo un tema no planteado como se señala.

Considero también que es un error, pensar que porque siete jueces confirmaron la prisión preventiva de A. , sin cuestionar la materialidad del hecho y la autoría como dice la Fiscalía, no podría haberse dicho lo contrario en la sentencia, por la sencilla razón de que en aquellas oportunidades, que como bien lo remarcó fueron varias, no era ése el tema de la discusión, sino que era el peligro de fuga o posibilidad de entorpecimiento de la investigación, lo que se discutía en la medida cautelar. Justamente la centralidad del juicio está puesta en el debate, donde cada una de las partes concurre con su teoría del caso, en punto al hecho y a la autoría penalmente responsable. Es el debate, el momento de la discusión de esos aspectos y no la medida cautelar, que tiene otros fines. Por lo que nunca nadie discutió la materialidad y la autoría del delito porque en aquel momento, no era eso lo que se discutía.

La Fiscalía, niega rotundamente la posibilidad de desistimiento voluntario en este tipo de delito, así lo remarcó al momento de solicitársele explicaciones al final de la audiencia. No comparto tal conclusión, ni la ley señala tal limitación, ni la experiencia lo indica. El código penal requiere para la tentativa, que circunstancias ajenas a la voluntad del autor impidan que éste continúe hasta la consumación con su conducta delictiva, el punto es que si la Fiscalía, pretende la aplicación de un abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa, no hay ningún dato que pruebe cual fue esa circunstancia ajena a

su voluntad que le impidió continuar, dado que surge de la prueba producida, que A. pudo continuar con su designio y no lo hizo, por eso la sentencia no podría haber dicho lo que el Fiscal no dijo. Este requisito no puede faltar. Todos los elementos probatorios señalados acertadamente por la Fiscalía, como el enrojecimiento de la vagina, el arañazo en la espalda, el enrojecimiento en el cuero cabelludo compatible con tirón de pelo, el uso de la frazada, y la lesión en el ano, etc., no controvertidos, guarda relación con el abuso sexual consumado y no con una tentativa de abuso sexual con acceso carnal. No debemos olvidar que el imputado goza de la presunción de inocencia, sea que ésta se alegue o no por parte de la defensa, por ser una garantía constitucional, por tanto, cada uno de los aspectos de la conducta que pretende imputar, la Fiscalía debe acreditarlos fehacientemente, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo independientemente de la estrategia de la Defensa. De lo que se sigue que la alegación de la Fiscalía, en el sentido de que su parte no debe probar porqué A. no continuó con su designio delictivo, es un concepto que a mi modo de ver no tiene sustento. Contrariamente a lo sostenido por la Fiscalía, no comparto que la afirmación de que solo la existencia de la lesión, en este caso anal, en la niña da cuenta de una tentativa, porque más allá de la presunta intención de accederla carnalmente, lo cierto es que no produjo esa penetración pudiendo haberlo hecho, y no se indicó qué circunstancia ajena a su voluntad lo impidió. Es por eso que la queja de la Fiscalía, frente a un diverso tratamiento que dijo haber sufrido por parte de las juezas de la mayoría, no puede tener favorable acogida. Tampoco puede considerarse el

planteo de la Fiscalía, que formula en esta instancias de que el hecho del abuso podría considerarse como gravemente ultrajante por los miembros de este Tribunal, debido a lo extemporáneo del planteo y la imposibilidad de resolver cuestiones no planteadas oportunamente, esa petición no puede considerarse, como también acertadamente apuntó la Defensa. Por tal razón los argumentos de la parte en esta etapa impugnativa, no resultan suficientes para controvertir lo dicho en la sentencia. Por otra parte, luego de ver los videos de la Dra. Buche la Lic. Calacci y la Cámara Gesell, considero que la valoración de la prueba realizada es correcta.

En cuanto a los agravios de la Querella, considero a mérito de lo que vengo diciendo, que tampoco pueden tener andamiaje. A los aspectos de su alocución referidos a lo ocurrido en etapas previas, le cabe la misma respuesta que al Dr. González. Es decir la autoría y materialidad del hecho se acreditan en el debate, con las pruebas oportunamente ofrecidas por las partes. En punto a la sentencia de responsabilidad, el Dr. Sánchez Galarce, sigue sosteniendo que está acreditado que el abuso sexual es consumado, dado que a su modo de ver la lesión sufrida por la niña en el ano, no controvertida, da cuenta de la existencia del acceso carnal. En este punto cabe referir que continúan las diferencias de criterio con la Fiscalía, que habló de un delito tentado. En lo esencial, no comparto la postura de la Querella, coincido con lo señalado por los jueces de la etapa anterior, lo que se compadece con la prueba producida y correctamente valorada. La Dra. Buche en ningún momento señala que la niña fue penetrada por su agresor, solo indica que la lesión constatada es en el

esfínter cutáneo externo, luego, si no existe ningún rastro en la zona interna, significa que no traspasó esa zona. Por lo que mal puede hablarse de delito consumado, porque la figura penal pretendida exige penetración aunque sea incompleta. De la fórmula del art. 119 1er párrafo del C.P., se extrae que la comisión del delito exige la realización de hechos corporales de tocamientos o acercamientos con la víctima sin que lleguen al acceso carnal o a su tentativa. Los actos objetivos deben tener un significado sexual, por cuanto el bien jurídico protegido del delito es la protección de la integridad sexual y la dignidad de la persona, la reserva sexual de su propio cuerpo. (Conf. José Luis Clemente- Abusos Sexuales pag.27

Señala también que hubo en la sentencia, violación del principio de congruencia, porque la Defensa a pesar de plantear varias hipótesis, nunca planteó la de abuso sexual simple, calificación que introdujeron las juezas de la mayoría. Entiendo que no se da en el caso tal violación al principio de congruencia, porque existe total identidad entre el hecho acusado, probado y sentenciado. La calificación legal menor efectuada por las juezas, no constituye una violación al principio de congruencia, sino que está dentro de los límites funcionales (art.196 CPP). En punto al agravio referido a la sentencia de cesura, lo trataré más adelante.

En cuanto a lo manifestado por la Defensa de A. , cabe señalar que en un principio reiteró lo expuesto en el alegato de clausura, refiriendo que en los presentes actuados no se ha superado el estado de duda; que se requiere para una sentencia de condena una certeza apodíctica. Si bien la Defensa en un momento de su alegato

solicitó la absolución por el beneficio de la duda por el delito de abuso sexual, más adelante sostuvo que el fallo es acorde a derecho y debe ser confirmado. Considero que no hay arbitrariedad de la sentencia, en tanto ha habido una valoración integral de la prueba a la luz de la sana crítica racional, al valorarse todos los elementos objetivos producidos y los indicios de ella derivados realizándose una ponderación lógica de las mismas, no se advierte absurdidad, ni omisión de circunstancias particulares que debían ser consideradas. La niña ha reiterado en la entrevista de Cámara Gesell en dos oportunidades lo que le ocurrió (minuto 28:13 primer video y minuto 10:33 del segundo video), lo que coincide con lo que dijo en un primer momento a sus padres, a la Dra. Buche en el hospital, a la Lic. Calaci en la Cámara Gesell y a la Lic. Gryn en su consultorio particular; no hay fisuras en su relato. En cuanto a la crítica referida a que no se cumplió con el protocolo para la realización de la Cámara Gesell, cabe reiterar, conforme lo he sostenido en autos "H.J. de J s/Abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez de la víctima doblemente agravado", sentencia del Tribunal de Impugnación del 11/09/2014 que "El protocolo aprobado por el TSJ mediante Acuerdo n°4132/07 comparte el objetivo del propio dispositivo de Cámara Gesell, que es proteger jurisdiccionalmente los derechos de niños y niñas víctimas o testigos de delitos contra la integridad sexual en el proceso penal, evitando su revictimización, cumpliendo de este modo con los estándares internacionales (Cfr. CSJN fallos 325:1549). El incumplimiento de alguna de las pautas fijadas por el protocolo solo acarrea como consecuencia que deba examinarse con mayor rigor dicho

medio probatorio", lo que ha ocurrido en este caso enancando tal prueba con el resto de los elementos probatorios. En cuanto a la manifestación de que el testimonio de la niña fue "guionado", tal como lo refiere la contraparte, solo es una suposición de la Defensa sin ninguna apoyatura objetiva. Por el contrario el relato de la niña es creíble y se compadece en sus diversos tramos, con la restante prueba colectada, tal como también lo señalan la Fiscalía y la Querella; a saber, informe médico y testimonio de la Dra. Buche, e informe de las lesiones de su cuerpo, testimonio de la Lic. Calacci, quien negó que la circunstancia de que la niña ya estaba en tratamiento psicoterapéutico cuando se realizó la Cámara Gesell haya influido en su relato, o pueda considerarse a éste como preparado, también negó todo indicador de fabulación. Sin que haya aplicado algún criterio de validación como lo señaló ella misma, la Lic. Grin, coincide con la conclusión de la Lic. Calacci, y lo que dijo en su testimonio es lo mismo que le contó la niña, que también coincide con lo que dijo a sus padres y en la Cámara Gesell. Además cabe tener en cuenta que en la casa se encontró un envoltorio de preservativo similar al encontrado en poder de A. , y su teléfono. También en la vivienda de C. se ubicó el cinto, y la frazada mencionada por la niña en su relato, con el que fuera atada y cubierta su cabeza. La Dra. Buche señala una lesión cutánea externa de la zona perianal, un enrojecimiento de la vagina, además de arañazos en la espalda y eritema compatible con tirón de pelo en la cabeza de la niña. A mi modo de ver las pruebas de cargo permiten arribar con certeza, tal como lo refieren los jueces de juicio sin margen de duda en tanto todas llevan a la misma

conclusión de que A. cometió el abuso sexual. Tal delito debe quedar tal como se resolvió, en la figura básica.

En cuanto al juicio de cesura, la Querrela, señala que la pena impuesta no repara, siendo inentendible para los padres de la niña víctima. Solicita se le aplique el máximo de la pena posible. También la Fiscalía cuestionó la etapa de cesura, en lo que se refiere al monto de la pena.

Por su parte la Defensa en punto a la determinación de la pena dijo que no se ha podido acreditar el daño de la niña porque los testigos que depusieron en la etapa respectiva estaban preparados. Cuestiona el testimonio del Dr. Guerche, porque dice que se ha negado a atender a A. a pesar de estar en el ámbito de la salud pública. Cuestiona también el testimonio de las maestras, porque dice que no son del curso donde iba la niña. Cuestiona el testimonio de la directora de la escuela, porque participó de las marchas que se hicieron y por eso dice, tiene un interés evidente en la decisión del caso. Finalmente dice que el fallo es ajustado a derecho.

El Dr. Espinar, si bien no impugnó el fallo, se le concedió el uso de la palabra en la audiencia, y en tal oportunidad dijo que agraviaba a su parte, que las juezas de la mayoría hayan valorado como atenuante para la determinación de la pena el "escarnio público" sufrido por A. , sin que se haya considerado la situación de la niña, que todavía está en tratamiento.-

En punto a este aspecto de la sentencia, se presenta la particular situación de que las dos juezas que proponen que la pena de A. sea de tres años de

ejecución condicional, lo hacen por sus propios fundamentos, son votos parcialmente concurrentes. Concretamente la Dra. Martini, señala como agravante de la conducta de A. , la sujeción, la violencia física, el estado de indefensión de la víctima por su edad, esto en cuanto al abuso sexual. En cuanto al robo, destaca que se realizó en un lugar habitado. Como atenuantes de la conducta señala los antecedentes de adicción, los sufrimientos padecidos por el escarnio público, y la privación cautelar de la libertad.

Por su parte la Dra. Deiub, señala como agravantes de la conducta de A. , la modalidad del hecho, entre lo que se señala la inmovilidad de la víctima por la utilización de un cinto, y haberle cubierto la cabeza con una frazada, en lo referido al abuso sexual. Y como agravante del robo el ingreso a un lugar habitado y el ejercicio de violencia sobre una niña de 9 años.- Como atenuantes, ponderó la adicción a sustancias tóxicas, pues ese estado operó como un reductor de la autodeterminación y su consecuente situación de vulnerabilidad y su condición de primario.

Coinciden en la modalidad de la comisión del hecho de abuso, es decir en la utilización de sujeción. En cuanto a la edad de la víctima como agravante, la Dra. Martini, no aclara porque utiliza ese parámetro. Por su parte la Dra. Deiub no menciona expresamente este dato como un agravante por ser parte del tipo del art. 119 1er.párrafo C.P. En este punto creo que amerita alguna precisión, puesto que, si bien el requisito típico de la ley se cumple, evidentemente no es lo mismo, el ataque sexual a una niña/o de un año, a otra/o de nueve años,

fundamentalmente por la extensión del daño y las posibilidades de reparación de la psiquis, por el nivel de madurez y raciocinio de la persona que sufre el ataque. Es decir éste último es un aspecto donde no hay coincidencia entre los votos.

A su vez la Dra. Martini incluye como agravante de la conducta de A. , la fuerza ejercida sobre la niña.

En cuanto a los atenuantes, ambas coinciden en señalar la situación de vulnerabilidad por el consumo de sustancias tóxicas, y la falta de antecedentes del imputado. Sin embargo la Dra. Martini habla de "escarnio publico" sufrido por A. , argumento cuestionado por el Dr. Espinar y la Fiscalía, y de la privación de libertad durante la medida cautelar, mientras que la Dra. Deiub, nada dice sobre estos dos últimos aspectos.

Analizados los votos de la mayoría, considero que ésta se ha conformado en relación a la determinación de la pena de forma aparente, tratándose de votos parcialmente concurrentes, no pudiéndose considerar que el voto de la Dra. Deiub sea dirimente. En este sentido el Tribunal Superior de Justicia en la causa Faria (Acuerdo n°6/2014) dijo "...el voto dirimente es el decisivo y no el que se aparta de la posición mayoritaria. Así se ha entendido, tanto en doctrina como en jurisprudencia, acudiendo incluso al vocablo que el Fiscal trae en auxilio:"(...) la abundante cita doctrinaria procesal (particularmente procesal penal) de la que hacen mérito los votos precedentes, lo que sostiene es la validez 'per se' del voto de adhesión como exteriorización cierta de que, quien esgrime la adhesión comparte los criterios o argumentos

expuestos por aquel al que adhiere. Pero este supuesto no permite (al menos con la claridad a mi juicio necesaria) interpretar que el procedimiento es válido cuando esa adhesión está destinada a 'dirimir' una disidencia entre dos votantes. Dicho de otro modo: cuando hay coincidencia de criterios, la adhesión se explica por los motivos que la propia doctrina indica. Pero cuando se han volcado en un fallo dos posturas notoriamente contrarias -al menos respecto de alguna de las cuestiones esenciales- aquella simple adhesión es, a mi entender, insuficiente. Ello así porque en los términos de la segunda acepción de dicho vocablo ('Diccionario de la Lengua Española'), dirimir es: 'ajustar, fenecer, componer una controversia'. Y para ello, y a los efectos de la debida claridad de un fallo, juzgo necesario que se establezca con precisión -entre otras postulaciones disímiles o contradictorias- porqué o cuáles son las razones que el dirimente encuentra válidas para optar entre una y otra..." (S.T.J. Río Negro, "Dr. Sánchez, José A. [...] s/ Recurso de Casación, rta. el 16/03/95, voto en disidencia de la Dra. Nelly Azucena Flores)." (...)). Lo que me lleva a concluir que la sentencia en este punto resulta arbitraria, en tanto existe una mayoría aparente, porque cada uno de los votos tiene sus propios fundamentos, es decir no hay una coincidencia plena en los votos que conforman la mayoría, porque los fundamentos utilizados por los jueces difieren, por ejemplo en el tema de la edad de la víctima, en el que expresamente disienten ambas juezas. Solo hay coincidencia en el tipo de pena y la modalidad de su cumplimiento, pero entiendo que el fundamento de la misma se debe sostener en un análisis lógico y jurídico de los atenuantes y agravantes. Al no haber acuerdo pleno en

estos puntos, se pone en crisis la razonabilidad del monto de la pena y de la modalidad, cuestión planteada por las partes acusadoras en sus agravios, lo que me lleva a proponer a mis colegas la revocación de la sentencia en lo que refiere a la cesura en análisis.-

En atención a la solución que propongo y lo dispuesto en el art. 246 in fine del CPP, entiendo que corresponde el reenvío de los presentes actuados al Colegio de Jueces, en resguardo de la garantía del doble conforme, para realizar una nueva audiencia de cesura, la que se efectuará con una integración distinta de los jueces que intervinieron en la sentencia impugnada. Ello así para garantizar el derecho al recurso que pudiere caberle a las partes, y en protección de la garantía constitucional del imputado a obtener la revisión de una resolución que le pudiere ser desfavorable; siguiendo las pautas establecidas por el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, en la causa "Chamblas, Nicols G.- Díaz Juan Leonardo- Larrat, Esteban Marín y Serrano, Ariel s/Homicidio" Reg.Int.87/14, que dijo "... a los fines de garantizar el doble conforme, tendrá expedita una impugnación a los fines un nuevo planteo de impugnación respecto a este punto, ante otra sala del Tribunal de Impugnación, sin perjuicio de su derecho a interponer recurso extraordinario a fin de resolver los agravios en relación a la totalidad de la sentencia...". En igual sentido se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Duarte, Felicia s/Recurso de Casación", el 05-08-2014. Considero asimismo importante remarcar que, a fin de dar una respuesta integral y rápida al imputado así como a la víctima, la

Oficina Judicial respectiva deberá fijar la audiencia de cesura con extrema premura y sin dilaciones injustificadas.

Por las razones expuestas, considero corresponde revocar parcialmente la sentencia impugnada en lo referente a la pena, ordenándose su reenvío a ese solo fin, confirmándola en todo lo demás. Mi voto.

El Dr. Héctor Dedominichi manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El Dr. Andrés Repetto expresó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

La Dra. Gladys Mabel Folone dijo: En atención al modo en como fue resuelta las impugnaciones, considero que no deben imponerse costas (art. 268 del CPP).

El Dr. Héctor Dedominichi manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El Dr. Andrés Repetto expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

En atención a lo expuesto, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,

RESUELVE: I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de las impugnaciones deducidas por la Fiscalía, la Querella y la Defensa de M. A. (arts. 233, 234 y 241 del CPP).-

II.- NO HACER LUGAR a las impugnaciones planteadas por la Defensa, la Fiscalía y la Querella, en punto a la autoría, y calificación legal; consecuentemente

confirmar la sentencia de fecha 30 de julio de 2014 que declara la autoría penalmente responsable de M. A. por los delitos de Robo Simple y Abuso Sexual Simple ambos en concurso real (art. 164, 119 1er párrafo y 55 C.P.) dictada por el Colegio de Jueces del Interior. -

III.- HACER LUGAR PARCIALMENTE a las impugnaciones de la Fiscalía y la Querrela, y en consecuencia REVOCAR la sentencia de pena de fecha 30 de setiembre de 2014 dictada por el Colegio de Jueces del Interior y ordenar el reenvío a los efectos de que se dicte nuevo pronunciamiento sobre la pena por los delitos de Robo Simple y Abuso Sexual Simple ambos en concurso real (art. 164, 119 1er párrafo y 55 C.P.) por otra sala del Colegio de Jueces.

IV.- NO IMPONER COSTAS a los impugnantes (art. 268 del CPP) por el trámite derivado de las impugnaciones de la sentencia.-

V.- Remitir el presente pronunciamiento a la Oficina Judicial para su registración, notificaciones pertinentes y tomar las medidas pertinentes para el reenvío de la causa a la brevedad.