En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 26 días del mes de Marzo del año dos mil ocho, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Juan Pedro Cortelezzi, Jorge Pfleger y Alejandro Javier Panizzi, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados “A., W. F. – M., G. G. s/ Abuso Sexual por acceso carnal agravado por el vínculo (el primero) y Abuso Sexual por acceso carnal (el segundo)” (Expediente 20.820 – 278 – 2007).
El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 570: Panizzi, Pfleger y Cortelezzi.
El Juez Alejandro Javier Panizzi dijo:
I) La Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, con fecha 28 de noviembre del año 2006, dictó la resolución N° 296 – F° 567/568 mediante la cual declaró la nulidad parcial del auto de procesamiento de fs. 117/131, y de los actos que fueron su consecuencia necesaria (requerimiento de elevación a juicio de fs. 362/367 y la citación a juicio de fs. 388), con respecto a G. G. M. (artículos 149, 150, 278 del Código Procesal Penal; artículos 2, 3 y 4 de la Ley 22.278; artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional).
La decisión fue adoptada por el Tribunal al advertir que, en el requerimiento de elevación a juicio, se le imputó a M. un hecho ocurrido en el mes de enero del año 2005, fecha en la cual el acusado no había alcanzado los dieciocho años edad pues los cumplió a los dos meses, aproximadamente, de ese suceso (23/03/05).
Por esa omisión, al imputado no se le aplicó el régimen penal de la minoridad (Ley N° 22.278) lo que le produjo –a criterio del a quo– un perjuicio evidente, pues significó haberlo privado de una garantía constitucional. Es así que, declarada la nulidad, los magistrados resolvieron remitir las actuaciones al Juzgado de Transición de la ciudad de Sarmiento, para la prosecución del trámite.
II) La defensa del acusado, a cargo de la doctora I. A. M., dedujo a fs. 478/483 un recurso de casación contra aquella resolución, fundado en el artículo 415, inciso 2° del ordenamiento ritual, pues la consideró violatoria de la garantía constitucional al debido proceso (artículos 8, inciso 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14, inciso 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 45 de la Constitución Provincial; y 1° del Código Procesal Penal).
Argumentó que el fallo retrotrae injustificadamente el proceso a etapas ya fenecidas, con lo que transgrede el principio de progresividad que lo rige y promueve una doble persecución penal por el mismo hecho.
Expresó que si por deficiencias en la investigación, o por cualquier razón no imputable al acusado, se ha dado causa a una nulidad, el a quo está privado de regresar el proceso a una etapa ya precluida.
Destacó que, anulado el auto de procesamiento, la prosecución de la causa ante el Juzgado de Transición de la ciudad de Sarmiento, implicaría la reapertura de la investigación y la posibilidad para la acusación de mejorar la endeble situación con la que había llegado al momento del juicio, y así la nulidad declarada dejaría al acusado en una peor situación procesal de la que tenía antes de su declaración.
Ese retroceso a etapas anteriores es lo que provocó la queja del recurrente, pues entendió que hubiera correspondido el sobreseimiento del acusado, y así peticionó a esta Sala Penal.
Hizo reserva de plantear el caso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
III) La causa continuó su trámite con respecto al otro acusado, don W. F. A., quien fue condenado el día 12 de diciembre del 2006 por la Cámara comodorense, a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, al hallarlo autor penalmente responsable del delito de Abuso Sexual agravado por acceso carnal y la calidad de progenitor, por el hecho ocurrido en la ciudad de Río Mayo durante el mes de enero de 2005, en perjuicio de la menor M. E. A. (artículos 12, 29, inciso 3° y 119, inciso “b” del Código Penal).
El hecho por el cual A. fue llevado a juicio, ocurrió en la fecha ya citada y consistió en el acceso carnal de su pequeña hija, vía vaginal, en al menos una oportunidad, cuando la menor se encontraba en la casa de sus abuelos paternos —Casa N° ** del Barrio F. de Río Mayo—, lugar en el que habitualmente pasaba con su padre los fines de semana.
IV) Contra ese pronunciamiento, la defensa del acusado, a cargo de la letrada mencionada en el párrafo II de este sufragio, interpuso un recurso de casación fundado en el artículo 415, inciso 2° del Código Procesal Penal por considerar que los magistrados al ubicar temporalmente el hecho, inobservaron las reglas del acuerdo legal y el principio de congruencia.
Criticó falta de mayoría legal, pues consideró que sólo el Juez Montenovo se ocupó de ubicar en el tiempo el suceso, mientras que la Jueza Pettinari guardó silencio. Por ello, consideró que la sentencia no cumplió con el requisito del artículo 357 de ordenamiento ritual.
Denunció la violación al principio de congruencia, en tanto señaló que con la actividad desarrollada por el Juez Montenovo se condenó a don W. F. A. por un hecho ocurrido en Enero del año 2005, cuando esa imputación temporal no se hizo al inicio del proceso, ni tampoco

apareció en la acusación fiscal concretada al final del juicio, donde la acción fue colocada en el fin de la semana del 17 y 18 de octubre de 2005.
Destacó el absurdo en la valoración de la prueba, apuntando en primer lugar que la Lic. A, única profesional a la que se le encomendó el diagnóstico de abuso de la niña, fue clara y contundente en el debate al precisar que no pudo profundizar las entrevistas porque la niña no habló, de manera que no pudo hacer ninguna validación del relato.
Con ello, el recurrente planteó que los magistrados no podían interpretar el informe y las explicaciones que sobre éste brindó en la audiencia la perito, como prueba incriminante y de autoría del acusado.
Atacó también la apreciación acusatoria del informe brindado por la Lic. M., terapeuta de la pequeña, sobre la ausencia de fabulación en su relato pues a esa profesional no se le encomendó ningún diagnóstico de abuso sexual, más aún cuando anticipó en el debate que no habló del hecho con la niña.
Reclamó la falta de realización de técnicas de entrevistas en los trabajos de las psicólogas y la no inclusión del perfil psicológico del acusado.
Por ello, consideró a los abordajes psicológicos inválidos como fuente de convicción y entendió que no debían haber sido utilizados por los jueces como material de libre interpretación.
Manifestó que en la valoración de los elementos colectados en la causa, el a quo no incluyó los múltiples contraindicios que aparecen en la causa y destacó que, con ellos, se hubiera llegado a una conclusión absolutoria.
Calificó a la sentencia como fruto no razonado del examen imparcial y objetivo de las prueba ventiladas en el juicio, sino como un compuesto de personales e íntimas convicciones de los Jueces.
Hizo reserva de plantear el caso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
V) Siguiendo el orden en que fueron presentados los remedios deducidos por la defensa, pasaré a revisar los pronunciamientos atacados.
G. G. M. fue llevado a juicio por un hecho sucedido cuando aún no había alcanzado la mayoría de edad, circunstancia que al no haber sido advertida durante la etapa de instrucción, impidió que fuera sometido al régimen tutelar que prevé la ley 22.278.
Por esa inobservancia el acusado fue procesado y puesto en prisión preventiva, mediante el auto de fs. 117/131, disposición que por imperio del artículo 282 del ordenamiento ritual no rige con respecto a los menores de la edad de dieciocho años. El disímil propósito que tienen las medidas cautelares y aquellas que tutelan los intereses de los menores sustentan esa restricción.
La prisión preventiva tiende a garantizar la presencia del imputado durante el proceso y asegurar el cumplimiento de la condena que pudiera imponérsele; en cambio, el tratamiento tutelar de los menores tiene un fin protectorio que busca su corrección y reinserción social. Por eso las medidas que el Juez ordena en el marco de este régimen especial siempre son en beneficio del menor.
De allí que mientras el derecho penal protege bienes jurídicos, el derecho Penal de adolescentes, protege a las personas menores de edad en conflicto con la ley.
Es correcta la decisión adoptada por la Cámara cuando advirtió el error, en tanto ordenó la libertad del acusado y dictó la nulidad parcial del auto de procesamiento, y de los actos que fueron su consecuencia, para luego disponer la devolución de la causa al Juzgado de Transición de la ciudad de Sarmiento a efectos de que continúe el trámite.
Mal puede argumentar la defensa que la regresión a etapas anteriores agravia a su representado, cuando la resolución que impugna fue dictada en beneficio de M. El acto de fs. 117/131 se dictó contraviniendo una norma que lo prohibía en atención a la condición del imputado (artículo 282 C.P.P.) e innegablemente, lo perjudicó así se omitió aplicar el régimen que mejor lo protege y garantiza sus derechos.
La alegada posibilidad de que la acusación pudiera mejorar la endeble situación con la que llegó al juicio no es más una conjetura. Bien podría llegar en peores condiciones o en mejores la defensa. Pero ambas cosas, claro, permanecen aún en el distrito de la hipótesis.
La declaración de nulidad fue necesaria porque el auto de procesamiento agravó la situación del imputado, y acarreó una coerción que la resolución impugnada derribó en beneficio del acusado.
Por ello corresponde su aplicación sin más, y la desestimación de los argumentos casatorios que esgrimió el recurrente.
Tampoco prosperará el sobreseimiento que insta la defensa, ya que no concurren ninguna de las causales que los artículos 294 y 320 del código de rito establecen para su procedencia.
VI) En la sentencia condenatoria recaída contra W F A, no hay razón para la procedencia del primer agravio esgrimido por el recurrente, pues la parcial imprecisión temporal de los magistrados no desbarató la prueba de la materialidad del suceso delictivo que se probó en el curso del proceso, ni la de su autoría en cabeza del acusado.

Tampoco aparece el agravio esgrimido como un impedimento para el cabal ejercicio del derecho de defensa, ni una violación al principio de congruencia, pues la plataforma fáctica de condena se mantuvo inalterable durante las diferentes etapas del proceso.

Yerra la defensa cuando plantea la falta de mayoría legal en el dictado del fallo impugnado, pues tanto la Jueza Pettinari como el Juez Montenovo se encargaron de ubicar temporalmente el hecho y enunciarlo con todas las circunstancias que fueron materia de acusación. Por lo tanto, propicio el rechazo de la nulidad impetrada.
El ataque a la valoración del Tribunal sobre los informes psicológicos no prosperará. Durante el debate la Licenciada A. declaró haber sido la encargada de entrevistar a la niña, su madre y hermana, en varias oportunidades anteriores a la declaración en Cámara Gesell, tomando conocimiento de lo sucedido, lo que quita eficacia a la denuncia del recurrente sobre la inexistencia de tales encuentros.
Los magistrados calificaron de trascendentes los informes de la referida profesional y de la Lic. M., de los cuales surge que la menor no evidenció signos de fabulación y que admitió haber sufrido hechos abusivos. Esa circunstancia le produjo mucha tristeza que hizo evidente, y una disociación importante de su personalidad pues le resultó difícil internalizar la acción de su progenitor.
No se trata de pruebas incorporadas en infracción a las reglas del proceso; de modo que no hay porqué dotar de escrúpulos a sus resultados.
Es decir, que no existen razones para considerar inválida la labor de ambas profesionales, pues aquellas brindadas por el recurrente no logran derribar la fuerza de convicción que tales informes han generado.
Los agravios vertidos no son eficaces para adulterar o corromper la valoración circunstanciada que efectuó el tribunal de grado.
Así, es adecuada la sentencia recurrida en lo que atañe a la prueba del hecho, como a su autoría y la atribución de responsabilidad penal, la que fue efectuada con razonabilidad y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, mediante un pronunciamiento con ostensible fundamentación y sin vicios de lógica que lo invaliden como acto jurisdiccional.
V) Por ello, propicio el rechazo de los recursos de casación traídos y, consecuentemente, la confirmación la resolución N° 296 – F° 567/568 – Año 2006 y la sentencia condenatoria atacada, con costas a los acusados (artículos 24, inciso 2º, 415, 485 y concordantes del Código Procesal Penal).
VI) Regulo los honorarios profesionales de la defensa pública en forma conjunta, por su actuación en esta instancia, en la suma de PESOS QUINIENTOS ($ 500.-), no incluye el importe correspondiente al IVA (artículos 6, 10, 14, 45 y concordantes del Dto. ley 2200, mod. por la ley 4335; 59 de la ley 4920, Dto. 1303, B.O. 24/10/02).
Así voto.
El Juez Jorge Pfleger dijo:
I. Me permito iniciar el trabajo que me toca sin enunciar los antecedentes que motivan la inspección casatoria.
Lo consiente la muy precisa y prolija enunciación realizada en el primer voto a cuyos términos me remitiré, no por holganza sino por prudente.
De allí que, en el orden en que fueron tratadas, desarrollaré sin más prólogo que el presente, la convicción que he formado acerca del contenido de las impugnaciones.
II. En primer lugar, y pese al inteligente discurso del distinguido colega de Sala, me permitiré el ejercicio del disenso.
Tengo para mí que la Cámara que, con buen criterio, anuló la prisión preventiva que pesaba sobre G. G. M. y le despachó en libertad, equivocó el sendero al extender la sanción procesal al auto de procesamiento y a los actos consecuentes, particularmente al requerimiento de elevación a juicio.
Si bien a partir de la Ley 4743 que modificó los términos del art. 183 sexto del C.P.P, el auto de procesamiento adquirió una nueva faz al convertirse en un instituto a cuyo través se legitimaba el estado de prisión preventiva exclusivamente, aquél no desapareció.
Esta nueva dimensión fue sin dudas una creación pretoriana. Intentó alinear, de ese modo, el procedimiento a los vientos que otrora soplaban en dirección a la puesta en vigencia de la norma procesal de excelente calidad y frágil suerte que la Honorable Legislatura del Chubut voto como Ley y quedó en vacancia, hasta la sanción del rito que hoy nos rige. A pesar de ello, el art. 273 del adjetivo de entonces jamás fue derogado.
No obstante lo dicho, considero inane su presencia en el proceso y por consiguiente irritante la nulidad dispuesta en ese sentido, en tanto que significó retrotraer etapas cumplidas, en desmedro del menor que pretendidamente favorecía.
Porque si el procesamiento, en cualquier caso, cumplía la función de estabilizar la imputación formulada en la intimación originaria, marcaba la base fáctica que condicionaría a los

actos sucesivos que significaran el progreso de la acción y determinaba provisionalmente la calificación jurídica, esa condición no mellaba el “status” especial de los menores punibles acorde los postulados de la Ley 22.278 y de la propia ley 3155.

Deben distinguirse, como no se ha distinguido por la “ a quo”, la esencia de ambos: el procesamiento y la prisión preventiva.

Bien lo ha señalado el Ministro Panizzi la prisión preventiva es una medida cautelar que tiende, bajo ciertos presupuestos, a mantener privado de libertad al imputado durante el proceso; nada más. Su vínculo con el procesamiento es en los sistemas en que persiste (lo era al menos en el nuestro, y como ya lo señalé) la expresión de los fundamentos en que podía justificarse su aplicación. Pero su enlace era circunstancial, pues el auto de procesamiento podía dictarse (antes de la sanción de la Ley 4743 y aún después si acaso no se abrazaba el criterio moderno) sin el instituto cautelar.

Y lo que la ley vedaba respecto de los menores de dieciocho años era la prisión preventiva, mas no el procesamiento.

Es más, aún antes de la sanción de la Ley 4347, algunos jueces de primera instancia sosteníamos el criterio de dictar un pronunciamiento de las características del procesamiento, como auto de mérito de la imputación (aunque no le denominábamos de esa manera) para justificar cualquier medida de protección y aún para decretar la inimputabilidad, porque considerábamos que de ese modo se respetaban los derechos minoriles durante el proceso reconocidos por la Convención Internacional de los Derechos del Niño (ver los protocolos respectivos del ex Juzgado de Instrucción nro. 3 de la ciudad de Trelew).

De modo pues que, infortunadamente, la respetable “a quo” incurrió en una trasgresión a la norma adjetiva que debe corregirse.

Comparto la objeción de la defensa en que volver las actuaciones al campo de la preparación, implica la posibilidad de una nueva chance para el Ministerio Público que advertido de los avatares del juicio tendría la posibilidad de revisar su postura. Esta situación, aún conjetural, es contemplada en la norma, porque la protección del derecho debe prevenirse obturando la posibilidad de otra oportunidad, o, más claramente expresado, el albur de un nuevo juego.

Por otro lado, resulta notoria y perniciosa la dilación operada en el tratamiento de la cuestión central- dilucidar la inocencia o la culpabilidad del menor- so pretexto de la ausencia de medidas tutelares.

Si el Estado equivocó el procedimiento poniendo al menor en cárcel, me parece un doble desatino volver toda la etapa de investigación atrás; implica haber desconocido conceptualmente la distinción entre investigación del hecho punible y aplicación provisional de medidas de protección o de tutela, según se las denomine.

No obstante, no resulta adecuada a derecho la proposición de la defensa, en la medida en que lo que se subsana aquí no merece la aplicación del instituto del sobreseimiento.

Sobre el tema propicio que se case parcialmente la decisión de fs.445/448 y se la revoque en cuanto declara la nulidad del procesamiento y de los actos que fueron su consecuencia, debiendo proseguir los autos según su estado.

III. Superado el primer punto me avocaré, renglón seguido, a verificar la corrección de la sentencia de condena bajo los parámetros amplios que implica poner en operaciones el derecho al doble conforme, que, en esta instancia, se materializa aplicando la “máxima capacidad de revisión” con las limitaciones que se ha reconocido.

IV. Dos son las quejas de la esmerada defensa que merecen tratamiento prioritario.

Sólo las mencionaré pues como lo dije desde un principio no iba a repetir las líneas del discurso de la doctora M., marchando recto al grano.

Así es que, en primer término, se acusó al acto jurisdiccional de trasegar la mayoría legal requerida para su validez en lo que atañe al momento de producción del suceso y, renglón seguido, a que durante el desarrollo de los actos imputativos y en la decisión misma se violó el principio de congruencia, mediante la alteración de la data de aquél instante, distinto del marcado en los actos de promoción.

Así planteado, y en la búsqueda de una justa solución, haré un breve repaso

En la solicitud de elevación de la causa a juicio que consta en las hojas 362/367 de estos autos, el señor Fiscal Jefe asentado en Comodoro Rivadavia señaló que, a su parecer de él, estaba acreditado “...que en fecha no precisa, que sería entre los meses de enero y septiembre del año 2005 la niña M. E. A. (de nueve años de edad al momento del primer hecho), ha sido abusada sexualmente por su padre W. F. A., quien la accedió carnalmente por vía vaginal, en al menos una oportunidad; en circunstancias en que la menor se encontraba en la casa de los abuelos paternos (cita en casa N° ** del Barrio F. de Río Mayo); ya que era habitual que la niña se quedara con el padre los fines de semana...” (las comillas encierran el texto tal cual es)

Su par en el juicio, R. S. T., confirmó esa tesis aun cuando, en el acta de debate, se dejó nota de que la Fiscalía había podido probar un solo hecho "...cometido entre el 17 y el 18 de Octubre de 2005..." basándose en las afirmaciones de la testigo B. (Estimo, sobre el particular que el "Octubre" ha de leerse "Septiembre", porque en el primer mes el proceso ya había comenzado a andar)

La sentencia se pronunció del siguiente modo y voy a reproducir los pasaje más salientes de cada voto.

Cuando arribó al punto, y luego de una larga relación causal, la Juez Pettinari señaló en su voto que, indiscutida "...la realidad fenoménica..." (sic) del abuso, este hecho estaba "...enmarcado en un contexto temporal comprendido entre enero de 2005 y septiembre de igual año, tal como lo ha fijado la pieza acusatoria...".

El Juez Montenovo, por su lado, concluyó de esta manera(y repetiré el texto, aunque me desagrade acudir a este recurso): "... V. Es en tal inteligencia que tengo por probado que a principio del año 2005 en la vivienda referida supra, el acusado accedió carnalmente a su hija en una oportunidad, por lo cual no existiendo ni habiendo sido planteadas causas de justificación y/o inculpabilidad (fs. 212) corresponde declarar su responsabilidad penal por tal suceso, en la medida en que se verá a continuación...".

El dispositivo, por fin, prescribió la condena de A. a la pena de ocho años, como autor responsable del delito de abuso sexual agravado por acceso carnal y la calidad de progenitor (art. 119, inc. b) del C.P., "...por el hecho ocurrido en la ciudad de Río Mayo durante el mes de enero de 2005, en perjuicio de la menor M. E. A..."

V. La antología formulada, producto de una lectura pretendidamente minuciosa, me conduce a una salida desafortunada para la puesta en crisis.

Razón le asiste a la defensa en la denuncia de que no ha habido mayoría a la hora de confirmar el momento de producción del abuso, por un lado y que, por el otro, si aceptáramos una tesis diferente, la conclusión de los judicantes ha sesgado la plataforma fáctica sobre la que se desarrolló en juicio, en desmedro de los derechos del acusado.

Voy por partes.

De Perogrullo es que, como condición de validez, las sentencias deben ser el producto de la voluntad coincidente de los jueces en los aspectos que se han puesto en juego, fundamentalmente en lo que atañe a los hechos.

Si bien es posible aceptar que en la solución jurídica se arribe a un mismo punto desde senderos diferente, o a la construcción de los hechos desde vertientes probatorias disímiles, la ley es tajante en lo que atañe al problema que la examinada presenta.

El concepto "Faltare o fuese contradictoria la fundamentación" debe entenderse asociado con los requisitos del art. 358 y su par 357 del C.P.P. (Ley 3155) que establecen, cada cual, los requisitos de la sentencia y las normas para la deliberación.

Este último que manda a tratar las cuestiones relativas "...a la existencia del hecho delictuoso (y) participación del imputado..." ordena que los Jueces emitan "...su voto individual y motivado sobre cada una de dichas cuestiones..." y que dicten sentencia "...por mayoría, bastando para formarla los votos en sentido coincidente de los miembros que se expidan en primero y segundo término...".

De adverso, no habrá mayoría cuando no existe coincidencia sobre las cuestiones que se proponen, lo que a mi juicio ha sucedido, mellando con esto el deber de justificación de los asertos que todo pronunciamiento debe contener.

Así la que ha venido a la Sala es nula.

La sanción procesal está específicamente contenida en la norma (art. 363 del rito aplicable) y trasciende en la medida en que resulta imposible el ejercicio de la defensa (el discurso sobre la impugnación) y el control casatorio.

En efecto, me pregunto en hipótesis ¿ cuando sucedieron los hechos? y no puedo responder a ese interrogante, con precisión.

La encuesta puede dar lugar a un dilema de múltiples respuestas, pues ¿a qué debo atenerme?, ¿a que los abusos sucedieron?: a. en el tiempo demarcado por el requerimiento acusatorio del fiscal jefe b. en el momento señalado por la fiscal del juicio, c. en el lapso indicado por la Juez Pettinari o d. en el instante definido por el voto del doctor Montenovo.

Este menú es inaceptable en un pronunciamiento definitivo y se estriba aquí la razón de la caída.

Por otro lado resulta patente la incongruencia o la infracción a ese principio.

Aceptando la posibilidad de que en el debate puedan surgir pequeñas modificaciones del plano, constriñéndolo (la aparición de circunstancias calificantes exige otra conducta procesal) la disociación operada va más allá de lo tolerable.

La diversidad de expresiones sobre un asunto capital en la arquitectura sentencial derivadas del apartamiento del marco ofrecido para el debate, dejan inerme al imputado que jamás pudo conocer con anticipación suficiente para responder (y ofrecer prueba) lo que la sentencia consolidó ex post, viéndose acotadas, así, sus capacidades.

La salida es, para mí, idéntica a la señalada en el otro agravio y en ambos casos el efecto es el reenvío, para que un Tribunal renueve el debate y dicte una decisión apegada al derecho.

La regla del art. 429 del C.P.P, da razones a ello.

VI. Para concluir, estimo que corresponde regular los honorarios de la Defensa Pública en la suma de setecientos pesos ($ 700.-), no incluye I.V.A, y por cada uno de los imputados (C.P.P., artículos 485, 486, 488 y concordantes-Ley 3155- Ley 2.200, artículo 14).

Así me expido y voto.

El Juez Cortelezzi dijo:

Existiendo disparidad de criterios en la exposición de mis colegas preopinantes, debo dirimir la cuestión relacionada con G. G. M. y la invalidez, o no, formal de la sentencia respecto de W. F. A.

En primer término habré de abordar la decisión obrante a fs. 445/6 vta., que declara la nulidad parcial del auto de procesamiento de fs. 117/31 respecto de M y de los autos que le son consecuencia necesaria.

En este sentido adelanto mi coincidencia con la propuesta del doctor Pfleger.

El juez a cargo de la etapa instructoria comete una omisión involuntaria puesto que durante la investigación no estaba aclarada la fecha de comisión del delito y por lo tanto la edad que tenía en el momento de la consumación.

El requerimiento de elevación a juicio fija la fecha y de esta manera se podía determinar que cuando se cometió el supuesto hecho M. contaba con 17 años y diez meses de edad, por lo que debió en dicha oportunidad cumplir integralmente con lo dispuesto en la Ley 22.278, art. 4° en relación con el 8° párrafo 1°, esto es cumplir con el tratamiento tutelar en cuanto fuere posible, complementándoselo con un amplio informe sobre su conducta.

Ante esta omisión por parte del juez de instrucción, la Cámara en lo Criminal debió haber dispuesto esta medida en lugar de proceder a la nulidad de lo actuado respecto de M.

La falta de la obligación impuesta por las normas citadas queda, en la hora presente, salvada por el 1° párrafo del art. 8° puesto que ya ha cumplido 21 años, razón por lo cual debe revocarse sin más y en este sentido la resolución del tribunal, debiéndose remitir las actuaciones para que se realice el juicio respectivo, tomando como base el requerimiento de elevación.

Respecto al recurso de casación interpuesto por la defensa de A., asiste razón a la defensa cuando afirma que no ha existido mayoría legal a la hora de confirmar el momento de producción del abuso, coincidiendo nuevamente con el juez Pfleger en la solución del caso.

Así, como bien se sostiene en el recurso, los jueces no se han puesto de acuerdo para determinar el momento de la consumación.

La plataforma fáctica en la que se sustentó el juicio y por la cual finalmente es condenado A. no es válida, toda vez que le falta un elemento esencial: la circunstancia de tiempo en la que ocurrió el hecho.

Siendo ello así la sentencia es nula por carecer de la mayoría legal en cuanto a la individualización temporal del hecho adjudicado.

Como corolario, en esta causa se ha adoptado el instituto de la conexidad erróneamente, toda vez que el extremo previsto en el punto 3° del artículo 35 brilla por su ausencia, por cuanto la imputación va dirigida a dos sujetos distintos.

Por lo expuesto, habré de declarar procedentes los recursos de casación obrantes a fs. 478/83 y 513/28 vta., revocándose la resolución y la sentencia cuestionadas, debiéndose remitir las actuaciones al Tribunal de origen para que resuelva la situación de M., mientras que será otro el Tribunal que realice el nuevo juicio respecto de la imputación dirigida a A.

En cuanto a la regulación de honorarios habré de coincidir con el monto indicado en el segundo voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- S E N T E N C I A ----------

1º) Declarar procedente el recurso de casación de fs.478/83, sin costas (artículos 485, 486, 488 y concordantes del Código Procesal Penal).

2°) Revocar la resolución interlocutoria de fs. 445/6 vta. y remitir la causa al Tribunal de origen a efectos de continuar con el trámite del proceso, según su estado (artículo 429 del Código Procesal Penal).

3º) Declarar procedente el recurso de casación de fs.513/28 vta., sin costas (artículos 485, 486, 488 y concordantes del Código Procesal Penal).

4°) Declarar la nulidad de la sentencia de fs. 484/511 vta. (C.P.P. artículos 107, 363 inc. 3º, 415 inc. 2º y 429) y remitir la causa al Tribunal que corresponda a fin que realice un nuevo juicio respecto de W. F. A.
5°) Regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de setecientos pesos ($700), no incluye I.V.A. y por cada uno de los imputados (Ley 2.200, artículo 14 y Ley 4920, artículo 59).-
Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: Cortelezzi, Panizzi y Pfleger.-