En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los ocho días del mes de agosto de dos mil once, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **María Elena Nieva de PETTINARI**, en su carácter de Presidente, **Martín Roberto MONTENOVO y Daniel Luis María PINTOS**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 17.159**, **carpeta individual n° 1.504** y sus acumulados **Legajos de Investigación Fiscal nº 14.944, 14.597 y 14.650, carpetas individuales nº 1.731, 1538 y 1527**, de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación la Sra. Fiscal General, Dra. **Liliana Elsa Ferrari**, los Sres. Defensores de Confianza Dr. **F. R. y F. R.** y el imputado **L. J. N. A.**; y

----------**CONSIDERANDO**:----------

Que los días 11 y 13 de julio del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por la Dra. María Elena Nieva de Pettinari, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de L. J. N. A., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de N. A. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Daniel Luis María Pintos, en segundo lugar el Dr. Martín Roberto Montenovo y finalmente la Dra. María Elena Nieva de Pettinari.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- Han arribado las presentes actuaciones a conocimiento del Tribunal en virtud de la impugnación ordinaria deducida por la Defensa del imputado **L. J. N. A.**, en contra de la sentencia Nº 33/11 emitida el 7 de junio de 2011 por el Tribunal colegiado de juicio, por la que se lo condenara a la pena de trece años de prisión, accesorias legales y costas, al declararlo autor penalmente responsable de los delitos de Abuso sexual simple, en concurso real con abuso sexual con acceso carnal -tres hechos en concurso real- por los hechos ocurridos en esta ciudad, el 14 de marzo de 2008, en perjuicio de N. F. T. P.; el mismo día en perjuicio de L. S. G.; el 4 de abril de 2008 en perjuicio de T. R. M. Z. y el 9 de agosto de 2008 en perjuicio de M.F.L. (arts. 12, 29 inciso 3º, 44, 55, 119, párrafos primero y tercero; 4 y 8 de la Ley N° 22278; 1 de la Ley N° 24660 y 5. 6 de la CADH).-

1.-) El recurrente en su libelo impugnativo argumenta, en lo que atañe al hecho contenido en la carpeta judicial N° 1527 -Legajo Fiscal N° 14650- que victimiza a N. F. T. P., que los magistrados afirman en forma unánime que el imputado es autor del hecho solamente por el testimonio de la víctima, sin prueba independiente que sustente tal aserto, y lo condenan con su sola versión, la cual, a su entender, no es creíble ni goza de la certeza que se necesita en el estadio procesal desarrollado.-

Sostiene, asimismo, que yerra la Jueza del primer voto al

consignar que la joven, en el acto de reconocimiento en rueda de personas, reconoció al atacante "*… una vez que los integrantes de la rueda se ubican de perfil …*", pues, señala, el resultado de la prueba en la ocasión fue negativo respecto de **N. A.**.-

Destaca que, dada la naturaleza del acto jurídico que se analiza, toda la prueba debe ponderarse con racionalidad y reconocer una fundamentación suficiente y completa de todos los elementos convictivos y que en el juicio de credibilidad se analice, no sólo la información producida por la testigo, sino también las condiciones de la fuente informativa que debe exhibir un total desinterés en el caso y no, como en el presente, que se acuerda particular relevancia a un testigo que se viene calificando de "singular" y sin atender para nada a otros elementos que contradicen sus afirmaciones y lo desmerece.-

Interpreta, a título de colofón, que no se ha producido en el expediente ningún elemento de prueba categórico que indique una relación del encausado con el episodio investigado, dándose, por el contrario, un supuesto de ausencia de pruebas de cargo para sostener la imputación efectuada por lo que corresponde invalidar el decisorio impugnado y disponer la absolución del imputado, citando en abono de su pretensión, extractos de diversos fallos jurisprudenciales y artículos doctrinarios.-

En lo atinente al hecho contenido en la carpeta judicial N° 1538 -Legajo de investigación fiscal N° 14597- que damnifica a L. S. G., denuncia que los integrantes del tribunal colegiado incurren en el mismo déficit, es decir valoran tan solo el testimonio de la víctima sin prueba independiente indicando, a la vez, que no se tuvo en cuenta que el

reconocimiento es irregular, dado que la descripción no se corresponde, que no hay tatuaje, que no está acreditada la materialidad del hecho y que el certificado médico de la víctima no constata lesiones.-

Agregó que el resultado del reconocimiento en rueda de personas fue negativo respecto de su pupilo, aditando un dato que, a su juicio, no reviste importancia menor y está dado en la diferencia horaria entre el primer y segundo hecho -veinte minutos- y la distancia -más de diez cuadras-, circunstancia que le permite colegir, según expresa, que el acusado no pudo haber estado en los dos lugares cometiendo los dos hechos, con la distancia que hay y el escaso tiempo entre un hecho y otro.-

Respecto del suceso contenido en la carpeta judicial N° 1731 -legajo fiscal N° 14944-, que victimizara a T. R. M. Z., esgrime el mismo vicio denunciado respecto de los hechos ya reseñados, es decir que la materialidad y la autoría se edifican sobre la huérfana declaración de la damnificada.-

Entiende que tampoco se pudo probar la participación de su pupilo en este hecho, peticionando su absolución.-

En lo relativo al hecho documentado en la carpeta judicial N° 1504 -legajo de investigación fiscal N° 17159-, que damnificara a M. F. L., pone de relieve que se ha incurrido en la misma falencia de tener por probado el hecho con el sólo dicho de la víctima al cual se adunó, esta vez, la circunstancia de que el imputado poseía entre sus pertenencias el teléfono celular que la muchacha denunciara como sustraído en oportunidad de ser abusada, descartando que tal objeto podría haber llegado a poder del encausado por una receptación dolosa u otro medio. –

Alega también que en ocasión de llevarse a cabo el reconocimiento en rueda de personas, L. se mostró dubitativa al momento de practicarlo toda vez que no reconoció a **N. A.** pero tampoco lo descartó, aunque siempre señaló que no lo vio.-

Hizo notar, en lo que atañe al informe del CENPAT, que la muestra enviada no es apta para el cotejo de ADN, por lo cual no se ha probado la participación del imputado en el suceso.-

En lo concerniente a la aplicación de pena, denuncia que no se ha realizado el tratamiento tutelar exigido en la ley de menores N° 22278, dado que el imputado contaba con diecisiete años de edad al cometer los hechos. Señala que directamente se ordenó un informe social, afectando las garantías constitucionales del menor, bajo el pretexto de que a la fecha **N. A.** ya ostenta la mayoría de edad.-

Aduce que el Tribunal impuso pena yendo en contra de lo legislado en la mencionada ley de menores, cuestionando a la vez el método utilizado para su dosificación al argumentar que no se entiende qué cálculo realiza el Tribunal para fijar el monto punitivo, en el entendimiento de que si se lo realiza sobre la base del sistema establecido conforme las reglas del concurso real, nunca podría llegarse a la pena de trece años.-

Por la suma de los argumentos que expone, concluye señalando que impugna el decisorio por arbitrariedad de la sentencia que menoscaba el derecho constitucional de defensa en juicio y al debido proceso (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 8 inc. 2° “e” y “h” de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14 inc. 3° “d” e inc. 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).-

2.-) En respuesta a la vía recursiva articulada, el Representante del Ministerio Público Fiscal, en extenso escrito, señala que los magistrados han sido exhaustivos en la valoración de la profusa prueba reunida en el juicio oral y han indicado sus conclusiones con total apego a las reglas de la sana crítica racional, tal como lo impone el ordenamiento procesal.-

En tal sentido destaca que, tal como lo dispusiera la Sra. Jueza de la audiencia preliminar, las cuatro víctimas depusieron ante el Tribunal de juicio -en presencia del imputado-, diligencia durante la cual se mostraron visiblemente afectadas en el relato de los hechos que transcurrió entre llantos, silencios, dificultad para continuar, a pesar del prolongado lapso transcurrido hasta entonces. Pero tal como lo señalan los sentenciantes, continúa, en todos los casos los relatos aparecen como veraces, confiables y sin ningún indicio de animosidad contra el imputado a quien no conocían con anterioridad. Puntualiza que en los injustos de índole sexual la presencia del testigo “único” resulta una constante, pues rara vez se logra obtener un testigo presencial de los llamados “delitos de alcoba”, por lo cual deben extremarse los cuidados en la apreciación de dicha prueba, confrontarla con el restante plexo probatorio a la luz de la sana crítica racional a fin de arribar a un fallo justo.-

En abono de esta afirmación, cita extractos de los fallos “A., J. J. s/ Abuso sexual calificado” (Expte. N° 21335 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia) y “G., J. A. s/ Abuso sexual” (Legajo de Investigación 21055 de esta Cámara en lo Penal).-

Aduce que además de la verosimilitud que ostentan los

dichos de las víctimas, sus expresiones han sido corroboradas por las personas que las auxiliaron, familiares y empleados policiales, amén de su validación por parte de las psicólogas forenses y del servicio de asistencia a la víctima, quienes han depuesto en forma conteste con la declaración de cada una de ellas.-

Entiende que, en consonancia con lo expresado, el fallo no incurre en arbitrariedad, ni en violación a las reglas de la sana crítica, sino que es una concienzuda valoración del plexo probatorio rendido en el juicio oral que ha logrado la convicción de certeza necesaria en los magistrados a fin de emitir el fallo condenatorio.-

Luego ingresa en el análisis de cada uno de los hechos juzgados. En relación al plasmado en el legajo de investigación N° 14650 -que damnifica a N. F. T. P.-, contradice el argumento de la defensa al señalar que el dicho de la víctima, se encuentra corroborado por los testimonios de su madre, de G. R. -joven transeúnte a quien la víctima solicita ayuda inmediatamente después del hecho-, del Oficial M., de las Licenciadas G. A., K. M. y de los Comisarios Galván y Cheuquehuala y del Cabo S.. Destaca además, que la víctima en su declaración en el juicio, indicó que al autor del hecho le vio la cara de perfil, notando que tenía cabello largo, y categóricamente afirma que en el reconocimiento en rueda de personas, cuando lo colocaron en dicha posición, lo reconoció.-

En lo que se vincula con el suceso que victimiza a L. S. G. -legajo de investigación N° 14597-, en el que la defensa formulara idéntico cuestionamiento que en el anterior -orfandad del testimonio de la nombrada-, sostiene que sus expresiones se encuentran avaladas por las

manifestaciones de los testigos P. G. -hermana de la damnificada y que la acompañara a efectuar la denuncia-, de su madre R. M., del Oficial de Policía J. A. -que procediera al secuestro del cuchillo con que fuera intimidada G., guiada por ella-, del Comisario Galván y del Cabo S.. En lo atinente al vicio que la defensa denuncia con respecto al reconocimiento en rueda de personas, indica que el acto se llevó a cabo en presencia del Defensor del acusado, Doctor R., quien no formuló ninguna objeción en cuanto a su validez que por otra parte, destaca, se realizó con estricto resguardo de las garantías del imputado. En la ocasión, agrega, contrariamente a lo que alega la defensa, L. S. G. reconoció categóricamente a **N. A.** como su atacante. Acota que inmediatamente después del acto, se invitó a los integrantes de la rueda a exhibir la parte inferior de sus piernas, oportunidad en que la joven reconoció también el tatuaje de una hoja de marihuana que el imputado tenía en su muslo derecho, tal como lo había indicado al formular la denuncia, circunstancia que, de otro costado, constaba en el informe médico emitido por el Doctor P. C. y que fue comprobada por los Jueces al exponerla voluntariamente el encausado en la audiencia, pudiendo constatar su ubicación y color, como lo consignan en la sentencia.-

Señala que en lo que concierne a la diferencia horaria y espacial entre el hecho anterior y éste, se acreditó en el juicio la total posibilidad de ocurrencia de ambos hechos, con precisión de hora de cada uno de ellos. Hizo notar también que la ausencia de lesiones en G., de manera alguna permite descartar la ocurrencia del suceso, teniendo en cuenta que se encontraba amenazada con un cuchillo.-

Con respecto al suceso endilgado en perjuicio de T. R. M.

Z. -legajo de investigación N° 14944- señala, contradiciendo el argumento de la Defensa, que apuntalan la versión de la damnificada los dichos testimoniales del Oficial P., que realizara una inspección ocular en el lugar que sucedieron los hechos y secuestrara elementos pertenecientes a la víctima; de H. B. -novio de la víctima en ese entonces- quien fue el primero en escuchar la narración del hecho que brindara M. Z.; Y. y S. Z. -prima y tía respectivamente de la joven acometida-; M. Z. -madre- y de las Licenciadas G. A. -psicóloga forense subrogante- y S. J. -perteneciente al Servicio de Asistencia a la Víctima-. En lo que atañe a la autoría, pone de relieve que se ha realizado prueba genética entre las muestras extraídas a la joven damnificada luego del hecho y sangre del imputado, determinándose que existe una correspondencia de un 99,99 % entre ambas muestras, por lo cual el agravio expuesto en cuanto a este extremo no puede prosperar.-

Con relación al evento que damnifica a M. F. L. -legajo de investigación N° 17159-, indica que la declaración de la víctima aparece corroborada por los dichos de C. L. -madre-; de la Licenciada A. A. -psicóloga forense que validara el relato de la muchacha-; del Oficial O.; Cabo S., Comisario Cheuquehuala; Oficial M., Subcomisario Acosta e informe médico del Dr. P. C..-

Argumenta, de otro costado, que pese al reconocimiento dudoso realizado por la joven -teniendo en cuenta que su atacante le impidió que lo mirara-, al momento de ser detenido -dos días después del hecho- **N. A.** vestía ropa similar a la descripta por la joven en su denuncia y llevaba consigo el celular que denunciara como sustraído al momento del hecho señalando, cuya propiedad se acreditó con informes de la Brigada de

Investigaciones y la documental que acredita su adquisición. Apunta también que desde él, entre la comisión del hecho y la detención del acusado, se habrían enviado mensajes de texto obscenos a contactos de L., indicando los sometimientos sexuales a los que había sido sometida.-

Señala que el resultado negativo de la pericia de ADN no descarta en absoluto la autoría del nombrado en el hecho.-

En lo concerniente al punto de agravio referido a la inobservancia del tratamiento tutelar y a la imposibilidad de aplicar pena, destaca que **N. A.** nació -según surge de su partida de nacimiento- el 6 de agosto de 1990, y el hecho que damnificó a M. F. L. -por el que recibiera condena- fue perpetrado el 9 de agosto de 2008, es decir cuando ya había cumplido dieciocho años de edad, circunstancia que lo excluye de la órbita de la Ley N° 22.278.-

Aduce que si bien los restantes sucesos fueron cometidos cuando contaba con diecisiete años, el proceso en su contra se inició cuando ya había cumplido los dieciocho, a partir de su detención por Hurto -el 11 de agosto de 2008-, ocasión en la que se secuestra el celular de L., la ropa descripta por las víctimas y se constata la existencia del tatuaje en su pierna derecha. En ese lapso, se le otorgó la probation en los legajos fiscales N° 3118 y 17154, en los que se les atribuyera los delitos de Robo en grado de tentativa y Hurto en grado de tentativa, sin que cumpliera con las reglas de conducta impuestas, según informara el Delegado de Control.-

Señala que se incorporaron en la cesura del debate dos informes socio-ambientales: uno aportado por la Defensa y otro realizado por el Licenciado R. -a instancias del Tribunal-, como así también una pericia

psicológica practicada por la Licenciada R. -del ETI-, cuyo diagnóstico es: trastorno antisocial de personalidad, con pronóstico reservado y peligrosidad de reiteración de conducta, con escasez de pensamiento reflexivo y ausencia de sentimiento de culpa.-

Destacó que el Tribunal de juicio interpretó que, conforme lo normado en los arts. 4 y 8 de la Ley 22.278, toda vez que **N. A.** ostenta la mayoría de edad, que le fue otorgada una suspensión de juicio a prueba cuyas reglas de conducta inobservó, y que tal instituto puede equipararse al tratamiento tutelar, estaba en condiciones de imponer pena y así lo hizo.-

Expresó que el *quantum* seleccionado, se individualizó teniendo en cuenta la circunstancia antes expuesta -mayoría de edad del acusado en el hecho perpetrado contra L.-, y respecto de los restantes efectuando la reducción que prevé la Ley N° 22.278 -no con carácter obligatorio- para los casos de tentativa, y con observancia de las pautas mensurativas consagradas en el art. 41 del C.P. Concluye solicitando el rechazo de la vía recursiva articulada.-

3).- En la audiencia celebrada a tenor de lo normado en el artículo 385 del ritual, las partes mantuvieron oralmente los argumentos precedentemente enunciados, reiterando también sus respectivas pretensiones, con la salvedad de que la Defensa, aún sosteniendo la posición ya indicada en relación al suceso que damnifica a T. R. M. Z., omitió exponer la motivación sobre la que la sustenta sin hacer referencia, tampoco, a la que esgrimiera en el escrito recursivo.-

II.- Hecho investigado en el Legajo n° 14.650, en perjuicio de la víctima N. F. T. P..-

1) La sentencia impugnada luce adecuadamente motivada, en relación al mismo, no habiendo podido demostrar el recurrente que exista un vicio de autocontradicción, o contradicción interna en el decisorio, entre los fundamentos tenidos en cuenta en este punto, y los que basaron la conclusión condenatoria en el hecho que ofendió a L. S. G., y que será motivo de análisis *infra.*-

En efecto, claramente P. en su deposición ante el tribunal de juicio, relató que hubo de salir de su domicilio ubicado en el Bo. Máximo Abásolo de esta ciudad, aproximadamente a las 7:00/7:05hs., del día 14 de marzo de 2008, caminando un trecho de entre tres y cuatro cuadras, hasta que fue interceptada por el autor, a las 7:10/7:12hs. aproximadamente; en inmediaciones de la sede de la Unión Vecinal del Bo. Quirno Costa. Tomando en consideración que, según esta versión testimonial, la duración del suceso no superó los diez minutos, entonces no viola el principio lógico de no contradicción que, unos minutos más tarde, el mismo sujeto pueda haber atentado contra la integridad sexual de G., si se tiene en cuenta que la declaración de esta última nos revela –tal como se profundizará más adelante- que recién alrededor de las 7:30hs. recibió un llamado de una de sus hermanas para que se dirija hacia su domicilio, a fin de hacerse cargo del cuidado de un niño (sobrino), y a partir de allí y -luego de caminar aproximadamente unas siete cuadras-, tuvo lugar el hecho que la damnificara.-

En orden al resultado de la prueba de reconocimiento en rueda de personas practicado por P., también cuestionada por la Defensa respecto a su valor para acreditar la autoría de N. A., es importante destacar

que dicho reconocimiento resultó plenamente coherente con la testimonial de la víctima. En primer término, la misma describió en la deposición a su atacante, como luciendo cabello largo atado, con “cola”, de la cual ella lo tomó para defenderse, y procurar así que cesara la agresión sexual en su contra; es decir que, como puede advertirse, el aspecto que presentaba el cabello de N. no es simplemente un detalle que hace a su apariencia física, sino que ha sido relevante en la mecánica del hecho, por lo menos en la vivencia de P., transmitida al tribunal de juicio.-

Además, del relato de la víctima se desprende que la visión que tuvo de su agresor, en el momento del hecho, fue siempre “de perfil”, no de frente; y justamente, el reconocimiento positivo en la rueda, se logró con el sindicado –N. A.- en dicha posición, o sea cuando se ubicó de perfil.-

2) Como consecuencia de lo expuesto precedentemente, sumado a los testimonios concordantes de la madre de la víctima L. C., y del joven que la ayudó en la calle, G. P. R., se concluye entonces que merece confirmarse íntegramente la sentencia impugnada, en cuanto a la declaración de responsabilidad de N. A., por este primer hecho.-

A mayor abundamiento, respecto al valor probatorio de la mencionada deposición de R., se destaca que su versión respecto del horario, se ajusta perfectamente a los dichos de P.. En efecto, este testigo memoró que su horario de ingreso al colegio era a las 7:20hs., y que ese día estaba llegando tarde; siendo entonces en ese momento -7:20hs. aproximadamente- que se le apareció la víctima “shoqueada”, y pidiéndole ayuda, en plena vía pública. Lo expuesto refuerza la conclusión ya anticipada

ut supra, en cuanto a la absoluta compatibilidad temporal entre los sucesivos hechos que perjudicaron a P. y G., con muy poco intervalo de tiempo entre sí.-

3) Por último, en relación con la defensa material de N. A., de su declaración ante el tribunal de juicio se desprende, en forma sumamente imprecisa, que durante el curso del año 2008 habría trabajado en la localidad de Sarmiento; lo cual, por su ambigüedad, no alcanza para poder concluir que exista un cierto margen de duda, en cuanto a la efectiva presencia del acusado en esta ciudad, al momento de los hechos. En otro segmento de su declaración, por su parte, hubo de manifestar que también en aquella época –año 2008-, realizó trabajos con su padre, en la zona de Bo. Industrial de esta ciudad, para lo cual tomaba un transporte público de pasajeros alrededor de las 8:00hs., comenzando a trabajar a las 9:00hs.. Como vemos, estos horarios resultan en un todo compatibles con los de acaecimiento de los hechos, lo que refuerza la conclusión ya anticipada *ut supra,* respecto a la autoría y responsabilidad de N. A. en el caso.-

III.- Hecho investigado en el Legajo n° 14.597, en perjuicio de la víctima L. S. G..-

1) En este caso, el principal cuestionamiento del agraviado, estriba en el valor probatorio –a los fines del reconocimiento de N. A.- de un tatuaje en una de sus piernas, que la víctima ha percibido en el momento del hecho, y que sirviera a los fines del reconocimiento del acusado como autor.-

Aplicando un razonamiento análogo al que utilizáramos en el caso de P., se destaca en el presente que el relato del hecho por parte

de G., puntualmente en orden a las zonas del cuerpo del autor que declara haber visto, es en un todo coherente con las características fisonómicas del imputado N. A.. En efecto, G. explicó que, si bien el sujeto agresor trató siempre de impedirle que pueda ver su cara, dado que a los fines de consumar el acceso carnal se sacó parcialmente su pantalón –identificado como de “siré”, de color negro-, dejando al descubierto una de sus piernas, ello fue lo que permitió la vista del tatuaje por parte de la víctima; particularidad de la anatomía del imputado que ha sido relevado, coincidentemente, en el informe técnico del Sr. Médico Policial, Dr. C. P. C., en la revisación practicada en la Comisaría Seccional Cuarta, en el mes de agosto de 2008 (prueba incorporada por lectura, en la que se hizo constar, en lo que aquí concierne: “…tatuaje en cara interna de pierna derecha”).-

La testigo víctima agregó, en orden a las características del referido tatuaje, que el mismo representa una “hoja de marihuana” y es de color verde.-

Concurren a avalar la versión de la víctima, entre otros, los testimonios concordantes de su hermana, P. A. G. -quien corrobora también, en sintonía con la deposición de L. S., que en inmediaciones del lugar del hecho hubo de incautarse el cuchillo utilizado por el autor, extremo avalado además por la declaración testimonial del Oficial de Policía J. B. A.-, y de su madre J. B. A. M..-

Por último, en cuanto al agravio relativo a la ausencia de lesiones en el cuerpo de la víctima, cabe tener presente –tal como lo ha puesto de resalto la Sra. Fiscal General, en la presente etapa de impugnación- que habiendo sido amenazada G. con un arma blanca, es

posible inferir de ello razonablemente que no le fue posible oponer una resistencia física al accionar del autor, lo que explica entonces la referida falta de rastros en su humanidad (cfme. voto de la Jueza Suárez a la 2ª cuestión: "… legajo nº 14.597… el imputado utilizó violencia y amenaza para consumar los accesos carnales … y que dicha violencia sirvió para que la victima cediera ante ella ante el miedo de un mal mayor…").-

2) Según se desprende del registro de audio del juicio oral, en oportunidad de su declaración ante el tribunal del debate el imputado, a pedido de la Defensa, hubo de exhibir sus tatuajes, o alguno de ellos, presumiblemente con la finalidad de introducir la duda en cuanto a la credibilidad de la versión de G.; en el sentido que N. A. tendría, además del tatuaje con el dibujo de una hoja, otros que no fueron descriptos por la víctima, como así también existirían diferencias en la coloración del mismo, en relación con los dichos de la testigo.-

En primer lugar, se destaca en este punto -tal como lo hiciera la Sra. Fiscal General, en la audiencia del art. 385 CPP-, el tiempo transcurrido entre el momento del hecho y el de la audiencia de debate (más de tres años), lo cual evidentemente puede haber provocado algún cambio en el aspecto de los tatuajes. Pero además, el propio imputado reconoció en su declaración que, de los tatuajes exhibidos en la audiencia, algunos son de data posterior al momento del hecho.-

Finalmente, y para C.r el razonamiento que se viene siguiendo, en cuanto a la falta de idoneidad de la defensa material del acusado, para enervar la prueba de cargo ya reseñada *ut supra*, debemos añadir que a las conocidas dificultades que presenta la revisión –en la etapa

recusiva- de la valoración que hace el tribunal de juicio de las manifestaciones de descargo del acusado, toda vez que las mismas no están sujetas a criterios de credibilidad, corroboración, etc. –como, por ejemplo, la prueba pericial y la prueba testimonial-; a todo ello se suma que, en el presente caso, los detalles relativos a la ubicación y aspecto de los mencionados tatuajes exhibidos por N. A. en la audiencia, han podido ser percibidos únicamente por el tribunal de juicio, en el marco del principio de inmediación que preside la recepción de la prueba en el debate -y por ende, no puede reproducirse en esta instancia-, lo que constituye un límite infranqueable a la potestad revisora de este Cuerpo (cfme. Bertolino, Pedro: "…si para la casación tradicional la cuestión problemático-sistemática era saber qué **entraba** dentro del alcance del recurso, para la nueva figura que delinean los fallos bajo examen (se refiere a "Casal", "Martínez Areco", etc. de la CSJN), el punto crucial, antes bien se invierte: qué quedará, entonces, **fuera** del remedio impugnativo. La respuesta al último interrogante es clara –por lo menos en su textualización, aunque pareciera que no tanto en la práctica-: **quedará afuera del recurso únicamente aquello que se incluye en la inmediación**. Creemos que solo en este contexto podrá alcanzar significado la voz 'inevitable' usada por la Corte argentina: solo **excusaría** revisar aquello que, por su naturaleza (de las cosas, propiamente), es **imposible** de examinar nuevamente; en lo básico: aquello que cae directa e intransferiblemente bajo la percepción de los sentidos; y añadimos nosotros: que **no podrá textualizarse objetivamente**", citado por Fernando Díaz Cantón, en su artículo titulado: "La relación entre el recurso de casación penal y el recurso extraordinario federal: panorama y prospección", publicado en la

sección Doctrina del suplemento de Derecho Penal de la página web "elDial.com", octubre de 2006 -el destacado pertenece al original-).-

Por su parte, Cafferata Nores en el artículo "¿Un nuevo recurso de casación? (Reflexiones sobre el caso "Casal" de la SCJN)", cita la opinión de Gabriel Pérez Barberá, quien destaca que "…en un fallo condenatorio deben distinguirse entre *enunciados inferenciales* y *enunciados de inmediación*. Los primeros son aquellos que derivan de otros enunciados y, por tanto, conforman argumentos o razonamientos que, pueden ser revisados por un tribunal que no esté en igualdad de condiciones epistémicas con el que los emitió, como sería el de la casación. Un enunciado de inmediación, en cambio, se apoya en percepciones sensoriales del tribunal de juicio respecto de su entorno empírico (entorno que, en el caso, se reduce a lo ocurrido en la audiencia de debate). Tales percepciones forman parte del lenguaje privado del hablante y, en consecuencia, son intersubjetivamente comunicables, pero no controlables. Controlar la corrección de los enunciados de inmediación no importa analizar la validez de un argumento, la viabilidad de una inferencia, etc., sino determinar si el hablante percibió bien el entorno circundante. Y para ello sí resulta necesario encontrarse en *par conditio* epistémica con aquél, situación en la que el tribunal de casación **puede no encontrarse**: este sería –a juicio del doctrinario- el **límite revisor** fijado por 'Casal' …" (cfme. aut. cit. en la obra colectiva: "Proceso penal: nuevos estándares y controversias", págs. 15 y ss., v. nota n° 39, el destacado ha sido agregado al original).-

IV.- Hecho investigado en el Legajo Nº 14.944, en perjuicio de la víctima T. R. M. Z..-

Sucintamente, cabe señalar que la declaración de responsabilidad penal de N. A. también aparece debidamente fundada en este caso; y en base a los siguientes medios de prueba: las declaraciones testimoniales de: Y. A. M., S. Z., M. R. Z., H. M. B., el Oficial Subinspector C. E. P., el Oficial Principal A. R. J., la Trabajadora Social del SAV M. S. J., la Psicóloga E. G. A. integrante del ETI, la Psicóloga R.; y la siguiente prueba documental: certificado de nacimiento de T. R. M. Z., certificado médico suscripto por el Dr. C. P. C. de fecha 4 de abril de 2008, quien efectuó un examen a la menor, el cual arrojó que la misma presenta hematoma en rodilla derecha, himen perforado de larga data, con fisura vaginal en hora 6, con fisura y eritema en ano, las lesiones son de horas, estimando el mecanismo de producción por penetración; certificado médico suscripto por el Médico Forense Dr. C. G. de fecha 12 de mayo de 2008, del que surge que la Srta. Z. al momento de la recitación médica presentó excoriación en la espalda, sobre la región lumbar de 4 cm. Por 2 cm., excoriación en ambas manos y hematoma, excoriación en rodilla; croquis ilustrativo del lugar del hecho; e informe del CENPAT respecto de las muestras que se le tomaron a la víctima, de las que se obtuvo un perfil genético mixto correspondiente al menos a dos individuos, uno de ellos al menos de sexo masculino; asimismo, obra el acta de extracción de sangre al imputado N. A.. Por todo lo cual, el agravio expuesto en el memorial de impugnación no puede prosperar.-

V.- Hecho investigado en el Legajo Nº 17.159, en perjuicio de la víctima M. F. L..-

Por el contrario, en este caso hemos acordado en la deliberación que las pruebas colectadas resultan insuficientes, para

demostrar la autoría del imputado.-

1) En efecto, si bien es cierto que unos días después del suceso, se incautó en poder del acusado un teléfono celular de la víctima es evidente aplicando las reglas de la lógica que en el interín entre ambos momentos, es posible que hayan ocurrido hipótesis alternativas a la escogida por la acusación fiscal; básicamente, que N. A. haya entrado en la posesión de este elemento por haberlo adquirido a otra persona, por haberlo hallado en la vía pública, etc.. En consecuencia, más allá de que pueda concebirse la tenencia de este elemento, así como la ausencia de una explicación seria sobre su origen por parte del acusado, como prueba en contra; este indicio de cargo único, no resulta bastante para fundar el extremo subjetivo de la imputación penal.-

El acusador público argumenta que la conexión entre el aparato telefónico y el imputado es dirimente, en el caso, de su autoría en el hecho; toda vez que desde ese dispositivo de telefonía móvil, se habrían enviado mensajes de texto, destinados a personas allegadas a la víctima, cuyo contenido evidenciaría que el emisor tenía una vinculación directa con el injusto que afectara la integridad sexual de M. F. L.. Sin embargo, se advierte que ello no ha sido suficientemente probado, en el caso, si se tiene en cuenta que en su momento el Ministerio Público Fiscal había ofrecido como prueba testimonial para la audiencia de debate la citación de al menos uno de aquellos contactos de la ofendida, medida que fuera denegada en la audiencia preliminar, y sin que posteriormente se volviera sobre ese punto.-

2) En otro orden, es de destacar muy especialmente, que a la condena de N. A. por este hecho se arribó por mayoría, con la disidencia

del juez Rago; y si bien es cierto que el voto del Dr. Juárez hizo hincapié además del celular –como prueba de cargo de la autoría-, en el reconocimiento positivo que hiciera la víctima, respecto del calzado secuestrado que sería el que usaba el autor al momento del hecho –se trata de unas zapatillas marca “Nike”, negras, con vivos plateados, que la testigo víctima había descripto inicialmente como dotadas de una suerte de “plataforma”, o “unos discos que elevan la misma”, y luego en la diligencia de marras se comprobó que se trataba de la cámara de aire, que es común en ciertos modelos de este calzado-. En cambio, advertimos que en el sufragio de la jueza Suárez no se ha tenido en cuenta este elemento de prueba cargoso, de manera entonces que tampoco contamos con la fundamentación mayoritaria suficiente, para tener por debidamente motivada la condena ahora impugnada, en este punto; imponiéndose, por ende, la operatividad amplia del principio *favor rei* (art. 28 CPP) y la consecuente absolución del acusado.-

En torno a la estructura de la sentencia definitiva, recordemos que a partir de CSJN-Fallos, 303:3218, la Corte ha invalidado las decisiones a las que no se ha llegado sobre la base de un mismo razonamiento, pues los motivos expresados por los jueces son parte del resultado. Ello es así porque la identidad de resultados sin comunidad de razones equivale a alcanzar un resultado sin razón alguna que válidamente lo sustente. Además del precedente citado, en “Onofre” del 5/9/02, el alto Tribunal señaló que “la sentencia configura un todo indivisible demostrativo de una unidad lógico-jurídica y no es sólo el imperio del tribunal ejercido puntualmente en la parte dispositiva lo que da validez y fija sus alcances; ya que estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de

base al pronunciamiento (v. Fallos, 316:609, etcétera)". Luego señala que es inválida una decisión si carece de una mayoría de opiniones sustancialmente coincidentes, en la fundamentación del criterio sentado en la resolución. "La Corte piensa hoy, entonces, que las razones de los jueces son parte del resultado. Nótese que el Tribunal no objeta la calidad de las razones invocadas, sino sólo su falta de coincidencia: el problema que aparece aquí es formal y no sustantivo" (cfme. Farrel, Martín D., "La Ley" 2003-F.1161).-

VI.- En relación a los hechos referidos en los apartados II, III y IV -en todos los cuales se confirma la declaración de responsabilidad penal-, por el contrario hemos concluido en el Acuerdo que no es posible mantener el mismo temperamento, en orden a la imposición de pena dispuesta por el tribunal del debate, luego del juicio de cesura.-

1) Para fundamentar esta decisión, partimos de la jurisprudencia sentada por la CSJN en la materia, a partir del caso "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ Robo agravado…" –causa M.1.022.XXXIX, sentencia del 7/12/2005-; precedente en el que el Máximo Tribunal destacó que "…existe en la normativa de la ley 22.278 un aspecto que no aparece en el Código Penal: la facultad y el **deber del juez** de ponderar la 'necesidad de la pena'", agregando a continuación que esta "…'necesidad de la pena' … **en modo alguno** puede ser equiparado a 'gravedad del hecho' o a 'peligrosidad' …", sino que "… la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el **mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización**, o para decirlo con las palabras de la **Convención**

del Niño, a ‘la importancia de promover la reintegración social del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad’ (**art. 40, inc. 1ro.**)”, (el destacado no pertenece al original).-

También en este caso, la CSJN recordó el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (arts. 5, inc. 6, CADH y 10, inc. 3º, PID); para destacar luego que dicho mandato “…en el caso de los menores, es muchos más constrictivo y se traduce en el **deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta**, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese **juicio de necesidad** los posibles efectos nocivos del encarcelamiento”.-

Además, se ocupó la Corte de aclarar que de la “premisa elemental” de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, “no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos”. Es decir que: “…los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen **además derechos especiales derivados de su condición**, a los que corresponden **deberes específicos** de la familia, la sociedad y el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54)”; derechos especiales cuyo reconocimiento constituye “un imperativo jurídico de **máxima jerarquía normativa**, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, **en especial** de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica … en lo que aquí interesa, la

Convención del Niño establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en los artículos 37 y 40 de la Convención".-

Concluyendo entonces la Corte que "…en la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos…, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resultan de **ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores**". Es así que "…de **la conjunción de la ley 22.278 y la Convención del Niño** se desprende con claridad que el derecho penal de menores está muy fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad. De allí que, **al momento de determinar la pena, el tribunal no pueda omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena**, desde la perspectiva indicada, **respecto de ese autor en concreto**" –el destacado me pertenece en todos los casos-.-

En una nota al posterior fallo de la CSJN, caso "G. J, l", CS, sentencia del 15 de junio de 2010, se lee: "… manda la Corte directamente a poner la mira sobre la adecuación sustantiva de las decisiones, constitucional y convencionalmente, puesto que lo que se debe procurar es la operatividad de las garantías que deben asegurarse a todos los seres humanos en general con más las específicas para los niños en

particular. Y esto significa lisa y llanamente dejar de lado cuestiones formales, pensadas para situaciones que no se adecuan a la especialidad propia de estos casos; como así también supone el abandono de la consideración de los niños como ‘menores e incapaces’, considerándolos sujetos de derechos y no objetos de protección. Coadyuva este tipo de interpretaciones al desarraigo –aunque de a poco- de concepciones relacionadas a la cosificación de las personas que no han llegado aún a una determinada edad, definiéndoselos de manera afirmativa. Como consecuencia de este tipo de lógicas y principios, a los que nuestro país, recuérdese, adhirió internacionalmente, se produce un acercamiento al reconocimiento real –por oposición al sólo formal o legal- de todos los derechos humanos de los niños por su calidad de persona, con más los específicos en relación a la franja etaria que transitan. Por otro lado, pero siempre en el mismo considerando y en la misma línea conceptual, el Procurador –y por ende la Corte al adherir- asume el rol que le compete al establecer que para dar cumplimiento al artículo 4 de la CDN **las sentencias judiciales forman parte de las medidas que un Estado debe tomar para dar efectividad a los derechos y garantías de las niñas y niños en un estado constitucional de derecho**… De esta manera, la Corte, por un lado, vuelve a reafirmar el status jurídico de los niños y niñas frente al poder punitivo –ya no como personas menores en derechos en relación a otras mayores en derechos-, como personas con todos los derechos y un plus por su edad, y por otro lado, resalta nuevamente la desigualdad de trato que significaría el procesamiento de casos para adultos y para niños, de no asegurarse las previsiones internacionales…” (cfme. Alejandro Javier Osio, en el artículo “La sentencia

que declara la responsabilidad penal de un menor y el recurso de casación", publicado en suplemento "La Ley", Penal y Procesal Penal, junio de 2011, págs. 22 y ss., el destacado me pertenece).-

2) El art. 4° de la citada ley 22.278 establece que el pronunciamiento judicial sobre la necesidad de aplicarle una pena a un niño de entre 16 y 18 años de quien se alega ha cometido una infracción penal de las comprendidas en el art. 2º, está condicionado a que haya cumplido al menos 18 años, y a que haya sido sometido un cierto tiempo de observación y tratamiento tutelar. La conexión entre el tratamiento y edad alcanzada es evidente, tan pronto se toma en cuenta que la necesidad de pena se enjuicia por cuatro criterios: las modalidades del hecho, los antecedentes del imputado, el resultado del tratamiento tutelar, y la impresión directa recogida por el juez o tribunal.-

El referido art. 4° parte de la consideración de "las modalidades del hecho". Aquí pesan, en primer lugar, los componentes objetivos el injusto y la culpabilidad del agente por este, sopesados ambos con especial consideración a las características personales y situación del niño al cometerlo.-

Si en general se admite que en vista de menores necesidades preventivo especiales, la pena determinada respecto de un adulto sea inferior a la que correspondería al reproche de culpabilidad merecido, esto es tanto más indicado cuando se trata de un niño que no ha completado su proceso de evolución personal, y en particular de socialización, proceso del que –según éste se desarrolle- podrían esperarse menores necesidades preventivo especiales. Las diversas medidas que

puede intentar el Estado respecto de ese niño, el ofrecimiento de ayuda a sus padres, si fuese posible, el intento de integrarlo en un proceso educativo o eventualmente terapéutico, con miras a ayudarlo a completar su socialización, o a incorporar pautas de respeto de los derechos de los demás, o rutinas para el desenvolvimiento en la vida cívica, son “alternativas **preferidas por la Convención sobre los Derechos del Niño**” (del voto en disidencia del juez Luis M. García en el fallo de la Sala II, de la CN Cas. Pen., en la causa “C., H. S/ recurso de casación”, sentencia del 25/9/2008, publicado en “Jurisprudencia de Casación Penal”, tomo 2, Patricia S. Ziffer, dirección, edit. Hammurabi, págs. 253 y ss., el destacado me pertenece; quien agrega que: “El tiempo de observación y tratamiento establecido por el art. 4° de la ley 22.278 sólo tiene sentido si cabe **esperar el resultado de esa observación y tratamiento para proporcionar un criterio concreto de decisión** acerca de si la pena es necesaria, y en su caso, cuál la necesidad de su extensión”, el destacado me pertenece).-

Con relación al segundo de los criterios enunciados, se aclara en el voto citado que “los antecedentes del imputado” no deben ser interpretados meramente como sinónimo de historia criminal previa, en el sentido de reincidencias, en primer lugar porque este es un concepto al que la ley priva de toda relevancia cuando se trata de niños (art. 5°); pero además, porque se trata, antes bien, del examen de la historia del niño anterior a la ejecución del hecho por el que es enjuiciado, en el que se incluyen “todos los antecedentes disponibles sobre su familia, educación, ámbitos de continencia, e incluso sobre su grado de socialización y sobre el conocimiento de anteriores conductas antisociales”.-

Agrega el magistrado en su voto, que aquel análisis de la historia del niño ha de constituirse en “el punto de partida que **permite examinar los resultados de los intentos de tratamiento y socialización** comprendidos en los arts. …y 4°, inc. 3° de la ley 22.278. En otros términos, la situación del niño al momento de cometer el delito por el que es enjuiciado **no** puede ser tomada **de manera estática** sino como referencia a **una evolución dinámica**. Esta marca el **punto de comparación y referencia respecto del resultado de la acción estatal y de la situación del imputado al momento de la sentencia**, que se completa con la impresión que se forma el juez o tribunal, respecto del imputado, en el mismo momento”. Y más adelante, se añade que junto a la determinación de una pena según la culpabilidad del niño, “…funcionan también **criterios preventivo especiales adicionales** que atienden al hecho de que se está decidiendo **si es necesario penar o no**, y en qué medida, a una persona joven, que cometió un hecho punible antes de cumplir los dieciocho años de edad, del que debe responder por haber sido hallado culpable. Aquí la comparación entre la situación personal del niño al cometerlo, y la situación y desarrollo estimados según criterios específicos –**resultado** de la observación y tratamiento- permiten **establecer un cuadro de su evolución** y formarse **un juicio acerca de la necesidad de aplicación de la pena** y de su medida…” (ibídem, el destacado me pertenece).-

Previamente, en la causa nº 8.443, caratulada: “R., C. A. s/ recurso de casación”, sentencia del 2/9/2008, también de la Sala II de la CNCas. Pen., en el voto –concurrente- del Dr. García, se lee: “…En el caso de imputados declarados responsables de un delito por haberlo cometido

cuando eran menores de dieciocho años de edad, el art. 4 de la ley 22.278 permite **una amplia disociación** entre la cuestión de la medida del injusto y culpabilidad **y la cuestión de la necesidad de pena, y en su caso, de ejecutar la pena**. En éste los criterios preventivo especiales que pesan para autorizar una suspensión según el art. 26 CPen, se ven **ampliados por criterios preventivo especiales adicionales propios de la condición de menor de esa edad** y de las concretas circunstancias personales de quien ha sido declarado responsable de un hecho que ha cometido cuando era menor de edad, criterios que pueden incluso justificar que se deje de lado cualquier reproche de culpabilidad, porque **son otras las finalidades que priman en la decisión de aplicar pena y en su caso, de qué clase y magnitud**. Aquí las circunstancias pasadas y presentes cobran **una dimensión particular frente a las directivas del citado art. 40, inc. 1 y 4, CDN**. En efecto, al momento de decidir sobre la medida o imposición de pena al imputado es **dirimente** una consideración objetiva –con arreglo a las circunstancias de la persona enjuiciada y de la gravedad de la infracción-, de las perspectivas concretas para tomar **medidas estatales**, que tengan alguna esperanza de efectividad, y que estén **orientadas al 'fomento de su sentido de la dignidad y el valor' y que puedan ayudar a fortalecer 'el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros'**. Estas medidas, en el momento en que se deciden, deben tener en cuenta 'la edad del niño y la importancia de promover [su] reintegración […] y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad" (el destacado ha sido agregado al original).-

3) Es importante destacar, en el orden local, que el CPP

de la Provincia del Chubut prescribe en su art. 409, inc. 3º *in fine* que: “La sentencia sobre el adolescente se limitará, en todos los casos, al veredicto de culpabilidad o inocencia, sin fijar la pena aplicable, y, a su respecto, el debate sobre la pena será realizado posteriormente, conforme al artículo 343 **en el momento en que pueda decidirse sobre ella según las condiciones fijadas por la ley penal especial**”; es decir, la ley nacional 22.278. Por su parte, la norma citada en su último párrafo dispone en forma terminante, y en línea con todo cuanto venimos exponiendo, que: “**Nunca** se impondrá pena si esta decisión no es precedida de **una acción** tendiente a **ofrecer una posibilidad razonable** de que el adolescente **supere** las circunstancias que originaron el proceso criminal seguido en su contra” (el destacado ha sido agregado al original).-

4) Como habíamos adelantado *ut supra*, debe revocarse la imposición de pena decidida por el tribunal de juicio, teniendo en cuenta básicamente que el mismo ha omitido toda motivación en orden al merecimiento de la misma, que es el primer paso según ya se explicara con fundamento en las normas constitucionales y convencionales citadas –sobre todo, teniendo en cuenta la evolución cursada por el joven desde el momento del hecho-; para recién luego expedirse en cuanto a la escala aplicable -reducida o no, en la forma prevista para la tentativa-, y finalmente el monto concreto de la sanción.-

A continuación, abordaremos críticamente los elementos de juicio que ha tenido en cuenta el tribunal para concluir -erróneamente- que, en el caso, se hallaban reunidos los presupuestos que habilitan la imposición de pena; lo que evidenciará la ausencia de adecuada fundamentación de la

sentencia a la que se aludía *ut supra,* y que justifica su revocación.-

a) En la audiencia de debate, declaró la Sra. Psicóloga integrante del ETI, Lic. R., quien el 21 de octubre de 2008 había elaborado un informe acerca de la personalidad del acusado, el que revelaba en base a la realización de entrevistas, y luego como técnica complementaria la aplicación del “Cuestionario de Personalidad MMPI 2”, que N. A. resultaba poseer un “Trastorno Antisocial de la Personalidad, DSM-IV, F60” –“psicopatía”, en la denominación psiquiátrica clásica-.-

En aquella oportunidad, la profesional había acompañado este diagnóstico, con la recomendación de encarar para el caso una “psicoterapia” focalizada, en razón del pronóstico “reservado” de la patología descripta *ut supra*. Más profundamente, en el juicio oral, la Lic. D. amplió su dictamen, en el sentido que el cuadro de referencia era indicativo de “peligrosidad”, dado que se trata de características de funcionamiento de la personalidad, y no meras respuestas ocasionales ante situaciones límites, o puntuales.-

En particular, se destacan, dentro de los indicadores detectados por la experta, que el acusado exhibía por entonces: “fracaso en adaptarse a las normas sociales en lo que respecta al comportamiento legal”; “incapacidad de planificar el futuro”; “irresponsabilidad persistente” indicada por la incapacidad para mantener un trabajo con constancia; y “falta de remordimientos” frente a los efectos que provoca la transgresión de las normas, minimizándolos.-

Como puede advertirse, con facilidad, de acuerdo a los lineamientos que dimanan de las normas convencionales ya reseñadas en los

apartados VI, 1 y 2, resultaba evidente entonces que era necesario en pro de la socialización del joven y de la incorporación de pautas de respeto de los derechos de los demás –cfme. la interpretación de la CIDN ya expuesta *ut supra*, con cita del voto del Dr. García-, entre otras medidas, como mínimo integrarlo a un tratamiento terapéutico, en base a las claras indicaciones de la profesional psicóloga; sin que se haya desarrollado ninguna actividad en este sentido, durante el período que va desde la elaboración del diagnóstico de marras (recordemos, fechado en el mes de octubre de 2008), hasta la celebración del juicio oral y el dictado de la sentencia de condena. Por ende, tampoco puede evaluarse en la actualidad la evolución del joven, de manera de poder valorar, en el marco del art. 4 de la ley 22.278 citada, “el resultado” del tratamiento tutelar, que es uno de los criterios fundamentales para enjuiciar la necesidad de pena; teniendo presente, como ya se ha explicado en los apartados precedentes, que se trata de un proceso dinámico, sobre todo por la edad en cuestión, en la que se verifica normalmente una progresiva maduración en la personalidad.-

b) Por otro lado, el tribunal también ha tomado en cuenta el informe social elaborado por el Lic. R. R., entre los días 17 y 19 de mayo del corriente año, el cual resulta sumamente favorable en cuanto a la actual situación del joven N. –sucintamente, cabe destacar que el profesional mencionado hubo de relevar: un sólido vínculo afectivo con su pareja e hija, como también con los tres hijos de su concubina R. C., con los que convive; estabilidad laboral, en actividades que elabora junto a su padre y hermanos; y en líneas generales, una valoración muy positiva de los esfuerzos que realiza el acusado por no repetir el “modelo” familiar que él ha vivido en su infancia,

en cuanto a carencias afectivas por ausencia de la figura materna-.-

Sin perjuicio de este panorama favorable, durante la audiencia del art. 385 CPP; la Sra. Fiscal General actuante ha puesto de resalto que el referido Delegado de Control de la Oficina Judicial, intervino en el trámite de una suspensión de juicio a prueba, concedida a N. A. durante el año 2008; procedimiento en el marco del cual, en el mes de mayo del año 2010 el Lic. R. le informó a la Fiscalía que “L. J. N. A. no dio cumplimiento a ninguna” de las presentaciones que se le habían impuesto ante el Cuerpo de Delegados, en el marco del art. 27 bis del CP.-

Si bien es cierto lo expuesto, no lo es menos que el 28 de abril de 2010 tuvo lugar una audiencia “por art. 51 del CPP”, en la cual frente el pedido de la Defensa para que no se revoque la suspensión de juicio a prueba, ante los incumplimientos ya expuestos, y en cambio se aplique un criterio de oportunidad contenido en el art. 44 inc. 3ro. del CPP, según se lee en el acta de audiencia respectiva (protocolizada bajo el n° 464/10), las funcionarias de Fiscalía intervinientes hubieron de adherir a lo peticionado por la Defensa pública, todo lo cual determinó que se dictara el sobreseimiento total y definitivo del imputado N. A. en dicha causa.-

La conclusión que se debe imponer en este punto parece obvia: si a pesar de no cumplir con las reglas de conducta a las que estaba obligado, en el marco de un procedimiento de suspensión de juicio a prueba, en su momento el acusado fue sobreseído en dicha causa, con la anuencia del Ministerio Público Fiscal, mal podría ahora utilizarse aquel antecedente de incumplimiento en otra causa judicial totalmente ajena a la presente, como parámetro indicativo de la evolución del joven; y menos todavía, en sentido

desfavorable, cuando como vimos el propio acusador público oportunamente consintió, no obstante esa inobservancia, que se beneficie al imputado con la aplicación de un criterio de oportunidad, y se dicte su sobreseimiento.-

Recordemos que al Ministerio Público Fiscal lo rige, entre otros, el principio de "unidad de actuación" (arts. 19 de la Constitución Provincial, 116 del CPP y 2º, inc. c, de la Ley orgánica 5057, actual Ley V).-

5) El art. 8 de la ley 22.278 manda que, en aquellos casos en que el joven hubiera cumplido los 18 años de edad, el tratamiento tutelar del inc, 3ro. del art. 4to. se cumplirá en cuanto fuere posible, es decir que la ley no exime, en estos casos, de cumplir con el mismo. Si bien es cierto que durante la sustanciación del presente proceso, se produjo una importante reforma legislativa, en el mes de diciembre de 2009, estableciéndose la mayoría de edad a los 18 años, hemos acordado en la deliberación que el texto original del art. 8 citado resulta aplicable como ley más benigna. De manera entonces que no es posible argumentar que, en razón de la mayoría de edad alcanzada por N. A. con posterioridad al momento de comisión de los hechos y como consecuencia de una modificación legal, ello podría significar que han desaparecido los requerimientos constitucionales y convencionales relativos al juicio de merecimiento de pena, en la forma que ya se los ha explicado *ut supra*.-

La garantía constitucional de "ley previa" (arts. 18 de la Constitución y 9 de la Convención Americana, entre otros), no debe interpretarse –en el presente caso- como limitada a las normas consideradas de derecho penal "sustantivo", o estrictamente, del llamado derecho penal de fondo; en primer lugar, porque la distinción misma entre normas penales

sustantivas y procesales, ha sido puesta en tela de juicio muy severamente, y luego, porque las condiciones o requisitos que impone la ley 22.278 para habilitar la imposición de pena a jóvenes de más de 18 años, por hechos cometidos antes de cumplir esa edad, deben ser consideradas sustantivas (son preceptos que regulan la pena), o al menos ambivalentes, pero nunca meramente procedimentales –y de allí en más entonces, amparadas en cuanto tales, por el universo de consecuencias del principio material de legalidad-.-

Pero, igualmente, aún en el supuesto que se considerara que las normas de referencia, contenidas en la ley 22.278, son de índole procesal, debe recordarse también que la actual interpretación constitucional en esta materia sostiene que, ni histórica ni exegéticamente, puede sostenerse la tesis que niega la expresa consagración de la irretroactividad de la ley procesal penal más gravosa en la Constitución nacional (cfme. Zaffaroni-Alagia-Slokar citados por Gullco, Hernán Víctor en su obra: “Principios de la Parte General del Derecho Penal. Jurisprudencia comentada”, págs. 30 y ss., quien concluye sobre el punto que: “…existen razones convincentes para extender el concepto constitucional de ‘ley penal’ a cuestiones procesales que no estén vinculadas exclusivamente con temas probatorios”).-

6) En apoyo de lo expuesto en el apartado precedente, y a título comparativo, cabe traer a colación la jurisprudencia que viene siguiendo la CNCrim. y Correc., tribunal que como es de público conocimiento resulta competente para entender en grado de apelación en las causas que tramitan ante los juzgados de instrucción de la justicia nacional. Adviértase

que el temperamento que observa este Cuerpo, como consecuencia del dictado de las leyes 26.061 -de “Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, que establece la aplicación obligatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño respecto de las personas hasta los 18 años de edad (art. 2°)- y 26.579, consiste en ordenar que continúe el trámite del sumario “bajo las previsiones de la ley 22.278” en aquellos casos en que, al momento del hecho, el acusado era menor de 18 años; para luego, una vez cumplida esta edad, declarar que se extingue de pleno derecho la “disposición tutelar” que se pueda haber ordenado en el caso, precisamente a fin de compatibilizar los distintos órdenes normativos citados (“Las normas deben interpretarse como un todo armónico, como un único libro de leyes”, sostuvo la CN Crim y Correc., Sala VI, en la causa “G., N. J. M.”, del 9 de febrero del corriente año, publicado en revista de “Doctrina Judicial”, semanario del 22 de junio de 2011, págs. 96 y ss.).-

Pero, en este mismo supuesto, se admite de ser necesario incluso el dictado de la prisión preventiva –con cita de la jurisprudencia concordante de la CNCas. Pen., por ejemplo en la causa de la Sala II “A., G. A. s/ recurso de casación”, de fecha 11/03/2010, y causa “P., E. A. s/ recurso de casación”, de la Sala III, de fecha 21/04/2010-, a fin de mantener el lugar de alojamiento del joven, con la finalidad de dar cumplimiento “en cuanto fuere posible” (art. 8 de la ley 22.278) con el tratamiento establecido por el inciso 3 del artículo 4 de esa legislación; teniendo en cuenta para ello, en el caso, que los informes obrantes en la causa brindan pautas de una problemática que “impone la intervención estatal” (ibídem). O sea, que la vigencia de la ley 26.579 en modo alguno se

interpreta como un obstáculo a la implementación de un tratamiento tutelar, sino que lo que se debe procurar, antes bien, es hacerla compatible con el mismo.-

7) En definitiva, careciéndose en el caso de toda información relativa a “los antecedentes del imputado” –en la forma como han sido interpretadas en el precedente apartado VI.- 2)-; sumado a la imposibilidad absoluta de valorar “el resultado” del tratamiento tutelar, dado que no se implementó nunca el mismo; de todo ello resulta claramente entonces, que no es posible arribar a una decisión sobre el merecimiento de pena de N. A., imponiéndose su absolución libre en el caso (art. 345, 2º párr., CPP).-

VII.- Por las razones expuestas, he de proponer al Acuerdo mi voto afirmativo a la presente cuestión, en la forma que más detalladamente se expondrá en la siguiente.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- No he de reiterar el detalle de los agravios planteados por el impugnante contra la Sentencia venida en revisión, los argumentos del Ministerio Fiscal ni del A-quo, remitiendo para ello, en honor a la brevedad, a lo expuesto por el colega preopinante.

Considero que la solución del caso, la cual ya fuera adelantada, deriva de la aplicación de una serie de parámetros que tienen que ver, básicamente, con la naturaleza del régimen penal de la minoridad y, en el hecho por el que se efectuó reproche al acusado ocurrido cuando este ya había cumplido los 18 años, toma trascendencia el beneficio de la duda como pauta de apreciación de la prueba. Puntualmente en lo que refiere al

primer ítem de los referidos, adquieren aquí relevancia la interpretación del art. 8 de la Ley 22278, las normas específicas que gobiernan el proceso penal de menores conforme las disposiciones del Código Procesal Penal del Chubut (Ley XV nro. 9 Libro V), los principios de la aplicación de la Ley penal y Procesal penal más benigna, y el carácter de la actividad ritual de las partes y Órganos Jurisdiccionales cuando de menores punibles se trata.

L. J. N. nació en Neuquen el día 6/8/90. Fue acusado por un hecho ocurrido en fecha 14/3/08, en perjuicio de L. S. G.; también por un suceso previo, acaecido minutos antes, en perjuicio de T. P.; un tercer hecho ocurrido en fecha 4/4/08 en perjuicio de la menor T. Z.; y un último evento acaecido en fecha 9/8/08 en perjuicio de M. F. L.. El detalle de modo, tiempo, y lugar resulta común a los cuatro sucesos: realizados en la vía pública, en una misma época e incluyendo todos violencia para abusar sexualmente, los tres últimos con acceso carnal.

Pero también surge manifiesto que cuando se verificaron los tres primeros eventos, N. contaba con diecisiete años, por lo cual le era de aplicación el régimen penal de la minoridad (Ley 22278).

II.- La Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada al vértice de nuestro sistema constitucional por el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna federal, establece que la minoridad se extiende hasta los dieciocho años (art. 1), y que los Estados parte dispondrán medidas alternativas al encierro (art. 40 inc. 4).-

Tal imperativo debe interpretarse como el agotamiento de los mecanismos de reinserción al medio social, dejando como último recurso a la imposición de pena temporal en el caso de participación criminal por el

niño en hechos delictivos, derivando todo ello de la noción de “personalidad en formación” que se desprende del concepto mismo de minoridad, y que condiciona severamente al requisito de culpabilidad que presupone la aplicación de toda sanción de naturaleza punitiva.-

La Ley 22278, más allá de fijar un segmento de punibilidad disminuida entre los 16 y los 18 años (art. 2), establece que previo a imponer una pena, entre otros recaudos, el menor será sometido a un “tratamiento tutelar” no inferior a un año, prorrogable en caso de necesidad hasta la mayoría de edad. Solo cumplido este, el Juez o Tribunal evaluarán la “necesidad de imponer una sanción”.

Resulta evidente que la Ley, que data del año 1980 y por ende anterior a la sanción de la Convención, hoy debe ser interpretada a la luz de esta. Ello impacta en la conceptualización del mentado tratamiento tutelar como la adopción de una serie de medidas de resocialización tendientes a abordar los factores que derivaron en la comisión del delito, reafirmar en la intelección del niño las pautas de convivencia social elementales, y en caso que la iniciativa sea exitosa, analizar la posibilidad de prescindir de la sanción, pues, insisto, se parte de la base de que se trata de una personalidad “en formación”.

La Ley también prevé la posibilidad de dejar de lado el tratamiento, en el supuesto que el proceso se haya reanudado o comenzado luego que el menor cumpliera los 18 años, y su desarrollo fuere imposible (“se cumplirá en cuanto fuere posible” reza la norma textualmente), debiéndoselo complementar por una amplia información sumaria sobre su conducta, la cual suplirá al tratamiento si el acusado ya fuere mayor de edad.-

En fecha 22/12/09 fue publicada en el Boletín Oficial la Ley 26579, la cual fija la mayoría de edad en 18 años para el Derecho Argentino, norma que comenzó a regir cuando este proceso se encontraba en pleno trámite.-

Hasta la mentada modificación, el sistema legal argentino preveía una protección mayor, en lo que a responsabilidad penal refiere, que la Convención pues la tutela del menor punible podía extenderse hasta la mayoría de edad (21 años), previo a determinar la necesidad de pena. Hoy ello, a priori, debería extenderse hasta los 18 años, aunque los 3 hechos atribuidos a N. ocurrieron de manera previa a la sanción de la Ley, extremo cuyo impacto en el análisis del caso abordaré más adelante.-

III.- Deviene completamente posible, y considero que importa el supuesto atrapado por el art. 8 de la Ley 22278, que la intervención tutelar resulte innecesaria. Ya sea por que el menor adquirió por sí solo, mediante su medio familiar o social, las nociones básicas que lo alejen del delito, ya por la imposibilidad de que ello ocurra, presentándose como irreversible la aplicación de una sanción. Pero todo ello debe acreditarse, en términos de la Ley, aún por medio de una “amplia información sobre su conducta”.-

El Código Procesal Penal provincial, en su Libro V, estipula reglas para el Juicio respecto de adolescentes, siendo una de ellas la imposibilidad de adopción de medidas de protección en el sistema penal (art. 405 4to. párrafo), pero obligando al Juez, a pedido de parte o aún de oficio, en caso de existir una situación de vulneración de derechos del menor, aún en el supuesto de probabilidad de existencia del hecho punible y participación

en él del niño, a remitir los antecedentes al Sistema Integral de Protección de Derechos (Ley III nro. 21 , antes 4347, Dto. 1631/99).-

La disposición pretendió evitar que bajo el rótulo de “medidas tutelares”, se establecieran cautelas encubiertas sobre la persona, en función de un pregonado “interés superior del niño” que poco atendía al menor y mucho más al éxito de la investigación o al reclamo social de sanción. Así el art. 408 del CPPCh. regula las medidas coercitivas posibles durante el proceso, de las que la privación de libertad es la más extrema, y el art. 409 incs. 3, 4 y 5 imponen la división del juicio por etapas, culpabilidad y cesura (art. 343), debiendo cumplirse previo a este último las condiciones de la Ley especial de fondo en la materia (Ley 22278), y contemplando la norma la adquisición de una profusa información sobre el menor.-

Pero lo que resume la télesis del sistema es el párrafo final del mentado art. 410: “Nunca se impondrá pena si esta decisión no es precedida de una acción tendiente a ofrecer una posibilidad razonable de que el adolescente supere las circunstancias que originaron el proceso criminal seguido en su contra”.-

IV.- Soy de la opinión que al ocurrir los tres hechos endilgados a N. cuando este no contaba con 18 años, el plexo normativo aplicable a este era la Ley 22278, interpretada conforme impone la Convención, y hasta sus 21 años, los que a la fecha de elaboración de este acto aquel aún no cumplía, por derivación del principio establecido en el art. 2 primer párrafo del Código Penal. Podría hipotizarse que la Ley 26579 devenía aplicable a este caso pues regulaba una relación jurídica existente (art. 3 del Código Civil), el proceso, que la cuestión tutelar eran y es, de naturaleza

adjetiva, que una vez adelantada la mayoría de edad solo cabía determinar la necesidad de aplicación de pena a N., y ya siendo este mayor, y culpable en al menos tres de los casos por los que fue acusado, la sanción se imponía.-

Pero, por si no alcanzara el principio de la “ley penal más benigna”, la Constitución Provincial contiene el de la “ley procesal penal más benigna” (art. 44 tercer párrafo), extremo que obligaba a considerar la aplicación de medidas tuitivas hasta los 21 años del aquí imputado.-

Aunque, estimo que no es posible reducir el tema de la responsabilidad penal de los adolescentes a un aspecto exclusivamente procesal. Sin dudas se trata de una cuestión de fondo, en la que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a agotar los medios de reinserción social de los menores previo a imponerles una pena. No cometeríamos un exceso si afirmáramos que bien puede considerarse a las disposiciones de la ley 22278 como una extensión del art. 41 del Código Penal y al tratamiento tutelar exitoso o la no necesidad de sanción como variantes de la misma excusa absolutoria.-

Es decir, a N. por cualquiera de los lados que se mire la cuestión le era aplicable un universo de normas sustantivas y adjetivas que imponían que previo a fijarle una sanción, se debía analizar si ello era necesario o no, todo en función de la información acopiada respecto de la conducta del menor y del resultado de las iniciativas tutelares desplegadas a efecto de la internalización en su conducta de las pautas mínimas de convivencia.-

Y aquí adquiere relevancia la conducta procesal de las

partes, lo argumentado por ellas, y por el Tribunal en cuanto a las razones que lo llevaron a imponer directamente una pena en este caso.-

V.- No esta de más recordar a esta altura que los hechos atribuidos a N. ocurrieron en el año 2008, sin solución de continuidad comenzó el proceso, y el Juicio Oral se realizó en el mes de Mayo del corriente año.-

Tres años transcurrieron y debemos decir que la información adquirida en ellos sobre el acusado debe de ser calificada como pobre. Sobre todo si en ella se basó el Tribunal, como veremos más adelante, para en el marco del art. 8 de la ley 22278, decidir que era necesaria la aplicación de la pena.-

Pero mencionaba la estrategia de las partes. El propio Ministerio Fiscal adujo en la audiencia previa a este acto que el Ministerio pupilar no propuso medidas tutelares.-

Incluso la Fiscalía fundamentó su posición de innecesariedad de tratamiento tutelar en el informe psicológico realizado por la Licenciada R. en el año 2008, del que resaltó un supuesto carácter de “irrecuperabilidad” en N.; y en lo informado en Debate por el Licenciado R., Delegado de Control designado para evaluar el cumplimiento de las reglas propias de una Suspensión de Juicio a Prueba concedida al acusado en una causa que se le seguía por la comisión de un delito no de carácter sexual, obligaciones que N. habría ignorado.-

Coincido plenamente con lo expuesto por el colega que lidera el Acuerdo en cuanto al punto. Si ya de por sí parecen, reitero, escasos los datos adquiridos a los efectos de prescindir del tratamiento tutelar, aún

enfocándolos en el contexto del art. 8 de la Ley 22278 no llegan ni a aproximarse al concepto de “amplia información” sobre la conducta del menor.-

Pero aún más. La Juez penal, a pesar de que N. no habría cumplido las pautas de conducta, lo desligó del reproche, no obstante lo cual se pretende ahora exhumar tal presunto incumplimiento para fundamentar que no era necesaria intervención tutelar, y que el acusado revelaba por ello un evidente desapego por las normas básicas de convivencia social.-

Allí concurre un informe psicológico que data de tres años antes, en el que si bien se consignaba que el joven poseía una inclinación a desoir las pautas de convivencia, ello derivaba de una historia de vida conflictiva, recomendándose la inclusión del mismo en un régimen psicoterapéutico, pero nada de ello ocurrió. Poco se ha sabido de la vida de N. en los últimos tres años, excepto la suerte de la “probation” que le fuera concedida, asimilada forzadamente a un amplio informe sobre su conducta.-

Sí conocemos que el Estado estaba obligado procesalmente, aún de oficio, a dar intervención al Servicio de Protección de Derechos en caso de verificarse una situación de riesgo, la cual parecía desprenderse del informe aludido supra, y no lo hizo; que toleró el incumplimiento por N. de las pautas que le había impuesto para eludir la sustanciación de un Juicio de índole penal por un hecho distinto de los que aquí se juzgan, pero que luego revivió dicho incumplimiento para fundamentar la necesidad de aplicación de pena por los sucesos que aquí se desarrollan, pretendiendo así soslayar una intervención tutelar ausente.

Probablemente, si de evaluar el apego a los compromisos asumidos internacionalmente por el Estado argentino respecto de los menores punibles se trata, el juicio no sería benévolo.

Lo concreto es que solo su culpabilidad en tres hechos (atribución que no ha cuestionado en uno de ellos), en lo que coincido y hago propios los argumentos del primer votante, lo ha conducido a la pena. Ha sido tratado como mayor de edad, cuando la Convención de los Derechos del Niño, la Constitución Nacional, la Provincial, el Código penal, el procesal y la Ley 22278 lo consideraban menor, y obligaban al Estado a intervenir tutelarmente, o al menos, a desechar tal intervención sobre bases ciertas.

Ello no ocurrió y N. próximamente será mayor de edad, o ya lo es para una ley argentina actual que no puede aplicársele por razones de benignidad de la anterior.

Pero lo que sí esta claro es que cuando cometió los hechos a los que hago referencia era menor punible, que no sabemos como hubiera reaccionado si algo se hubiera intentado a su respecto, aunque dentro de lo poco que conocemos, no se han tenido noticias de reiterancia delictiva en el último período.

En tal contexto dos (el restante no trató el tema), de los Jueces del Tribunal, sobre la base de las herramientas referidas, interpretaron que era de aplicación el art. 8 de la Ley 22278, como medio de eludir un tratamiento o aún una amplia indagación sobre la situación del menor que no se llevaron a cabo, merced a una información incorporada que, como hemos visto, poco “informó”.

Entonces, debemos suponer, pues así lo imponen los

arts. 28 del CPPCh. y 18 de la CN, que si N. hubiera recibido alguna clase de asistencia, o de conocer su exacta situación de vida al momento de evaluar la necesidad de pena, el concepto hubiera sido favorable, declarándose que a pesar de la reprochabilidad de sus actos, era posible prescindir de la sanción pues se había enderezado el proceso de formación de su personalidad.-

Y absolverlo, por lo que voto en cuanto a tales sucesos.

VI.- Las expresiones de la menor P., su madre, G. R. y el señalamiento de la víctima al acusado en la rueda de personas realizada no dejan dudas en cuanto a la autoría de este y la materialidad sobre lo ocurrido el día 14/3/08 en inmediaciones de la Unión vecinal del Barrio Quirno Costa a las 7 de la mañana aproximadamente.

Minutos después, en una obra en construcción sita en calle Comunidad y Carlos Gardel, la menor L. G. fue obligada a practicar sexo oral y accedida carnalmente, siendo amenazada con la exhibición de un cuchillo que luego reconociera, pues le fue incautado al acusado. Sus expresiones, las de su madre, el funcionario policial G. que recibiera la denuncia que efectuara junto a su hermana, el reconocimiento en rueda positivo en cuanto a indicación de N., el tatuaje que la niña dijo haber observado en la pierna del encartado, similar al que efectívamente posee, y la descripción física y de prendas coincidente con la efectuada por P. avalan la adjudicación de la autoría del evento al imputado, al igual que la realizada respecto del evento precedente.

Aquí la crítica de la Defensa se centró en la distancia entre un sitio y el otro, la cual no sería apta para ser recorrida en el breve lapso que transcurrió entre ambos sucesos. Sin embargo, los lugares donde

ocurrieron los ataques no son tan lejanos entre sí, pueden ser desandados por una persona joven en buen estado físico, lo que genera que la observación resulte , a priori objetable, y a posteriori, en su confrontación con los elementos de cargo ya referenciados, inidónea para anular el mérito de estos.-

No ha cuestionado la Defensa, y hubiese resultado dificultoso hacerlo, la autoría de su pupilo en el hecho verificado en fecha 4/4/08, en perjuicio de T. Z., en una obra en construcción de calle Eva Duarte al 2010, quien fue accedida carnalmente por vía anal y vaginal, extrayédoseles muestras de líquido seminal que cotejado con la sangre de acusado, arrojaron una compatibilidad del 99.99%. luego la versión de la menor muestra a las claras que no consintió el ultraje.-

VII.- Pero lo expuesto en cuanto a declaración de responsabilidad en estos sucesos queda atrapado en el tema de la necesidad de pena ya analizado, pues al ocurrir, reitero, el imputado no contaba aún con 18 años.

No obstante la reseña ayuda a nivel comparativo, pues permite demostrar que en el último de los hechos tratados en el juicio, los elementos de convicción presentados por el Acusador no permitían derribar el estado de inocencia, tal como lo sostuvo la minoría del Tribunal.

El día 9/8/08 a las 7 hs. aproximadamente, M. F. L. fue conducida detrás de la escuela 153, amenazada con un arma blanca, accedida carnalmente, y le fueron sustraídos una riñonera de color negro con la inscripción “callejeros” y un teléfono móvil marca Motorola color negro y naranja.-

Los Jueces Juárez y Suárez consideraron que con el hallazgo del celular en poder del acusado y la similitud de la operatoria criminal con los otros casos era suficiente para adjudicar responsabilidad penal en cuanto al evento en cuestión.-

Pero la menor no observó al sujeto activo, se efectuó a pesar de ello un reconocimiento en rueda con resultado previsiblemente negativo, las muestras extraídas a la niña de fluidos del agresor fueron insuficientes para una pericia de compatibilidad con la sangre del imputado, la descripción de las prendas del agresor por la víctima no fue firme en cuanto al color del calzado y al detalle de los pantalones, y el teléfono celular hallado en poder de N. no quedó claro que fuera el que perteneciera a la víctima, ni fue exhibido e juicio.-

Todo ello fue valorado por el Dr. Rago para sostener que en el supuesto el estado de inocencia prevalece, pues la mera descripción de una modalidad delictiva similar a los otros eventos no alcanza para atribuir reproche en este.-

Sin dudas le asiste la razón. La circunstancia que en principio revestía el carácter de sospecha de autoría hacia N., las modalidades de tiempo, lugar y mecánica similares entre el suceso que ahora analizamos y los tres anteriores, debía complementarse con evidencia que permitiera concluir sin hesitación que nuevamente el acusado había desplegado una acción tendiente al ultraje sexual.-

No por el solo dato de la similitud se llega sin más a una nueva adjudicación de responsabilidad penal en cuanto a otro hecho, más si se tiene en cuenta que las notas distintivas a los ultrajes sexuales en la vía

pública suelen reiterarse en todos los casos, y que con los elementos de convicción colectados, no resulta posible descartar la autoría de otra persona.-

Nótese que, a diferencia de los otros reproches, aquí no hubo individualización en rueda de personas, la víctima no fue asertiva en cuanto a la vestimenta, no se pudo realizar la compatibilidad genética y la posesión del teléfono celular de la menor, ya de por sí un nexo entre acusado y hecho frágil pues por lógica no se extiende a los caracteres de la acción desplegada, ni acredita la presencia en el sitio y hora del evento, todavía se torna más endeble desde la ausencia de certeza sobre sí el instrumento tecnológico era el de la víctima o no.

Todo ello coadyuva a consagrar la duda insuperable, que a su vez mantiene vigente el estado de inocencia, y con él impone revocar la condena y proceder a la absolución (arts. 18 CN, 44 sexto párrafo Constit Pcial., 28 CPPCh.).-

VIII.- La forma de interpretar las obligaciones del Estado Argentino en cuanto a los menores punibles que aquí se sigue, resultante de la “protección especial” que impone la edad, presupuesto de una personalidad aún no consolidada, es la que surge del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “García Méndez , Emilio” de fecha 3/12/08, al que remito en honor a la brevedad.-

Desde ya que a ninguna persona, y menos si tiene responsabilidades en el sistema penal, le resulta agradable que un sujeto que, probadamente, cometió un ilícito (aquí fueron más), y de gravedad, no se le aplique la sanción correspondiente. Sabemos del esfuerzo que implica

la investigación criminal, más en delitos como los que aquí se ventilaron, el gravamen causado a las víctimas, la sensación de impunidad que generan los efectos de un pronunciamiento como el que aquí se emite.-

Pero debemos retornar al concepto de los roles en el orden adjetivo vigente, pues la Judicatura debe velar por el cumplimiento de la Ley, la que tiene jerarquías, y precisamente la Constitución Nacional y los Tratados como la Convención de los Derechos del Niño deben ostentar un sitial relevante en la consideración de los Magistrados.-

Es por ello que la culpabilidad decretada en tres los cuatro casos llevados a Juicio cede aquí ante el incumplimiento de las normas específicas que gobiernan la responsabilidad penal de los menores de edad, quienes merecen una “protección especial”, y a ello se ha obligado el Estado Argentino, sin que en los casos arriba detallados se haya verificado una actividad tendiente a honrar tal obligación. Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

Llega la presente causa a conocimiento de este Tribunal en virtud de la impugnación interpuesta por los Dres. F. M. R. y L. M. P. abogados de confianza del imputado *L. J. N. A.* en los autos caratulados: “L., C. E. s/Dcia. Abuso sexual r/v hija menor” (principal), que comprende las siguientes Carpetas Judiciales Nº 1527 1538 – 1731 y 1504 –Legajos de la Fiscalía Nros. 14.650- 14.597- 14.944 y 17.159, contra la sentencia definitiva Nro. 33/2011 de fecha 7 de junio de 2011 dictada por el Tribunal Colegiado integrado por los Dres. Mariel Alejandra Suárez, Hugo Américo Juárez y José Rago, en cuanto dispone en lo que aquí interesa: ***“ … 2) DECLARANDO A L. J. N. A. ya filiado, como autor penalmente responsable del delito de***

abuso sexual simple en los términos del artículo 119 primer párrafo del Código Penal por el hecho ocurrido en perjuicio de N. F. T. P., el día 14/03/2008 en concurso real con abuso sexual con acceso carnal en los términos del artículo 119 tercer párrafo del Código Penal tres hechos en concurso real por los hechos ocurridos en perjuicio de L. S. G. el día 14/03/2008, T. R. M. Z. el día 4/04/2008 y en perjuicio de M.F.L. el 9/08/2008. 3) CONDENANDO a L. J. N. A. YA FILIADO, A LA PENA UNICA DE 13 AÑOS DE PRISION DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO MAS ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (ARTS, 119 primer y tercer párrafo, ART. 55, 44, 29 inc. 3ro y 12 del CP. Art. 4 y 8 ley 22278 ART. 1 LEY 24660 Y ART. 5.6 CADH. 4) DICTANDO LA PRISION PREVENTIVA A L. J. N. A. EN FUNCION DE LOS ARTICULOS art. 20, 213, 220, 221 inciso 2do e inc., 4 DEL CPPCH, HASTA QUE LA SENTENCIA QUEDE FIRME …".-

Que en su libelo impugnativo la recurrente se agravia que todo el pronunciamiento confirmatorio, vulnera principios y garantías de raigambre constitucional, como lo son la garantía del debido proceso legal, el principio de inocencia y del in dubio pro reo y la defensa en juicio (arts. 18, 31, 75 inc. 22 de la CN; art. 11 inc, 1 Declar. Universal de Derechos Humanos; art. 14 Pacto Intern. De Derechos Civiles y Políticos; art. 8 incs. 1 y 2 Pacto de San José de Costa Rica, Ley 48 art. 14). Hace expresa reserva del Caso Federal.-

Así comienza la crítica de la sentencia recurrida en orden a las fechas en que ocurrieron los sucesos criminosos.-

De la Carpeta Judicial Nº 1527, Legajo Fiscal Nº 14.650 y que resultara víctima N. F. T. P. dice: *"Que el día 14 de marzo de 2008*

alrededor de las 07.10 horas cuando la menor N. F. T. P. de 15 años salió de su casa para ir a la Escuela Magisterio Nº 711, en inmediaciones de la Unión Vecinal del barrio Quirno Costa y en dirección a la calle 10 de Noviembre fue interceptada por el imputado L. J. N. A., quien llevaba puesto un buzo con capucha en la cabeza. Repentinamente N. A. tomó de la cintura a la menor y amenazándola con un cuchillo que apoyó en la cara de la joven la llevó a la fuerza a la parte de atrás de la Unión Vecinal del barrio Quirno donde le pidió el celular y la riñonera. Allí le desprendió el cinturón a la menor N. P., le bajó el pantalón y la ropa interior, mientras le preguntaba que edad tenía, a que escuela iba y si alguna vez había tenido relaciones sexuales, le tocó la vagina y los pechos, besándola a la fuerza y amenazándola con el cuchillo en el cuello. Todo esto sucedió hasta que la menor aprovechando que pasaba gente le dio un puñetazo al imputado y se escapó. Asimismo le sustrajo un celular marca Alcatel, una mochila negra que contenía dos carpetas, una cartuchera y un cuaderno de comunicaciones".-

"Los Sres. Jueces en forma unánime afirman que nuestro defendido es el autor del hecho, solamente por el "testimonio" de la víctima, sin prueba independiente que sustente el mismo, y condenan a nuestro asistido con la sola versión de las víctimas, las cuales no son creíbles ni gozan de la certeza que se necesita en ese estadio procesal. Prueba de ello lo que dice la votante que lidera la deliberación, la cual afirma textualmente en sus considerandos… "con respecto a la materialidad del hecho… ha sido acreditada con la declaración de la propia víctima N. F. T. P., la cual resultó convincente en su relato, toda vez que esgrimió con precisión las circunstancias del hecho… "… la autoría del imputado… la víctima señaló

claramente que vio al sujeto que la interceptó esa mañana, de perfil en oportunidad en que la obliga a besarlo. Luego de realizar el reconocimiento en rueda, el que es claro y certero toda vez que lo reconoce una vez que los integrantes de la rueda se ubican de perfil …".-

Asimismo, la valoración es incorrecta porque el resultado de la prueba de la rueda de reconocimiento, la misma fue negativa con respecto a nuestro defendido". Afirma la ausencia de pruebas de cargo en este caso bajo examen y solicita por tanto solicita invalidar el decisorio impugnado y disponer la absolución de su asistido. Completa sobre el punto con fallos sobre la duda y la aplicación del principio in dubio pro reo, como también sobre los testimonios de los testigos presenciales de hechos violentos, que ligados a estrés o miedo influirán en la información brindada.-

De la Carpeta Judicial Nº 1538, Legajo Fiscal Nº 14.597: Víctima L. S. G. Expresa: *"Que el día 14 de marzo de 2008 alrededor de las 07.30 horas cuando la menor L. S. G. de 17 años se encontraba caminando por calle 10 de Noviembre y Nuestra Señora de Lourdes, fue interceptada por el imputado L. J. N. A. quien la tomó del cuello y amenazándola con un cuchillo la obligó a caminar hacia una obra en construcción sita en Comunidad y Carlos Gardel. Seguidamente le pidió a la menor el celular y amenazándola de muerte con el cuchillo, mientras le tocaba los pechos, la hizo entrar en la obra en construcción y le dijo que se tapara la cara con la campera para que ni la vieran. En el sitio, el imputado le bajo la ropa interior a la menor y se bajó su ropa, agarrándola de los cabellos y obligándola a succionar su pene. A continuación se tiró al piso haciendo que la menor se agachara, la subió encima de el para seguidamente accederla carnalmente*

por vía vaginal. Como la menor continuaba llorando la hizo salir del lugar y le dijo que caminara sin mirarlo a su lado hasta que tiró el cuchillo en el patio de una casa y le pidió a L. G. que se vaya".-

Nuevamente en este hecho los votantes incurren nuevamente en valorar solamente el testimonio de la víctima sin prueba independiente, por ejemplo la Dra. Suárez dijo "… Que la materialidad de este hecho se ha acreditado principalmente con la declaración de la víctima quien ha detallado lo sufrido en forma clara, certera, lo cual resulta a mi criterio convincente …".-

Afirma la recurrente que no se tuvo en cuenta que el reconocimiento es irregular, que la descripción no se corresponde, que no hay tatuaje, que no está acreditada la materialidad del hecho, que el certificado médico de la víctima no constata lesiones. *"… el resultado de la prueba en la rueda de reconocimiento, fue negativa con respecto a nuestro defendido, y no menos importante la diferencia horaria entre el primer hecho y segundo hecho, en los cuales hay una diferencia de 20 minutos y más de 10 cuadras de distancia; por lo cual el imputado no pudo haber estado en dos lugares cometiendo los dos hechos con la distancia que hay y el escaso tiempo que hay entre un hecho y otro".-*

Continúa la impugnante refiriéndose al tercer hecho, correspondiente a la Carpeta Judicial Nº 1731, Legajo Fiscal Nº 14.944, Víctima: T. R. M. Z.. Expresa: *"Que el día 4 de abril de 2008 alrededor de las 07.30 horas cuando la joven T. R. M. Z. de 17 años iba caminando por Héctor Cámpora hacia la parada del colectivo a fin de concurrir al colegio, al llegar a Ignacio Rucci fue interceptada por el imputado L. J. N. A. quien encapuchado*

la tomó por detrás agarrándola del cuello y amenazándola con una navaja que apoyó en su cuerpo, la obligó a entregarle el celular marca Nokia gris que no funcionaba y un celular Nokia naranja y blanco, la llevó caminando y la introdujo por la ventana en una obra en construcción ubicada en calle Eva Duarte Nº 2010. Seguidamente N. A. la obligó a quitarse la ropa y poniéndola boca abajo la accedió carnalmente por vía anal y luego por vía vaginal. En el sitio, el imputado se limpió con la campera de la menor víctima para luego intentar cubrirle la cabeza con un buzo, atarle las manos y darse a la fuga".-

Una vez más los votantes entre ellos la Dra. Suárez dijo: "… Que la materialidad de este hecho entiendo se encuentra acreditada con la declaración de la víctima que prestó en audiencia de debate, la que resultó clara, extensa, certera…". En lo que respecto de la autoría, cabe señalar que se llega a la misma en virtud de la detención que se realiza de N. en el predio policial en virtud de un presunto hurto, allí es donde el personal policial constata que entre sus pertenencias el sujeto tendría un celular de similares características al que había denunciado como extraviado por L., además se le constató en el examen de visu del mismo la existencia de un tatuaje, el cual la testigo dice que es de un color pero el imputado al mostrarlo en el juicio es de otro color. No se pudo probar la participación del imputado en el hecho, por lo cual debe absolverse al mismo".-

Por último la impugnante se refiere al Cuarto hecho cronológico correspondiente a la Carpeta Judicial Nº 1504, Legajo fiscal Nº 17.159 (víctima: M. F. L.), y expresa: *"Que el día 9 de agosto de 2008 a las 07.00 horas la menor M. F. L. de 15 años de edad transitaba por Avenida 10 de Noviembre intersección Providencia cuando fue interceptada por el*

imputado L. J. N. A., quien le exhibió un arma blanca y mediante amenazas la llevó por la fuerza detrás de la escuela Nº 153 y la accedió carnalmente por vía anal, sustrayéndole además una riñonera color negra con la inscripción "Callejeros" y un teléfono celular marca Motorola de color negro y naranja.-

La Juez que lidera la deliberación dijo: "… la materialidad de este hecho está demostrada con el amplio testimonio de la joven víctima M. F. L. quien contaba con 15 años de edad en ese entonces…" nuevamente caemos en el error de creer y valorar que el solo testimonio de la víctima, es parámetro suficiente para condenar a nuestro defendido, sin prueba directa. Se valora de que el imputado al momento de la detención, el contaba entre sus pertenencias con este celular, supuestamente de la víctima, por lo cual es parámetro suficiente para condenar al imputado; descartando de que el mismo lo podría haber adquirido por una receptación dolosa u por otro medio, por lo cual se usa en su contra la presunción de inocencia. A ello debemos sumar la descripción que hizo de su atacante en la audiencia de reconocimiento de personas de fecha 21.08-08, acta protocolizada bajo el Nº 725 Año 2008 y su duda que al momento de realizar el acto no reconoció a N., pero tampoco lo descartó y que siempre señaló que no lo vio.-

Pero la jueza se equivoca con el reconocimiento que hace la víctima y lo usa en su perjuicio, yendo en contra de las garantías constitucionales de presunción de inocencia. Con respecto al informe del CENPAT, el mismo informó que la muestra enviada no es apta para el cotejo de ADN, por lo cual no se ha probado la participación del imputado en el hecho".-

Para finalizar su libelo recursivo, la impugnante dedica un

tópico especial sobre la ***"INOVSERVANCIA DE TRATAMIENTO TUTELAR.- INAPLICABILIDAD DE PENA.*** *Respecto de la aplicabilidad de la pena, no se ha realizado el tratamiento tutelar exigido en la ley de menores Nº 22278, dado que el imputado contaba con 17 años de edad al cometer los hechos. Directamente se ordenó un informe social, afectando las garantías constitucionales del menor, bajo pretexto de que a la fecha N. A. ya cuenta con la mayoría de edad. El tribunal impuso pena yendo en contra de la ley de menores, pero como si fuera poco y según el mismo usando la facultad prevista en la norma reducir la pena mínima y máxima del modo previsto para la tentativa, por lo que optare por su aplicación. Pero no se entiende que cálculo realiza el tribunal para fijar pena, dado que si realizan el sistema establecido conforme las reglas del concurso real, no podría nunca llegarse a la pena de 13 años."???. En síntesis el tribunal se arrogó facultades en contra de la ley de menores y supliendo el tratamiento tutelar por un simple informe ambiental, yendo en contra del espíritu de la ley 22.278".-*

La impugnación del decisorio es por tanto la arbitrariedad de la sentencia que menoscaba el derecho constitucional a la defensa en juicio y al debido proceso.-

Que la Representante del Ministerio Público Fiscal, en respuesta al emplazamiento que se le formulara, propicia el rechazo de la vía deducida, solicitando se confirme en todas sus partes la sentencia impugnada y la pena impuesta.-

Celebrada la audiencia prevista en el art. 385 del CPP ambas partes mantuvieron sus posturas en similares términos a los vertidos en sus respectivos escritos.-

Que agotado el trámite de la instancia recursiva, el Tribunal quedó habilitado para deliberar y decidir.-

Emitiré mi voto.-

Tal como lo acordáramos en la deliberación celebrada oportunamente, la impugnación deducida por la Defensa del imputado *N. A.* resulta admisible toda vez que, debidamente fundada, se dirige contra una sentencia definitiva (artículo 370 del Código Procesal Penal). Idéntico argumento cabe predicar en cuanto a la amplitud del recurso intentado, toda vez que tal como lo expone Gabriel Pérez Barberá en su artículo "Casación penal y posibilidad de control. Alcance del fallo 'Casal' y del método alemán invocado por la Corte" (publicado en el sitio elDial.com, Doctrina, el 15/05/07, *"…la Corte argentina no deja lugar a ninguna duda acerca de cuál tiene que ser la finalidad de ese recurso en el contexto normativo actual: allí 'amplitud' significa, simplemente,* ***revisión integral de la sentencia impugnada…*** *".* También expresa el articulista de mención *"… Que la revisión sea 'integral', por su parte, importa garantizar al condenado un derecho eficaz a* ***que su caso sea examinado 'una vez más' en todos los puntos que hayan sido objeto de su interés recursivo****, en tanto no sea imposible revisarlos…" (cfme. publicación citada, en ambos casos el destacado es propio).-*

Como bien lo detallara y fundara el Juez que lleva la primera voz en el acuerdo y que adhiero en un todo a fin de no ser repetitiva, el impugnante ha puesto énfasis para fundar sus agravios en que en los cuatro casos debatidos que conforman la presente causa, expresando que el Tribunal de juicio ha construido tanto la materialidad como la culpabilidad de su pupilo sólo en base a los dichos exclusivos de las víctimas y llegar así sin

más elementos probatorios a una arbitraria sentencia condenatoria.-

En primer lugar debemos despejar siguiendo un orden cronológico que en tres de los cuatro hechos bajo examen el imputado era menor de edad, es decir contaba con diecisiete años de edad (nació el día 6 de agosto de 1990 según se acreditó con la respectiva partida de nacimiento), y el hecho que damnificó a M. F. L. ocurrió el día 9 de agosto de 2008 es decir ya había cumplido los 18 años de edad y por tanto ya ajeno a la normativa de la ley Penal de la Minoridad 22.278 t.o. 22.803.-

Esta disquisición resulta pertinente porque es a partir de este último hecho mencionado, que surgen a la luz investigativa los otros tres tal como lo refiere la Sra. Fiscal a partir de su detención por un hurto el día 11 de agosto de 2008 secuestrándole el celular de la mencionada L., ropa descripta por las víctimas y la constatación de un tatuaje en su pierna derecha.-

Dicho esto he de decir que la sentencia en crisis con respecto al hecho investigado en el Legajo nº 14.650 en el que resultara víctima la joven N. F. T. P., no presenta vicios que el recurrente pudiera destacar como esenciales a los efectos de determinar que fueron opuestas o contradictorias las conclusiones, a las que arribaron los jueces del debate y del que han dado debido fundamento en sus votos para considerar penalmente responsable al encartado N. A. en el hecho ocurrido el día 14 de marzo de 2008. Partieron de la denuncia de la víctima y a ello fueron valorando a la luz de la sana crítica racional los demás elementos que conformaron un plexo probatorio sólido en contra del imputado, en referencia a ello han valorado distintos testimonios, reconocimiento en rueda de

personas, actuación de la Licenciada Á. en su carácter de sicóloga forense subrogante y de la Licenciada K. M. del S.A.V. como las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitieron a la joven víctima lograr zafar del ataque sexual que pretendía consumar en su integridad el imputado. Por tanto debe confirmarse íntegramente la sentencia impugnada en cuanto a la declaración de responsabilidad de N. A. en este hecho.-

Ese mismo día y minutos después de lo relatado ut-supra una nueva víctima es aprehendida por el encartado, me refiero a la joven L. S. G., investigación que surge del legajo nº 14.538, que también empieza dicha investigación con los dichos de la víctima sumado a aportes valiosos que realiza la joven abusada y que se concretan por ejemplo en un tatuaje que representa una hoja de marihuana, de color verde (que ha sido corroborado por el médico Policial Dr. C. P. C. cuando examinara al imputado), que cuestiona la defensa pues al celebrarse el debate, esta última solicitó a su pupilo que exhibiera sus tatuajes, evidentemente con la finalidad de crear alguna duda a ser tenida en cuenta pues su coloración ya no era igual, más el tiempo transcurrido -más de tres años- entre la investigación y el juicio oral permite como bien lo destacara la Sra. Fiscal volver a colorearse tatuajes, hacerse nuevos y que por otro costado el propio imputado ha reconocido que la data de otros tatuajes son posteriores al momento del hecho investigado, con lo cual esta disquisición que realiza la defensa en nada modifica o hace poner en duda la razonada valoración efectuada por los jueces del juicio, de manera que su planteo en este aspecto encuentra apoyatura en su particular y abstracta opinión que no es demostrada en la ponderación concreta de la sentencia, y que sólo muestra su simple disenso

con las conclusiones que extrajo el tribunal de mérito de las pruebas arrimadas al juicio en la tarea que le es propia y ajena a la revisión de esta Cámara.-

Amén de lo dicho, fueron sumados también otros elementos cargosos idóneos para arribar a la declaración de responsabilidad de N. A. que debe confirmarse a su respecto.-

Con similar criterio también debe confirmarse la declaración de responsabilidad penal del encartado N. A. en el hecho investigado en el legajo Nº 14.944, cuya damnificada fuera la joven T. R. M. Z., toda vez que la sentencia en crisis ha fundado en forma armónica y con elementos de prueba contundentes (examen de ADN correspondiente a las muestras extraídas a la damnificada luego del hecho y sangre del imputado, determinándose que existe una correspondencia de un 99 % entre ambas muestras). Por tanto, también, como ya lo señalara, corresponde confirmar la responsabilidad penal del encartado.-

Por último, durante la deliberación hemos acordado que en el hecho que victimizara a la joven M. F. L., las evidencias colectadas resultan insuficientes como para fundar un juicio de certeza y, por tanto, demostrar la personal intervención de N. A. en él.-

No dejo de soslayar, como lo dijera al comienzo de mi voto, que es precisamente a raíz de la detención del imputado por un hecho contra la propiedad, en el que se le incautara un teléfono celular correspondiente a la víctima denunciante, no se han considerado otras hipótesis posibles para determinar la procedencia del elemento secuestrado y que bien pudo provenir de una compra, de haberlo encontrado en la vía

pública, de que se lo hayan prestado, etc.-

Cabe concluir por tanto que si bien es un indicio muy fuerte en contra del acusado, queda huérfano y por ello el principio de *favor rei* habrá de jugar a favor de N. A.. Amén de ello, en este punto, no hubo unanimidad por parte de los Señores Jueces del Tribunal de juicio que arribaron por mayoría a la condena, con la disidencia del Dr. Rago ya que en el caso de la construcción de la autoría, a pesar de que la víctima describió que su agresor sexual calzaba unas zapatillas de marca “Nike” de color negros con vivos plateados, esto sólo y un testimonio que fue denegado en la audiencia preliminar y que hubiera arrojado más claridad en la elucidación del hecho, no alcanzan para tener por edificado el extremo bajo examen.-

Si bien ha quedado plasmado en la sentencia en forma coherente la responsabilidad penal del traído a proceso en los tres primeros casos analizados, con excepción del último, hemos llegado a la conclusión de apartarnos del temperamento adoptado por el Tribunal *Aquo* con relación a la imposición de pena que dispusiera en el juicio de cesura.-

Ello así por entender que del voto de quien lidera el acuerdo, ha partido de la jurisprudencia sentada por la CSJN en la materia a partir del caso “M., D. E. y otro s/ Robo agravado…” -causa M. 1. 022XXXIX, sentencia del 7/12/2005-. El desarrollo efectuado por dicho Señor Magistrado, Dr. Daniel Luis María Pintos, me ha permitido también profundizar el estudio del tema realizado por Horacio Martín Paratto Chiarella, en su artículo “La vigencia del fallo “Maldonado” en la Justicia Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires y la interpretación del art. 4 de la ley 22.278 -Comentario al fallo “P., D. E. s/ recurso de casación-”. Allí sostiene el articulista de mención lo

siguiente "… En esta oportunidad, y con motivo de un reciente pronunciamiento del Excmo. Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III, de fecha 13 de abril de 2011, resulta necesario destacar la impronta que el mismo establece respecto de la aplicación del art. 4 de la Ley 22.278 con relación al tratamiento tutelar y la mensuración de la pena a aplicar en los procesos penales juveniles en la oportunidad procesal correspondiente.-

Como preludio del presente artículo, debo destacar la aplicación que desde antaño, tiene lugar en el ámbito bonaerense lo normado por el art. 4 de la ley 22.278, debiendo destacar la importancia que mella al respecto el precedente "Maldonado" del 7/12/2005 (elDial.com - AA305B), de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

En este sentido, ya en fecha 29 de septiembre de 2004, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en el Acuerdo 2078 (causa "P 72517 F. F. F. C., A. J. s/ Homicidio en ocasión de robo en concurso real con robo reiterado") ha tenido oportunidad de referirse al modo de aplicar el art. 4 de la ley 22.278 en aquellos casos que resultare imprescindible la aplicación de una pena a un menor de edad previamente declarado responsable.-

Allí el Máximo Tribunal Bonaerense sostuvo, con base en el precedente P. 66.813 (sentencia del 26 de febrero de 2003) que ***tanto la norma nacional (en alusión al invocado art. 4° de la ley 22.278), como la provincial (en ese entonces art. 52 de la ley 10.067) contienen diversos parámetros que debieron ser tenidos en cuenta por la Excma. Cámara tanto para la imposición de la pena, como para su individualización que***

incluye además la posibilidad de una reducción sustancial de acuerdo a las reglas de la tentativa" (reducción que luego del precedente "Maldonado" de la CSJN se transformó en imperativa) señalando, además que ***"en el mismo sentido, tuve oportunidad de pronunciarme en el precedente Ac. 84.985, I. del 2 de abril de 2003, considerando que la temática de la mensuración punitiva en el proceso minoril está reservada a otros criterios que tienen como norte que la pena sea la última ratio y que cuando se la imponga este supeditada a que previamente haya sido declarada la responsabilidad penal del menor …, que haya cumplido 18 años de edad y que hubiese sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a 1 año. Esta previsión se ve reflejada tanto en los arts. 38 y 52 de la lex citatis como en el art. 4 de la ley 22.278, de cuya parte final incluso puede inferirse que la necesidad de la imposición de la sanción debe medirse (una vez cumplidos tales requisitos) en función de las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa del Juez (que contiene la facultad reductora bajo los cánones de la tentativa arts. 42 y 44 del C.P.), siendo que en caso contrario el temperamento deberá ser absolutorio pudiéndose prescindir del requisito de la edad*** (doctrina legal también aplicada en las causas Ac. 85.671 y Ac. 85.156, I. del 30/IV/2003).-

Con base en lo expuesto, en dicha oportunidad la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sostuvo expresamente que ***"el tribunal a quo tal … resolvió en forma expresa atender sólo a las 'modalidades del hecho' sin analizar ninguna de las pautas legalmente establecidas, limitándose a sostener que la falta de peligrosidad alegada***

y el resultado positivo del tratamiento tutelar 'juegan un papel secundario' ya que 'las penas se individualizan conforme al grado del injusto y de la culpabilidad'. Lo así decidido apartándose de lo dispuesto por el régimen penal de la minoridad, trasgredió la normativa invocada. Pues el art. 4 en cuestión exige el análisis conjunto. Además de 'las modalidades del hecho', deben ponderarse 'los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez'; de igual modo, la manda provincial exige contemplar si la pena impuesta 'se ajusta a la personalidad del menor y características del caso'". Es así que luego de lo señalado, y haciendo referencia al interés superior del niño (art. 3. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, resolvió casar la sentencia y remitirla al tribunal de origen a los fines de que se arribe a un nuevo pronunciamiento ajustado a las disposiciones legales de referencia.-

Es decir, aún antes de la aparición del precedente "Maldonado" de nuestro Máximo Tribunal Nacional, la Justicia Penal Bonaerense intentaba realizar una interpretación amplia y global de lo normado por el art. 4 de la Ley 22.278 sin limitarse únicamente a "las modalidades del hecho endilgado", aunque todavía se encontraba tímida a ingresar al debate de la "culpabilidad inferior del niño" en aras de determinar la aplicación imperativa de la escala penal prevista para la tentativa para aquéllos delitos cometidos por menores de edad, coherentemente establecidos a través del precedente de nuestro Máximo Tribunal Nacional, dónde la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido ***"en el marco***

de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación de la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias respecto de un adulto" (Terragni, Martiniano, "Manual de Práctica Profesional", Ed. La Ley, año 2009, pág. 257) (artículo citado, publicado en el sitio elDial.com).-

Tenemos entonces que en relación al tema en abordaje, el decisorio del Tribunal sentenciador contiene un ostensible déficit en la fundamentación de la condena impuesta; ha considerado de vital importancia la declaración de la psicóloga R. vertida en el debate, ya que la misma había realizado un informe de fecha 21 de octubre de 2008 sobre la personalidad del acusado, donde explicaba luego de realizarle algunas entrevistas, que el mismo tenía "trastorno Antisocial de la Personalidad, DSM-IV, F60" -"psicopatía" en la denominación psiquiátrica clásica-.-

Recomendó una psicoterapia focalizada, en razón del pronóstico reservado de la patología que presentaba y consideró la referida profesional que el cuadro que presentaba, era indicativo de "peligrosidad, dado que se trata de características de funcionamiento de la personalidad y

no meras respuestas ocasionales ante situaciones límite, o puntuales.-

Pues bien: desde este dictamen hasta la celebración del juicio y dictado de la condena, no ha habido ningún tratamiento terapéutico a fin de considerar en el marco de la ley penal de la minoridad el resultado de un tratamiento tutelar que es fundamental para meritar la imposición o no de pena.-

De otro costado el Tribunal de juicio tuvo en cuenta un informe social elaborado por el Licenciado R. R. (17/19 de mayo de 2011), donde el funcionario destacó la existencia de un sólido vínculo afectivo con su pareja e hijos con la que convive, estabilidad laboral y en general una valoración positiva del encartado; cabe aclarar que nuevamente la convocatoria del mencionado licenciado, fue porque había actuado previamente con un informe socioambiental, pues el imputado **N. A.**, y así lo subrayó la Fiscal General durante la audiencia del art. 385 del CPP, en un trámite de suspensión de juicio a prueba que le fuera otorgado en 2008, a pesar de no haber dado cumplimiento a las reglas de conducta del art. 27 bis del CP, resultó sobreseído con la pertinente venia del órgano titular de la acción penal pública, situación que no puede valorarse en su desmedro.-

Es decir que tenemos una ausencia significativa de elementos convictivos que en nada abonan la manda del art. 8 de la ley 22.278, por lo cual habré de adherir, en lo que atañe a los demás fundamentos, a la argumentación desarrollada por el Juez que lidera el acuerdo. Así voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

En base al resultado del tratamiento de la cuestión

precedente propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado L. J. N. A., contra la sentencia Nº 33/11; confirmar la misma, en cuanto declara la responsabilidad penal de N. A. por los hechos requeridos en las Carpetas Judiciales N° 1527 – Legajo Fiscal N° 14.650, N° 1538 – Legajo Fiscal N° 14.597 y N° 1731 – Legajo Fiscal N° 14.944, que fueran calificados como Abuso sexual simple en concurso real con abuso sexual con acceso carnal, dos hechos; revocar la Sentencia mencionada, en cuanto impone pena por los hechos requeridos en las Carpetas Judiciales N° 1527 – Legajo Fiscal N° 14.650, N° 1538 – Legajo Fiscal N° 14.597 y N° 1731 – Legajo Fiscal N° 14.944, y absolver al mencionado, en orden a dichos hechos; asimismo se debe revocar la Sentencia N° 33/11, en cuanto al hecho requerido en la Carpeta Judicial N° 1504 – Legajo Fiscal N° 17159 y absolver a N. A., con fundamento en el principio del *indubio pro reo*, que fuera calificado como Abuso sexual con acceso carnal. Es por ello que se debe hacer cesar la prisión preventiva con respecto al incuso, ordenando su inmediata libertad y la restitución de los objetos no sometidos a comiso (art. 333 CPPCh.). Librándose oficio a la Oficina Judicial de esta Circunscripción a los fines de arbitrar los medios necesarios para que se haga efectiva la libertad del mencionado, previo a constatar la inexistencia de medida privativa de la libertad dispuesta a su respecto.-

Corresponde además regular los Honorarios Profesionales de los Dres. F. M. R. y L. P. por su labor como defensores de confianza del acusado en la presente etapa de impugnación de condena. Por tales motivos, ponderando la extensión y calidad de su trabajo, estimo

apropiado fijar sus honorarios en la suma de dos mil pesos ($ 2.000), en forma conjunta.- (ley 2.200 t.o. ley 4335, art. 8).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

De acuerdo al resultado al que se ha arribado propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado L. J. N. A., contra la sentencia Nº 33/11; confirmar la misma, en cuanto declara la responsabilidad penal de N. A. por los hechos requeridos en las Carpetas Judiciales N° 1527 – Legajo Fiscal N° 14.650, N° 1538 – Legajo Fiscal N° 14.597 y N° 1731 – Legajo Fiscal N° 14.944, que fueran calificados como Abuso sexual simple en concurso real con abuso sexual con acceso carnal, dos hechos; revocar la Sentencia mencionada, en cuanto impone pena por los hechos requeridos en las Carpetas Judiciales N° 1527 – Legajo Fiscal N° 14.650, N° 1538 – Legajo Fiscal N° 14.597 y N° 1731 – Legajo Fiscal N° 14.944, y absolver al mencionado, en orden a dichos hechos; asimismo se debe revocar la Sentencia N° 33/11, en cuanto al hecho requerido en la Carpeta Judicial N° 1504 – Legajo Fiscal N° 17159 y absolver a N. A., con fundamento en el principio del *indubio pro reo*, que fuera calificado como Abuso sexual con acceso carnal. Es por ello que se debe hacer cesar la prisión preventiva con respecto al incuso, ordenando su inmediata libertad y la restitución de los objetos no sometidos a comiso (art. 333 CPPCh.).-

Asimismo coincido con la regulación de honorarios impuesta a los Defensores de Confianza.-

A la **SEGUNDA** cuestión la Dra. **PETTINARI** dijo:

Atento a resultado del tratamiento de la cuestión

precedente adhiero al pronunciamiento propuesto por mis colegas preopinantes, es decir: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado N. A., contra la sentencia Nº 33/11; confirmar la misma, en cuanto declara la responsabilidad penal de N. A. por los hechos requeridos en las Carpetas Judiciales N° 1527 – Legajo Fiscal N° 14.650, N° 1538 – Legajo Fiscal N° 14.597 y N° 1731 – Legajo Fiscal N° 14.944, que fueran calificados como Abuso sexual simple en concurso real con abuso sexual con acceso carnal, dos hechos; revocar la Sentencia mencionada, en cuanto impone pena por los hechos requeridos en las Carpetas Judiciales N° 1527 – Legajo Fiscal N° 14.650, N° 1538 – Legajo Fiscal N° 14.597 y N° 1731 – Legajo Fiscal N° 14.944, y absolver al mencionado, en orden a dichos hechos; de igual forma se debe revocar la Sentencia N° 33/11, en cuanto al hecho requerido en la Carpeta Judicial N° 1504 – Legajo Fiscal N° 17159 y absolver a N. A., con fundamento en el principio del *indubio pro reo*, que fuera calificado como Abuso sexual con acceso carnal. Es por ello que se debe hacer cesar la prisión preventiva con respecto al incuso, ordenando su inmediata libertad y la restitución de los objetos no sometidos a comiso (art. 333 CPPCh.).-

Asimismo adhiero a la regulación de honorarios impuesta a los Sres. Defensores de Confianza del imputado.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

----------**RESUELVE:**----------

1º) **HACER** lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado **L. J. N. A.**, contra la sentencia Nº 33/11 de fecha 7 de junio de 2011 (arts. 374,

382 y ss. y cc. del CPP).----------

2º) CONFIRMAR la Sentencia N° 33/11, en cuanto declara la responsabilidad penal de **L. J. N. A.** por los hechos requeridos en las Carpetas Judiciales N° 1527 – Legajo Fiscal N° 14.650, N° 1538 – Legajo Fiscal N° 14.597 y N° 1731 – Legajo Fiscal N° 14.944, que fueran calificados como Abuso sexual simple en concurso real con abuso sexual con acceso carnal, dos hechos. ----------

3°) REVOCAR la Sentencia Nº 33/11, en cuanto impone pena por los hechos requeridos en las Carpetas Judiciales N° 1527 – Legajo Fiscal N° 14.650, N° 1538 – Legajo Fiscal N° 14.597 y N° 1731 – Legajo Fiscal N° 14.944, y **ABSOLVER** a **L. J. N. A.**, en orden a dichos hechos. ----------

4º) REVOCAR la Sentencia N° 33/11, en cuanto al hecho requerido en la Carpeta Judicial N° 1504 – Legajo Fiscal N° 17159 y **ABSOLVER** a L. J. N. A., con fundamento en el principio del *indubio pro reo*, que fuera calificado como Abuso sexual con acceso carnal. ----------

5°) **HACER** cesar la prisión preventiva con respecto a **L. J. N. A.**, ordenando su inmediata libertad y la restitución de los objetos no sometidos a comiso (art. 333 CPPCh.). ----------

6°) Líbrese oficio a la Oficina Judicial de esta Circunscripción a los fines de arbitrar los medios necesarios para que se haga efectiva la libertad del mencionado, previo a constatar la inexistencia de medida privativa de la libertad dispuesta a su respecto.----------

7°) REGULAR los honorarios profesionales de los Dres. F. M. R. y L. P., en forma conjunta, por la labor desarrollada en esta instancia en la suma de

pesos dos mil ($ 2.000). ----------

8º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------