En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los nueve días del mes de mayo de dos mil catorce, el Tribunal integrado por los Dres. **Guillermo Alberto MÜLLER**, en su carácter de Presidente, **Daniel Luis María PINTOS y Nelly GARCIA**, Jueces de Cámara, procede de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el M. del **Legajo de Investigación Fiscal n° 5602**, **carpeta individual n° 1161**, caratulada: "A., M. A. s/ p.s.a. Abuso sexual simple en grado de tentativa –víctima: L.S.B-" de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación las Sras. Funcionarias de Fiscalía, Dras. **Marisol Sandoval y Rita Barrionuevo**, el Sr. Abogado adjunto de la Defensa Pública Dr. **G. O.** y

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

Que el día 22 de abril del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Guillermo Alberto Müller, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de M. A. 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 M. A. 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. Guillermo Alberto Müller, en segundo lugar el Dr. Daniel Luis María Pintos y finalmente la Dr. Nelly García.-

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

I.- Ha concitado la atención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por la Defensa del imputado **M. A. A.**, contra la sentencia Nº 35/2014 emitida el 29 de enero de 2014 por el Tribunal unipersonal, por la que se condenara al nombrado a la pena de un año prisión en suspenso, con costas, al declararlo autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual simple en grado de tentativa (arts. 26, 29 inciso 3º, 42 45 y 119, párrafo 1°, del C. P.), por el hecho ocurrido en la ciudad de Sarmiento el 19 de octubre de 2012, en perjuicio de S. B. L. Asimismo se le impusieron, como normas de conducta, por el plazo de dos años, las de: a.- fijar residencia y someterse a la supervisión del Cuerpo de Delegados de Control, ante el que deberá presentarse cada cuatro meses; b.- abstenerse de relacionarse con la víctima y su grupo familiar y c.- someterse a un tratamiento psicológico.-

1.- El recurrente sostiene en su libelo impugnativo que la

sentencia atacada deviene injusta y manifiestamente arbitraria. Denunció que se advierte en ella una errónea aplicación de la ley penal y también una absurda valoración de la prueba.-

En relación al primero de los vicios aludidos, adujo que la interpretación del juez no se ajusta a la plataforma fáctica sustentada por el órgano acusador.-

Destacó que los mismos doctrinarios que el *A quo* citó en apoyo de su elaboración -Donna y Núñez-, definen su postura por la atipicidad, puesto que la situación no encuadra en los parámetros del art. 119, párrafo 1°, del CP.-

Señaló que la única manera de pretender cimentar la posición condenatoria es a través de una verdadera desinterpretación de las enseñanzas de los relevantes doctrinarios a los que hizo referencia. Apuntó que ello ubica al pronunciamiento en confrontación con el principio de legalidad (art. 18 de la CN).-

Respecto de la absurda valoración de la prueba, indicó que no se compadece con lo acontecido en el debate y además va contra las leyes de la lógica que resulta de estricta observancia (arts. 169 de la Constitución Provincial y 25 del CPP).-

Sostuvo que no resulta cierto que no se controvirtiera la presencia del imputado en el lugar, haciendo notar que los testigos M. y L.

nunca mencionaron haber visto a A. en el lugar y a la hora del supuesto hecho; asimismo, expresó, la menor nunca dijo que fuera A., sino que se lo hicieron decir.-

Indicó que los dichos del imputado, como de la testigo J. -que no fue controvertido por el Ministerio Público Fiscal-, ubican a aquél en su morada en el día y hora en que habría acaecido el suceso, lo que se refuerza con el testimonio de Y..-

Objetó otras expresiones de M. que, a su entender, afectan su credibilidad sin dejar de resaltar algunas contradicciones en las que habría incurrido en su deposición.-

Con cita de Ricardo Núñez (“Manuel de Derecho Penal - Parte Especial”, Lerner Editora SRL, edición 2009, pág. 136) y de Edgardo Donna (“Delitos contra la integridad sexual”, Rubinzal-Culzoni Editores, edición 2000, pág. 18), interpretó que la conducta enrostrada a **M. A. A.** deviene atípica en relación a lo normado en el art. 119, párrafo 1° del CP y en consecuencia, conforme lo prescribe el art. 332, primera parte del CPP, debe conducir a su absolución, caso opuesto se estaría incurriendo en una violación al principio de congruencia con severa afectación del derecho de defensa en juicio.-

En lo vinculado a la tentativa expuso que la atipicidad de la conducta esgrimida lo aleja definitivamente de la demostración de que el

hecho investigado se haya consumado, y menos aún que haya sido tentado, si se analiza el contenido del art. 42 del C.P. que es el que regula el instituto.-

Señaló que, en función de lo allí normado, para que se configure la tentativa se exige que: a.- el sujeto activo tenga por finalidad cometer un delito determinado (exigencia de dolo); b.- que el sujeto activo comience la ejecución del delito (es decir la introducción del autor en la esfera de protección de la víctima); c.- ausencia de resultado o no consumación (circunstancia ajena a la voluntad del autor).

Adujo que más allá de la demostración palmaria de la atipicidad de la conducta achacada a A., deviene inevitable mencionar que mucho menos se acreditaron los extremos exigidos en la norma citada.-

En forma subsidiaria, y para el caso que no sea de recibo el planteo principal, solicitó que al momento de definirse la situación del imputado se le imponga la pena mínima prevista para el tipo penal escogido, en virtud en la carencia de motivación y fundamentación para apartarse de ella, conforme la manda contenida en los arts. 169 de la Constitución Provincial, 25 del CPP y 409, 41 del C.P.-

Formuló reserva del caso federal para el caso de un pronunciamiento adverso a su pretensión.-

2.- Celebrada la audiencia prevista a tenor del artículo 385 del ritual, la Defensa mantuvo los argumentos como las peticiones

precedentemente reseñadas. Por su parte la representante del Ministerio Público Fiscal, expresó que lo que se advierte es la disconformidad de la Defensa con la aplicación de la ley penal y con la valoración de la prueba efectuada por el Juez A quo.-

Destacó que la menor víctima nunca mencionó concretamente a A. como que fuera quien provocara la acción de bajarse los pantalones y mostrarle su parte íntima y pedirle que abra la boca, sino que manifestó que un chico le pidió un favor, se bajó los pantalones y le mostró "el cosito" (sic) tras lo cual, le dijo que abriera la boca. Ante ello, la menor salió corriendo e inmediatamente le contó a su mamá, aclarando que el hecho ocurrió a pocos metros de su casa.-

Le manifestó a su madre que la persona que había desarrollado tal conducta, era de 29 o 30 años y que había ido con ella a la escuela. Merced a las referencias brindadas por la niña y a la sindicación directa, la madre increpó a A. quien negó el hecho, ante lo cual la menor ratificó el hecho y le dice "mamá está mintiendo", agregando que él -por A.- había sido quien desplegó la conducta. Agregó que el testimonio de la menor fue convalidado por la Licenciada S..-

En cuanto a las prendas de vestir, la madre concurrió a la casa de A. quien había cambiado su vestimenta no obstante lo cual fueron secuestradas las prendas que vestía al momento del suceso.-

En cuanto al análisis del tipo penal enrostrado, citó un artículo de la cátedra de Derecho Penal II, Parte Especial, publicado en el sitio "nuevopensamientopenal.com.ar", y a Edgardo Donna en su obra "Delitos contra la integridad sexual", Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 39/40.-

Entendió, en base a lo expuesto, que A. desplegó una conducta tendiente a perpetrar el abuso sexual, como lo consigna el Dr. R. en el decisorio recurrido, que se frustró por razones ajenas a la voluntad como lo fue la huida de la niña y la intervención de su madre.-

Por todo ello, solicitó el rechazo de la impugnación y la confirmación de la sentencia en todas sus partes.-

El Abogado adjunto de la Defensa hizo uso del derecho a réplica, efectuando aclaraciones respecto a los argumentos esgrimidos en relación a las críticas del Ministerio Público Fiscal.-

II.- Concluido el proceso deliberativo hemos acordado que el recurso debe prosperar como consecuencia del segundo motivo de impugnación esgrimido por la defensa, esto es la errónea aplicación de ley penal, en tanto el primero, definido como la absurda valoración de la prueba para emitir un juicio de certeza respecto a la autoría, los argumentos no lograron conmover el pronunciamiento que cuenta con debida y suficiente fundamentación en respuesta a esa cuestión.-

1.- La Defensa desde el inicio del juicio ha sostenido que la prueba no alcanzaría para establecer la materialidad y autoría del hecho y al formular conclusiones el cuestionamiento se afinca mayormente en el segundo aspecto.-

Sintéticamente el hecho objeto del proceso se produjo el 19 de octubre de 2012, entre las 18:30 y 19:00hs. en el Bº XX viviendas, frente a la casa nº XX, oportunidad en que un individuo exhibió sus partes íntimas a la menor S. B. L., manifestándole que "abriera su boca", cuando la niña transitaba por el lugar en su bicicleta, retirándose rápidamente para regresar a su domicilio y contarle a la madre lo sucedido.-

El imputado, en ejercicio de su defensa material, negó rotundamente el hecho señalado que ciertamente ese es su domicilio pero que se encontraba en el interior al horario establecido acompañado de otras personas e incluso comunicándose por chat con un amigo.-

En el juicio se produjo prueba propuesta por la Defensa para abonar la versión de su asistido la que no logró convencer al Juez apartándola con sólida fundamentación pues se contrapone con las versiones de los testigos de cargo y de la propia víctima que pese a su corta edad se ha mostrado determinada, precisa y firme respecto a la indicación del autor y a la conducta que desplegó.-

La valoración de esta prueba ha sido correcta,

adjudicándole el magistrado credibilidad a tales testimonios, no solo desde lo que denominamos coherencia interna sino también por la coincidencia o correspondencia con otras circunstancias de la causa.-

El impugnante observa que la niña no dio a su madre el nombre del autor como circunstancia relevante para desmerecer el valor asignado por el Juez, pero ello no es más que una mera disconformidad porque la niña sindicó inmediatamente a M. A. A. como la persona que fue compañero de colegio de su madre, y de hecho hacia el domicilio de éste se dirigió la Sra. M. para pedir explicaciones de su proceder, lo que reconoce el imputado.-

En tal oportunidad la nombrada se presentó en el domicilio con su hija quien le ratificó que esa era la persona que se había bajado los pantalones mostrándole sus genitales. Como ya dije la niña pese a su edad se mostró determinada y firme desde el mismo momento del hecho, sosteniendo la imputación a lo largo del proceso declarando posteriormente en Cámara Gesell sin apreciarse contradicciones con el testimonio de su madre basado en el relato de la niña. Ésta también pudo apreciar una conducta de A. tendiente a disuadir al cambiarse la remera, ya que al aproximarse a la vivienda la Sra. M. pudo verlo en la puerta con una remera blanca introduciéndose en el domicilio ante su presencia, para luego golpearle la puerta, incluso una ventana para ser atendida apareciendo éste

con una remera color gris descolorida, prendas que secuestraron producto de la diligencia de allanamiento del domicilio y al respecto las explicaciones que dio A. no fueron convincentes.-

Por último corresponde analizar la prueba de descargo. E. J. y S. O. Y. confirmaron en principio los dichos del imputado; la primera porque se hallaba con él en la vivienda y el segundo porque estaba comunicado por chat pero no alcanzaron para desvirtuar los dichos de la denunciante y la menor, ni al menos para generar una duda razonable.-

J. no hizo referencia a la presentación de estas personas, ni que A. le informara sobre el tema y S. Y. si bien ratifica que estuvieron comunicados vía chat lo fue entre las 17:10 y 18:30hs, es decir fuera del horario en el que aconteció el hecho.-

Por todo ello entiendo correctas las conclusiones del Juez en relación a la materialidad y autoría, en tanto han sido construidas a partir de elementos de convicción plenamente concordantes entre sí y valorados adecuadamente sobre la base de la lógica y la experiencia común, esto es, siguiendo las reglas de la sana crítica racional, otorgando absoluta credibilidad a los dichos de la menor, por lo que debe desestimarse la impugnación en todo aquello relativo a la primera cuestión abordada, y así voto.-

2.- Como ya dijera al iniciar mi sufragio el segundo

motivo esgrimido por el impugnante es el que ha de prosperar, ya que la conducta endilgada no encuadra en los arts. 119, 1er. párrafo y 42 del Código Penal.-

a.- Básicamente el accionar del encartado consistió en mostrarle a la niña sus genitales diciéndole “que necesitaba un favor” y “que abriera la boca”. La niña rápidamente se retiró en su bicicleta regresando a su casa para contarle a su madre, agregando ésta al declarar que alcanzó a decirle “no tenés baño”.-

Una primera reflexión me lleva a observar el tratamiento que se dio al suceso puesto que la niña en lo inmediato no le dio connotación sexual al hecho; así se extrae de las manifestaciones de la psicóloga forense y ello responde a diversos factores lógicos, su condición, corta edad, la inocencia propia de un niño y S. entendió que el propósito de la persona era orinar, incluso así fue evaluado por el Juez al analizar su versión y la validación de la profesional, por lo que entiendo debería repararse en la forma que se abordan estos episodios pues a no dudar que la judicialización ha contribuido a una revictimización; casi siempre las intenciones son buenas pero las formas no contribuyen en nada a superar un posible trauma, por el contrario marcan, estigmatizan.-

La tesis del Ministerio Público Fiscal fue recogida en su totalidad por el magistrado, y sin mayor fundamentación define la conducta

como abuso sexual simple en grado de tentativa.-

El aquo en apoyo de su conclusión cita a Donna para definir el abuso sexual simple y la hipótesis de la tentativa, de la que podemos extraer que el caso que nos convoca no responde a ninguna de las características que el autor citado brinda del ilícito en cuestión.-

Siguiendo al mencionado autor, este tipo básico exige, en principio, "una relación corporal directa entre el sujeto activo y el pasivo, de modo que son típicos los actos de tocamientos en las partes pudendas, sin el consentimiento de la víctima, la manipulación sexual sobre su cuerpo, tanto del tercero como la obligación al sujeto pasivo a que lo haga él mismo. También es agresión sexual obligar a la víctima a que realice actos de este tipo sobre el cuerpo de terceros", agrega, "Pero quedan fuera del tipo penal los actos de mera contemplación de la persona, que podrán entrar en otros tipos penales, como ser coacciones, o los arts. 128 y 129 del Código Penal", y con cita a Núñez señala más adelante "Hay coincidencia en que no se tipifica el abuso por palabras que pronuncie el autor o la víctima, ni tampoco cuando se trate de una simple contemplación del autor a la víctima, ni por la contemplación de ésta de actos obscenos por parte del sujeto activo sobre su propio cuerpo, lo que podrá configurar el delito de exhibiciones obscenas previsto en el art. 129 del Código Penal" (Derecho Penal – Parte Especial – Tomo I, 2da. ed. Rubinzal-Culzoni, págs. 491, 492 y 493).-

Tal definición no presenta mayor complejidad interpretativa y en lo primario nos aleja de la conclusión del juez y a su vez lleva a considerar otra situación.-

b.- Por otra parte la hipótesis de tentativa en este delito no resulta un tema sencillo y la doctrina se encuentra dividida; por un lado tenemos la postura de Núñez que sigue el Magistrado y que extrae de la obra de Donna, citada ut supra (pág. 513) que doy por reproducido, admitiéndola.-

Para una debida compresión el análisis debe partir de tener presente que se trata de un delito doloso de pura actividad en el que el autor debe querer la realización del tipo objetivo, es decir, que se trata de un acto de contenido sexual realizado por los medios que indica la ley no querido por la víctima, y el autor lo sabe.-

Enseña Santiago Mir Puig que "Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberán producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor", también repara en los componentes del tipo de la tentativa y señala que "…consta de los siguientes elementos: a) en la parte objetiva, una ejecución parcial o total no seguida de consumación; b) en la parte subjetiva, la voluntad de consumación ; c) la ausencia de desistimiento voluntario" (Derecho Penal – Parte General – 9ª Edición, Ed. B

de G, pág. 353).-

Reparemos entonces en algunas circunstancias del episodio, la acción atribuida al autor fue realizada a distancia de la víctima, la niña transitaba por la vía pública en bicicleta y A. se ubicada frente a su vivienda, nunca se aproximó a la menor, ni existen elementos que al menos indiquen que lo intentó; tampoco parece lógico, de acuerdo a la experiencia común, que un sujeto pretenda abusar de una menor en la vía pública, a la vista de todos, no olvidemos que el suceso acontece entre las 18:30hs. y 19:00hs de un mes de octubre cuando hay luz natural incluso se dijo que había niños jugando en las inmediaciones.-

Tenemos así que no existió acercamiento, ni la acción implicó un riesgo cierto para el bien jurídico protegido por ende mal se puede otorgar el calificativo de abuso sexual simple en grado de tentativa, y como dije no es un tema sencillo el tipo de la tentativa en este delito básico aunque no tenga ninguna particularidad que la excluya, en verdad pueden ser imaginables formas imperfectas de ejecución, pero en la práctica resulta confuso distinguir actos preparatorios y la tentativa punible, en la que la intención del sujeto es relevante.-

Siguiendo criterios objetivos de valoración para establecer que estamos ante el comienzo de ejecución de la acción, no se verificó en el caso una inminente puesta en peligro del bien jurídico, ni un acto anterior que

inequívocamente lleve a la plena realización de la conducta típica, y en la faz subjetiva, la resolución del sujeto de consumar el delito, para la presencia del tipo de injusto de la tentativa, por ello deviene atípica la conducta de M. A. A., y así lo voto.-

Por último corresponde mencionar que en el proceso deliberativo hemos atendido que la conducta atribuida al imputado podría ubicarse en otra figura penal como las exhibiciones obscenas (art. 129 del C.P.), pero este tipo requiere componentes que implican un cambio sustancial de la imputación, por ende de proceder de tal manera se violentaría seriamente la defensa en juicio y el debido proceso pues se cambia indebidamente el objeto procesal a una exhibición respecto de lo que el imputado no fue informado ni preguntado e impedido de probar, contradecir y alegar sobre aquellas circunstancias. Un giro como el detallado sería más que sorpresivo y violatorio del principio de congruencia, por ello las previsiones de los arts. 322 y 332 del C.P.P.; por lo tanto solo cabe en el caso traído a conocimiento de esta Cámara la absolución de M. A. A..-

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

I.- Me remito íntegramente a la reseña del caso que ha expuesto el Juez Müller, toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación, que deben ser materia de tratamiento en este decisorio; y además, con el fin de evitar

reiteraciones innecesarias.-

II.- En primer término, ha sido puesta en duda la determinación de la autoría del hecho, en cabeza del acusado A., que se tuvo por acreditada en la sentencia de condena recurrida. El voto precedente, sobre la base del resultado de la deliberacíón de este Tribunal de impugnación, ha explicado suficientemente que el planteo no debe prosperar en esta instancia; también la parte acusadora, en el M. de la audiencia del art. 385 del CPP, desarrolló una correcta argumentación en el mismo sentido.-

Poco es lo que resta por agregar entonces, sin caer en reiteraciones: adhiero en un todo al razonamiento seguido tanto en el decisorio de grado, como ahora en el ámbito del recurso ordinario. La víctima con absoluta inocencia, propia de su grado de desarrollo cognitivo y también emocional, sin filtros –como acostumbra a decirse en el lenguaje coloquial-, pone en conocimiento de su madre los datos más elementales que la niña conoce, para individualizar al autor (pertenencia a un mismo grupo de ex-compañeros de escuela, que la progenitora de S.), además de la obvia proximidad del domicilio de A. con el de la familia ofendida por el delito –fuerte indicio cargoso de oportunidad física-.-

Luego, ya en compañía de la mamá M. A. M., son dos los testimonios concordantes que dieron cuenta de la actitud del imputado, en el ingreso de su vivienda, al ser confrontado con la versión de la víctima,

inmediatamente después del hecho –que A. niega-; lo que incluye el cambio de parte de su vestimenta, en un evidente intento por mejorar su situación, frente a la espontánea imputación que le dirigía la niña.-

También ha dejado en claro la acusadora pública, en su responde a los agravios, que la defensa material y consecuente prueba de descargo a favor de A., no alcanzan para introducir una duda razonable en el cuadro probatorio que lo compromete; desde que ninguna de aquellas probanzas, en lo individual -ni en el conjunto-, permiten acreditar la tesis defensista en el sentido que el nombrado se mantuvo en el interior de su domicilio en todo momento, extremo indispensable para refutar la hipótesis de la acusación, que lo ubica en la vía pública aunque sea por unos breves instantes, necesarios para perpetrar el hecho atribuido.-

III.- Ahora bien, sentado que nos encontramos frente a una conducta absolutamente inapropiada del acusado frente a S., debemos centrarnos en el restante agravio de la Defensa, relativo a la tipicidad de su accionar. Y en este punto, a diferencia del anterior, hemos acordado que el contra-argumento introducido por la parte recurrida en esta instancia, en defensa del fallo, no será de recibo; lo que nos conduce, en definitiva, a la revocación de la sentencia y consecuente absolución del imputado.-

En efecto, partiremos de la base de recordar que en forma pacífica, en materia de la figura de Abuso sexual simple, se ha requerido

siempre que se trate de hechos: "… las palabras, cualquiera que sea su entidad impúdica, lujuriosa o sexual, no constituyen abuso sexual …" (cfme. Fontán Balestra, Carlos-Ledesma, Guillermo A.C.: "Tratado de Derecho Penal. Parte especial", t. II, edit. La Ley, Bs. As., año 2013, pág. 29, con citas concordantes de Carrara, Gómez, Soler, Núñez, Moreno, Donna y otros).-

La doctrina, en este caso por mayoría, también admite la posibilidad de la tentativa en esta clase de delitos; pero resulta que los ejemplos que a menudo se utilizan, en ningún caso parecen comprender un supuesto como el que nos convoca: adviértase que en ellos se alude a la posibilidad de "resistencia" de la víctima que evita el abuso, o al accionar de quien se encuentra desvistiendo a la misma, y es sorprendido por un tercero que impide la consumación del hecho (cfme. ibídem, pág. 53, con cita de Levene).-

En nuestro caso, a diferencia de todo lo expuesto, el accionar de A. no incluyó movimientos corporales dirigidos a la niña, v.g. querer tocarla, asirla con sus brazos, etc. –recordemos que el argumento de la Fiscalía se funda, básicamente, en conceptos tales como "aproximación" o "acercamiento", con contenido sexual, como requisitos del tipo penal (lo cual si bien es cierto, debe incluir asimismo algún intento concreto de tO. contacto físico con el otro)-; y en cuanto a la víctima, más que "resistir", en el supuesto que nos convoca directamente se alejó del lugar, pero sin que ello

diera lugar a una persecución, ni ninguna otra conducta que –nuevamente- implique el despliegue de fuerza, o energía física, en su contra, para lograr el contacto físico (art. 42 CP, argumento a contrario).-

A modo de ejemplo concreto de esta forma de razonar, a contrario sensu, cabe citar el caso fallado por la CNCas. Pen., sala IV, con fecha 14/9/2009, acerca de una tentativa punible de Abuso sexual, en la cual el encartado a bordo de una bicicleta, hubo de interceptar a una menor de edad que caminaba por la ciudad; para luego colocarse a su lado, tO.la del brazo y obligarla a subirse en el caño del vehículo delante del autor; después la transportó hasta una vivienda abandonada, donde finalmente le solicitó que hiciera todo lo que él le pedía, momento en que la víctima simuló un ataque de epilepsia para zafar de la situación, lo que determinó en definitiva que el acusado desconcertado haya abandonado su intento abusivo, y dado a la fuga (cfme. autos: "M., C. E. ….. casación", sumario publicado en la Reseña de Jurisprudencia sobre "Delitos contra la integridad sexual", a cargo de Flavia A. Lamarre, en la Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, AbeledoPerrot, Directores Pedro J. Bertolino/Patricia Ziffer, setiembre de 2011, págs. 1563 y ss.).-

Volviendo al presente supuesto entonces, subsumir el hecho en el tipo penal del Abuso sexual, aparecería reñido con el principio de legalidad por exceso (*lex stricta*) –cfme. Balcarce, Fabián I.: "El principio de

legalidad penal en la actualidad", sección Garantías Constitucionales-Doctrina, "Revista de Derecho Penal y Criminología", edit. La Ley, setiembre de 2011, págs. 173 y ss.: "Ante más de una posible aplicación racional de la ley, el intérprete debe inclinarse por la más restrictiva de todas, salvo un alto grado de acercamiento al ideal de la adecuación total"; resultando, en definitiva, aconsejable que prime, en la solución del caso, el criterio del *favor rei* (cfme. el Superior Tribunal de Justicia que ha sentado posición sobre el principio de referencia en general, en estos términos: "...Conviene aclarar que la falta de certeza se puede presentar tanto respecto de la imputación y sus elementos (las **circunstancias fácticas** e, incluso, los **elementos normativos o culturales fundantes de la acción u omisión típicas**, la participación del imputado y su culpabilidad), como en relación a las causas de diverso orden que excluyen la condena y la pena...", sentencia nº 14/05, con cita de Maier, el destacado me pertenece).-

IV.- Finalmente, en orden a la posibilidad residual de encuadrar el caso, en la figura de las Exhibiciones obscenas en la vía pública (art. 129 CP), hubiera sido necesario que se observe el procedimiento previsto en el art. 332 CPP, 2° párrafo, a fin de posibilitar al acusado que pueda resistir esa imputación en la audiencia de debate; y al no verificarse tal extremo, la conclusión sigue siendo entonces la ya expuesta en el apartado precedente, es decir la aplicación del principio de la duda con la consecuente

absolución de A..-

V.- Por todas las razones expuestas hasta aquí, sumo mi voto por la afirmativa.-

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

En el primer agravio, el Defensor sostiene que no está probada la autoría de M. A. A., que el Juez hizo una absurda valoración de la prueba, ya que la niña nunca dijo que fue A., se lo hacen decir y se contradice con los dichos del imputado coincidentes con los testimonios de J. y de Y., que dijeron que ese día y hora, el imputado estuvo con ellos dentro de la casa.

Considero que el Juez R. valoró correctamente la prueba, la pequeña salió a dar una vuelta en bicicleta y regresó a su casa contando que el vecino le había mostrado los genitales y salió la madre con ella, ubicaron la casa, lo ven que entra, la madre golpeó y A., negó lo sucedido y la nena insistió en que fue él y no otros chicos. Posteriormente en la Cámara Gesell, sostuvo lo mismo.

El testimonio de la niña, reforzado con el de su madre, brinda circunstancias de lugar, tiempo y modo, que lo hacen creíble, por su coherencia y consistencia.

La Sra. M. A. M., dijo que cuando salió con su hija estaba afuera de la casa y tenía puesta una remera blanca, que cuando las vio entró a

la casa y después de mucho insistir salió vistiendo una remera gris descolorida, y la niña no dudó en indicarlo que era él, que se corresponden con las prendas secuestradas.

La versión del imputado que en ese horario no salió de su casa, que estuvo en todo momento con su sobrino y E. J. y conectado al chat con su amigo S. O. Y., corroborado por los testimonios de estas personas, no alcanza para desvirtuar el testimonio de la niña y de su madre, ni para generar una duda razonable sobre la autoría. La comisión del hecho no requiere mucho tiempo, bastan unos pocos minutos y no encuentro motivos para dudar de la niña que lo acusó con firmeza desde el inicio y fue hasta su casa acompañando a su madre.

En consecuencia considero probada la autoría de M. A. A. y la prueba fue correctamente valorada.

Como segundo agravio el Defensor alega que la conducta reprochada no es típica, que no hubo comienzo de ejecución de las conductas abarcadas por el art. 119 primera parte del C. Penal.

En cuanto a la posibilidad de la tentativa, traigo a consideración lo dicho por Donna, el delito se consuma cuando el autor produce actos de tocamiento, ya sea sobre el cuerpo de la víctima, ya logrando que lo sean sobre el autor o un tercero, o que el propio sujeto pasivo realice tocamientos en su cuerpo. La doctrina se ha dividido al tratar

el tema de la tentativa. Soler influenciado por la teoría formal-objetiva, señala que es sumamente difícil concebir la tentativa en los casos de violencia presunta, ya que el hecho -no mediando resistencia- consiste en el contacto, antes de él no hay nada, y después del primer contacto el delito está consumado. Núñez sostiene que es posible que el autor intente cometer un abuso sin lograrlo. Ello se daría cuando la víctima ofreciera resistencia al autor, y éste tomándola de sus brazos o luchando, demostrara por sus actos la intención de abusar de su cuerpo, y no lo lograra. Asimismo, es posible que sin que se dé la lucha cuerpo a cuerpo o la intimidación, el autor realice actos demostrativos de su intención de consumar el abuso que no lo involucren. No hay motivo para seguir la posición de Soler, que ya hemos criticado en otra ocasión," (Derecho Penal- parte especial Tomo I, Edgardo Alberto Donna-Ed. Rubinzal-Culzoni pág. 512).

Comparto la posición de Donna, la tentativa es posible, pero el problema es diferenciar actos preparatorios, de actos de ejecución, para establecer cuando hay comienzo de ejecución y resolver previamente el concurso aparente de delitos para decidir cual figura se ajusta a los requisitos de la tipicidad.

Así, "para poder determinar cuándo hay comienzo de ejecución de la conducta que da lugar a la tentativa, se han formulado distintas teorías: la de la "univocidad" de Carrara, la teoría objetivo-formal de

Beling y la teoría material-objetiva".

"Aparece luego la teoría objetivo-individual que preserva la consideración objetiva y permite una mayor aproximación de la determinación del momento en que el peligro de lesión comienza a ser típicamente relevante. Para determinar la inmediatez de la conducta respecto de la realización típica, toma en cuenta el plan concreto del autor, es decir, como ha planificado llevarlo a cabo".

"En este sentido se sostiene, que el comienzo de ejecución del delito no es estrictamente el comienzo de ejecución de la acción señalada objetivamente en el verbo típico, sino también abarca actos que, conforme al plan del autor (el modo de realización concreto de la acción típica escogido por el autor) son inmediatamente anteriores al comienzo de la ejecución típica e importan objetivamente un peligro para el bien jurídico, bien entendido que un acto parcial será inmediatamente precedente de la acción típica cuando entre éste y aquélla no haya otro acto parcial en el plan concreto del autor." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, fallo c. M.L.A del 18/06/2012).

Los hechos que tuvo el Juez por probados, sacar y exhibir su miembro viril diciéndole a la niña que le haga un favorcito y abra la boca, mientras pasaba en bicicleta por la vereda, no implicaron acercamiento, pudo continuar en bicicleta y llegar a su casa a contarle a la madre lo sucedido, no

implicó la puesta en peligro del bien jurídico protegido, integridad sexual de la menor, en el caso el plan concreto del autor se quedó en la exhibición y una manifestación de deseos de palabra, que abra la boca.

A mi criterio, encuadra en el delito de exhibiciones obscenas y no alcanza para una tentativa de abuso simple ni de fellatio, se quedó en la mera intención, porque la niña no obedeció siguió en la bicicleta y se fue a su casa.

En igual sentido se ha expresado la Cámara Criminal y Correccional de Santa Rosa, al decir, también tipifica sólo en exhibiciones obscenas la conducta de desnudarse delante de una niña de cinco años, a quien el imputado le pidió que le toque y bese el miembro viril, a lo cual ésta no accedió. (3-6-2004 M. A.F. JPBA 126-118, citado en Código Penal de la Nación, comentado, Horacio Romero Villanueva Ed. Abeledo Perrot, pág. 474).

Y refuerza lo dicho, lo resuelto por la CNCrim. y Corr., Sala I, Capalbo, Javier B 2005/08/19, en la que sostuvo que: "si bien es cierto que el elemento normativo obsceno es indeterminado, lo que ha generado una importante discusión tanto en doctrina como en jurisprudencia, no es menos cierto que existe un umbral de obscenidad respecto del cual, en líneas generales, existe un acuerdo bastante extendido como para afirmar que la conducta de bajarse los pantalones en la vía pública, exhibiéndole a otra

persona, inopinada y deliberadamente, el pene y los genitales, acompañando su acción con gestos y una frase inequívoca como: vení nena.., ingresa en el ámbito de protección de la norma a la que se refiere el tipo penal cuestionado, tanto en su faz objetiva como subjetiva." (citado en Código Penal de la Nación, comentado de Andrés José D'Alessio y Mauro A. Divito, Ed. La Ley Tomo II pág. 290).

Es ficticia la posibilidad de separar los hechos del derecho, una tipicidad diferente importa siempre un recorte de los hechos que adquieren relevancia, el cambio sorpresivo siempre afecta la defensa que prepara su caso y resiste una concreta acusación.

Comparto la opinión de Julio Maier, quien sostiene: "… es posible para la sentencia disminuir del tipo básico al privilegiado, o del agravado al básico o al privilegiado, o, en las infracciones progresivas, de la mayor a la menor, afirmando de oficio la circunstancia que aminora la reacción penal, pero ello únicamente (…) cuando la figura más grave contiene íntegramente a la menos grave o se le agrega a ella sólo la circunstancia que aminora la reacción penal. En cambio, cuando, pese a proteger un mismo interés jurídico, las figuras son secantes, de manera tal que el fracaso de la más grave no conduce necesariamente a la más leve (…) o no recaería necesariamente condena de no afirmarse la circunstancia que conduce a la más leve (…) el paso de una a otra, introduciendo de oficio la

circunstancia que conduce a ella, lesiona el derecho de defensa, pues si se observa bien, la condena por la infracción más leve, agregando circunstancias al hecho acusado que no han sido objeto de defensa y prueba, encubre la necesidad de una absolución." (Maier, Julio B.J: Derecho Procesal Penal Argentino. Tomo 2 pp.571- 576).

El art 332 del C.P.P. permite dar al hecho una calificación jurídica distinta pero remite al art. 322 del C.P.P. y exige que el imputado previamente haya sido advertido de la modificación posible del significado jurídico de la imputación.

Al respecto, sobre el principio de congruencia y su relación con el iura novit curia, Binder opina "si nos atenemos a un concepto amplio de "defensa" veremos que tampoco tiene el Tribunal libertad completa para modificar la interpretación jurídica de la imputación. El principio general es que el juicio no puede resultar "sorpresivo" para el imputado. El Tribunal debe preocuparse porque no se sorprenda al imputado en ninguna de las fases o dimensiones del juicio porque, se estaría afectando su posibilidad de ejercer adecuadamente el derecho de defensa y esta limitación del principio iuria curia novit deriva directamente del principio, garantizado por la Constitución, de la inviolabilidad de la defensa en juicio." (Binder, Alberto: Introducción al Derecho procesal penal, Editorial Ad-Hoc, SRL, primera edición. Buenos Aires, Argentina, Abril, 1993, pp. 159 y 160).

En este estado ya no es posible cambiar la calificación jurídica sin violar el principio de congruencia, entre acusación, prueba y condena, ya que no integró la acusación, ni fue tenida en cuenta por el Juez del debate.

En esta instancia de revisión prospera el agravio de la Defensa, y estaríamos tomando parte enmendando los errores del Ministerio Público Fiscal en perjuicio del imputado, con clara afectación de la imparcialidad. Por lo tanto corresponde absolver a M. A. A. por el delito de abuso sexual simple en grado de tentativa, por el hecho ocurrido el 19 de octubre de 2012 en perjuicio de S. B. L. Así voto.-

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

En orden al tratamiento de la cuestión precedente propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. A. A., contra la sentencia nº 35/14 de fecha 29 de enero de 2014; revocar la sentencia mencionada y en consecuencia absolver a M. A. A., en orden al delito de Abuso sexual simple, en grado de tentativa (arts. 119 párrafo primero, 42 y 45 del CP), por el hecho ocurrido en la ciudad de Sarmiento el día 19 de octubre de 2012, en perjuicio de la menor S. B. L.-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de 20 JUS (Ley XIII, Nº 15,

modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

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

Adhiero a la propuesta del colega que me precede en el orden de votación, en el sentido que corresponde dictar el siguiente pronunciamiento, en base al resultado unánime del presente Acuerdo: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. A. A., contra la sentencia nº 35/14 de fecha 29 de enero de 2014; revocar la sentencia mencionada y en consecuencia absolver a M. A. A., en orden al delito de Abuso sexual simple, en grado de tentativa (arts. 119 párrafo primero, 42 y 45 del CP), por el hecho ocurrido en la ciudad de Sarmiento el día 19 de octubre de 2012, en perjuicio de la menor S. B. L.-

Asimismo adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta por el colega que vota en primer término.-

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

De acuerdo a la propuesta de los colegas que votan en primer término, adhiero al siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado M. A. A., contra la sentencia nº 35/14 de fecha 29 de enero de 2014; revocar la sentencia mencionada y en consecuencia absolver a M. A. A., en orden al delito de Abuso sexual simple, en grado de tentativa (arts. 119 párrafo primero, 42 y 45 del CP), por el hecho ocurrido en la ciudad de Sarmiento el día 19 de

octubre de 2012, en perjuicio de la menor S. B. L.-

De igual forma adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

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 M. A. A., contra la sentencia nº 35/14 de fecha 29 de enero de 2014 (arts. 374, 376 inc. 5to. del CPP y 18 CN).----------

2º) REVOCAR la sentencia mencionada y en consecuencia **ABSOLVER** a M. A. A., en orden al delito de Abuso sexual simple, en grado de tentativa (arts. 119 párrafo primero, 42 y 45 del CP), por el hecho ocurrido en la ciudad de Sarmiento el día 19 de octubre de 2012, en perjuicio de la menor S. B. L.----------

3º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de 20 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

4º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

La presente es firmada por dos de los Sres. Magistrados, por encontrarse en su jurisdicción la Dra. Nelly García, quien ha remitido el voto vía correo electrónico con firma digital.-

Sentencia nº 10/14

Fdo. Dres. Guillermo Alberto Müller. Daniel Luis María Pintos.