

Poder Judicial de San Juan

Colegio de Jueces

San Juan, 10 de agosto de 2021.-

----- Oídas: Las partes en el Legajo N.º XXXXXX C/ XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO E/P DE LA MENOR XXXXXX REPRESENTADA POR LA MADRE XXXXXXXXXXXXXXX con intervención de la UFI A.NI.VI.-,

----- Y considerando: que ante este Sr. Juez de Garantías, se encuentran presentes en la audiencia por parte del Ministerio Público Fiscal, el Dr. Roberto Mallea Marcucci; el imputado XXXXXX, asistido por la Dra. Patricia Basso y el Dr. Omar Farías, Defensores Particulares.-

----- Conforme oralizó en audiencia el Ministerio Público Fiscal los hechos ocurrieron del modo en que paso a relatar: El día 24 de abril del corriente año, mientras el Sr. XXXXXXXX llevaba a XXXXXXXX, al cursillo de ingreso a la escuela XXXXXX, este se desvió y fue por un camino distinto. En un momento, el Sr. XXXXXX le preguntó a la niña si quería aprender a manejar. La menor accedió, se bajó del asiento de acompañante en el que iba e intentó subirse en la falda del Sr. XXXXXX. La niña alcanzó a cruzar una pierna al otro asiento, donde se encontraba el imputado, pero no pudo continuar porque no había espacio, razón por la cuál, la niña desistió del intento y volvió al asiento del acompañante.

Poder Judicial de San Juan

Colegio de Jueces

----- Que los elementos de convicción aportados por fiscalía son: 1. Denuncia de XXXXXX 2. Entrevista video grabada, 3. Informe psicológico de la niña , 4. Fotocopia de DNI de XXXXXX., 5. Partida de nacimiento de XXXXXX, 6 XXXXXX . Informe socio ambiental.-

----- Que, según el relato del hecho por el representante del Ministerio Público Fiscal y de los elementos probatorios traídos a colación por la fiscalía, ésta considera que el accionar desplegado por el Sr. XXXXXX configura el delito de Abuso sexual simple agravado por el vínculo en grado de tentativa (art. 119 primer párrafo en función del quinto párrafo inc. B y art. 42 del CP.).

-----Tras haber sido escuchado el Ministerio Público Fiscal, se le preguntó al imputado por sus datos personales y se le hizo saber de su derecho de declarar o abstenerse, manifestando que se abstenía a prestar declaración.-

----- Las partes manifestaron a este Tribunal que han arribado a un acuerdo de Juicio abreviado, conforme a lo previsto por el art. 413 ss. y cc. del CPP (Ley 1851-O), habiendo reconocido el señor XXXXXX y su defensa, Dra. Patricia Basso y el Dr. Omar Farías, en forma expresa los hechos materia de la acusación, reconociendo el imputado su participación como autor del hecho relata, el modo en que fue expuesto por la Fiscalía, la calificación

Poder Judicial de San Juan

Colegio de Jueces

legal, y aceptado el acuerdo de juicio abreviado y la imposición de una pena de dos años de prisión de cumplimiento condicional, como también los antecedentes de la investigación preliminar.-

- - - Así las cosas, habiendo escuchado los términos del acuerdo presentado por el MPF y la defensa, de conformidad con lo prescripto por el art. 416 del C.P.P., que establece, en cuanto a este procedimiento especial, que: **“En la misma audiencia, el juez debe dictar sentencia de condena o absolución, que contiene, de modo sucinto, los requisitos previstos en el art. 391”**; procederé a dictar sentencia.

- - - Ahora bien, del relato del M.P.F. se desprende que la conducta enrostrada al acusado, en cuanto a lo fáctico, se reduce exclusivamente a haber modificado la ruta para el traslado de su hija al curso de ingreso, instarla a aprender a conducir el vehículo y no desplazarse del asiento del conductor, luego de invitarla a una lección de manejo; ante lo cual, la niña intentó ubicarse en dicha posición (conductor) y que, como su progenitor no se movió del lugar, ella apenas **“puso una pierna en su falda”**, desistiendo inmediatamente por no caber en el habitáculo del automóvil.

- - - Considero que la descripción efectuada dista absolutamente de la comisión de un delito de tamaño gravedad concertada en el acuerdo, esto

Poder Judicial de San Juan

Colegio de Jueces

es, la figura del **Abuso Sexual Simple agravada** (art. 119 1° párr en función del 5° párr del Código Penal, en grado de tentativa (art. 42 del mismo cuerpo normativo, en carácter de autor, de acuerdo con lo previsto en el art. 45 C.P.).

- - - Ello es así, habida cuenta que se ha extremado hasta un punto exasperante la situación de haber, luego de consentir la niña realizar una práctica o primera experiencia de manejo, estimar que **el mero y efímero contacto** (recuérdese que la niña inmediatamente al comprobar que no entraba, desistió del intento), de poner la pierna en la falda de su padre es una acción que el legislador ha previsto como lesiva del bien jurídico “**indemnidad sexual**”; al sancionar la gravosa figura que tanto el MPF como la defensa, sin mayor análisis y con una ligereza asombrosa, pretenden imponer con el acuerdo arribado.

- - - Valoro tanto un **punitivismo extremo** por parte de la fiscalía, al punto de preguntarme hasta qué punto, por ese camino, los progenitores, tanto padres como madres, deben medir actos simples de contacto en la vida cotidiana, so pena de culminar acusados de una figura penal; como también la falta de criterio y abandono propio de los deberes de la defensa, que no realiza un análisis concienzudo de tipo jurídico penal en cuestión y celebra

Poder Judicial de San Juan

Colegio de Jueces

un acuerdo que condena a su asistido, desconociendo las precarias e inocuas constancias de la causa.

- - - Y en cuanto a lo fundado, aclaro que la mejor Doctrina Nacional, luego de analizar a autores de excelencia como Carlos Parma, para el cual el término abuso sexual sugiere tocamientos o contactos corporales del autor o de un tercero con la víctima en consonancia con lo sostenido por Núñez; y disiente, a su vez, con la posición adoptada por Creus, quien entiende por abuso sexual todo acercamiento o contacto con el cuerpo del sujeto pasivo con sentido sexual, aún en los casos en que no media acercamiento con los órganos del autor sino la mediación de instrumentos (80), pues el texto legal, según Parma, **no alude en absoluto al mentado acercamiento, el cual además tiene la cualidad de ampliar en demasía la criminalidad de la acción.**

- - - En lo que hace al analítico **Dr. Oscar Estrella**, sostuvo que entiende que el abuso sexual importa acciones que sin importar tocamientos en partes pudendas, **tienen trascendencia o significado sexual, como el de desnudar a la víctima o levantar la pollera de una mujer.**

- - - Por lo visto, del relato que efectuó el MPF y la plácida aceptación de la defensa técnica, no se avizora rasgo alguno que revele acercamiento con

Poder Judicial de San Juan

Colegio de Jueces

sentido sexual (Parma), ni tocamientos en partes pudendas, ni conductas aún peores (Estrella).

- - - A contrario sensu del acuerdo, sí veo reflejada una desmesurada ampliación del tipo penal, alcanzando a una conducta intrascendente, más allá del sentimiento de pudor o malestar de la niña que pudo haber experimentado. Me pregunto entonces: ¿Un padre no podría llevar a horcajadas a una niña porque sus senos incipientes rozarían la espalda de aquel?, o tal vez, ¿La madre no podría hacer lo mismo con su hijo de diez años porque los genitales tocarían la espalda de quien lo vio nacer? Evidentemente, existe una inclinación de inculpar que desnaturaliza por completo a los fines de ultima ratio del derecho penal.

- - - Estas reflexiones hacen ver cómo se ha perdido el rumbo en las relaciones sociales y parentales y se utiliza la herramienta de la persecución y punición de la manera más desafortunada posible, provocando daños de difícil reparación para los acusados y aún para las víctimas, las cuales terminan en un círculo de sospechas e incomprensiones con su propio núcleo familiar; cuando no deberían ser meros instrumentos de los conflictos entre sus progenitores y preservadas a toda costa.

Poder Judicial de San Juan

Colegio de Jueces

- - - Pero aún más valiéndome del argumento de autoridad, cito a otro autor irreprochable, como Rubén E. Figari, quien enseñó que: **“Glosado este abanico de aportes consistentes en las opiniones de los autores citados, por mi parte puedo arribar a la conclusión de que el abuso sexual se concreta si se afecta físicamente el cuerpo del sujeto pasivo, tanto que el acto recaiga sobre él o que por obra del sujeto activo la víctima actúe sobre el cuerpo de éste. Quedan descartadas de plano cualquier otro tipo de actitud tales como las palabras obscenas, actitudes gestuales, el “voyeurismo”, los actos de aproximación – estos debido a la fórmula de Núñez en que este tipo de delitos no puede cometerse a distancia ni de palabra – las proposiciones deshonestas, en fin, requieren la exigencia concreta de actos corporales directos de tocamiento, excluyendo obviamente, el acceso carnal o su conato.” Trabajo: *Abuso sexual (art. 119 1º párr. ley 23.352), Abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119 2º párr.), Abuso sexual con acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realización de otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías (art. 119 3º párr. ley 25.352) y Abuso sexual aprovechamiento con la inmadurez sexual – estupro – (art. 120). Por Rubén E. Figari.***

Poder Judicial de San Juan

Colegio de Jueces

- - - La cita utilizada corresponde a la página electrónica de la ASOCIACIÓN

PENSAMIENTO PENAL, cuyo vínculo es:

<http://www.pensamientopenal.com.ar>

- - - En cuanto a la defensa técnica, hago saber a la misma que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el Fallo “Iñigo”, sentó la siguiente doctrina: **“En materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa...”**.

- - - Dijo también que: **“La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio...”**.

- - - Abordó de lleno el asunto de la sustancia del derecho de defensa y aseveró que la tutela judicial efectiva en este tipo de procesos implica que **“NO basta para cumplir con las exigencias básicas del debido**

Poder Judicial de San Juan

Colegio de Jueces

proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester además que aquel haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor.... “En una materia tan delicada como es la que concierne a la defensa en sede penal los juzgadores están legalmente obligados a proveer lo necesario para que no se produzcan situaciones de indefensión”.

- - - En un fallo novísimo (22/12/2020), el Máximo Tribunal de la Nación, en el Pronunciamiento 2037/2016/CS1 PVA “Moreira, Luis Daniel s/ su presentación”, ha vuelto a reafirmar: “ 5º) Que esta Corte tiene dicho que en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa en juicio (Fallos: 311:2502; 320:854; 321:1424; 325:157;327:3087; 329:1794). En el párrafo siguiente, fija: “La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor

Poder Judicial de San Juan

Colegio de Jueces

asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 5:459; 192:152; 237:158; 255:91; 311:2502).

- - - Por lo expuesto, ante la claridad de la Doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en dicha materia, formulo entonces un severo llamado de atención a la defensa ante situaciones como la presente, a efectos que en el futuro, aborde concienzudamente la teoría del caso y no celebre acuerdos que violen los derechos de los imputados.

- - - A tenor de todo lo expuesto, no cabe sino absolver al acusado, por comprobar la atipicidad de la conducta descrita en la base fáctica del acuerdo alcanzado.

----- Por todo lo expuesto **RESUELVO**: I) **NO HACER LUGAR AL ACUERDO DE JUICIO ABREVIADO, Y EN CONSECUENCIA, SOBRESEER DE MANERA TOTAL Y DEFINITIVA** al Sr. XXXXXX DNI XXXXXX, conforme lo establecido por el art. 356 inc. 2 de la Ley 1851-O. II) **ORDENAR** que Fiscalía comunique lo resuelto a la denunciante con transcripción íntegra de los Arts. 12, 134, 135 y 136 del C.P.P. III) **REGISTRASE** conforme el sistema de archivo de audio y video, líbrense las comunicaciones correspondientes, quedando las partes notificadas en este

Poder Judicial de San Juan

Colegio de Jueces

acto. IV) FORMULAR un severo llamado de atención a la defensa ante situaciones como la presente, a fin de que en el futuro, aborde de manera consciente la teoría del caso y no celebre acuerdos que violen los derechos de sus defendidos.