

Abuso Sexual Tipicidad Jugueteo Caracter Jocosos

JURISPRUDENCIA

Abuso sexual. Tipicidad. Jugueteo. Carácter jocosos

En el

marco de una causa por abuso sexual, se declara mal concedido el recurso de casación interpuesto y se confirma la sentencia que condena al imputado como autor material y responsable del delito de abuso sexual simple en grado de tentativa (art. 119, primer párrafo, C.P.), reiterado en una oportunidad.

VIEDMA, 21 de octubre de 2015. VISTO: Las presentes actuaciones

caratuladas: "B., R. s/Abuso sexual (con menor víctima) s/Casación" (Expte.Nº 27624/15 STJ), puestas a despacho para resolver, y

CONSIDERANDO: Que la deliberación previa a la resolución ha concluido con el acuerdo de los señores Jueces que se transcribe a continuación. El señor Juez doctor Ricardo A. Apcarian dijo: 1. Antecedentes de la causa: 1.1. Mediante Sentencia Nº 111, del 23 de diciembre de 2014, la Cámara Segunda en lo Criminal de General Roca resolvió -en lo pertinente y por mayoría- condenar a R.B., como autor material y responsable de los delitos de abuso sexual simple en grado de tentativa (art. 119 primer párrafo C.P.), reiterado en una oportunidad, y le impuso la pena de seis meses de prisión en suspenso y reglas de conducta por el término de dos años. 1.2. Contra lo decidido, la defensa técnica del señor B. interpuso recurso de casación, que fue declarado admisible por el a quo. 2. Agravios del recurso de casación: El casacionista afirma que sus cuestionamientos guardan plena coincidencia argumental con el voto de la minoría. En este sentido, sostiene que la única fuente de prueba directa de los supuestos conatos de tocamientos impúdicos contra los niños B. y M. son sus dichos en cámara Gesell, a los cuales se les acordó plena verosimilitud, soslayando la presencia de indicadores serios de contaminación y de sugestión. Asimismo, plantea que fue desestimada de modo arbitrario la posición exculpatoria del inculpaado en su defensa material. Reseña el descargo de B. y dice que la trivial situación que refleja finalizó en una sentencia de condena. Luego menciona dos razonables causas de sugestión o contaminación de los relatos: 1) las enseñanzas recibidas por los niños previas al viaje, atinentes a la protección de su libertad sexual, y 2) la averiguación de lo ocurrido por parte de la docente, que fue realizada entre el grupo de niños y no de modo individual.

Insiste en que las declaraciones de los niños no fueron examinadas rigurosamente, que había varios menores involucrados y que uno de ellos, al que uno de los choferes le había colocado las llaves del vehículo entre sus ropas, en la zona de la cola, no fue individualizado ni declaró en el expediente, lo que resulta inexplicable. Asimismo, pone de resalto que del examen de los relatos en cámara Gesell surge que ninguno de los dos niños afirmó certeramente haber sido objeto de tocamientos, sino que ambos refieren circunstancias de intentos. Agrega que la denunciante Ch. no brindó una versión unívoca acerca de lo ocurrido y reitera que no fueron convocados otros niños, ni el resto de los adultos que acompañaban a la comitiva. En este punto, menciona lo ocurrido con el padre de una de las niñas integrantes del grupo, que, luego de viajar hasta el lugar y escucharla, desistió de impulsar la investigación.

Expresa que la reconstrucción de los hechos exige que los dichos de las víctimas reconozcan el apoyo probatorio de otros indicadores objetivos, lo que no advierte en autos. De modo subsidiario, señala una errónea aplicación de la ley sustantiva, en cuanto que, aunque "el momentáneo juego de manos al que aludió el señor B. en su descargo hubiera tenido por objeto un intento de tocamiento de los genitales de los niños tenidos por víctimas, el contexto jocosos en que se desarrolló esa breve secuencia priva a la conducta reprochada del sustrato delictivo pretendido por la mayoría", y entiende necesario un tocamiento o acercamiento objetivamente impúdico, de carácter libidinoso al cuerpo de la víctima. Con cita de doctrina en sustento de su postura, asevera que el acto no tenía una significación sexual abusiva. 3. Hechos reprochados: El a quo tuvo por acreditados dos hechos: el primero ocurrió en el sector de habitación de varones de un polideportivo de la localidad de Los Menucos, donde se encontraba el imputado junto al otro chofer de la comitiva escolar que había ido en viaje de estudios, circunstancias en las que, luego de un juego de manos, habría intentado toquetear al menor B.D.M. (de diez años de edad) en los genitales y por sobre las prendas de vestir, lo que no pudo lograr pues este lo evitó apartándole la mano. El segundo hecho, ocurrido en las mismas circunstancias, consiste en que habría intentado lo mismo con el niño D.A.B., con idéntico resultado, pues este, previendo que le iba a suceder lo mismo, le pegó en la mano y se retiró del lugar. 4. Análisis y solución del caso: El primero de los agravios reseñados hace referencia a la absurda valoración de la prueba para la determinación de la materialidad en sus específicas circunstancias. En consecuencia, no está en tela de discusión que su autor era el imputado. A la materialidad de la hipótesis de cargo -un intento de toquetear los genitales de dos menores por sobre sus ropas- se opone la hipótesis de descargo, sustentada en el marco de la defensa material en la declaración indagatoria, en la cual el imputado -en lo relevante- dijo que "bajaron los bolsos, se trasladó a la habitación, se sacó el calzado para descansar en la cama individual y uno de los chicos le pega una palmada en los pies como jugando, él le responde con una palmada, pero no recuerda si lo alcanzó a tocar. Los chicos siguieron jugando y ellos descansando. Los chicos les ofrecieron unos sándwiches y comieron, se volvieron a recostar? Jamás tuvo intenciones de naturaleza sexual? Hubo un jugueteo porque los chicos le tocaron las

piernas y él los tocó sin ninguna intención. Llevaba herramientas para el vehículo pero quedaron ahí adentro. Cree que no hizo juegos con esas cosas? En el momento que el chico le pega la palmada estaba G. y 7 u 8 chicos??. La defensa formal ensayada por su abogado particular presenta alguna distinción con la que surge de tales dichos, en tanto por la vía del absurdo niega esa materialidad, cuanto menos según el desarrollo que le da la acusación, para luego subsidiariamente invocar que, de haberse dado, no se trataría de un tocamiento o acercamiento objetivamente impúdico, de carácter libidinoso, al cuerpo de la víctima, de modo que lo ocurrido sería atípico. Así, entonces, es necesario determinar si la prueba valorada era apta -como sostuvo el juzgador- para establecer determinada materialidad que cuente con cierto nivel de detalle que abastezca las exigencias típicas del primer párrafo del art. 119 del Código Penal, en grado de tentativa y reiterado. La observación de lo dicho por ambas víctimas mediante el sistema de cámara Gesell me convence indudablemente de la corrección de la postura de la mayoría. Dicen los dos niños individualmente, en declaraciones que se corroboran entre sí, que el imputado ya había asumido una conducta que solo puedo calificar de abusiva, al pasar una llave a lo largo del espacio vacío entre los flejes de madera de una cucheta en cuya cama de en medio se encontraba otro niño menor, tocándole la cola con aquella, a lo que se suma el claro gesto de intentar tocarle los genitales a ellos, lo que impidieron pues le sacaron la mano. Ambos niños ubican sus posiciones en relación con el chofer, incluso uno de ellos relató que fueron llamados a ese sector cuando se dirigían a buscar su comida, y los dos hicieron el gesto del adulto de estirar la mano y su reacción. Con toda claridad lo refiere B.D.M., en un lenguaje propio de su edad. Se trata de dos narraciones que, según las reglas de la sana crítica racional, se advierten como creíbles, en tanto a la fuerza convictiva que se evidencia de su corroboración mutua se suma el valor que tiene cada una de ellas en sí misma, por sus características propias. En este orden de ideas, las declaraciones de los dos menores víctimas están estructuradas lógicamente y no hay inconsistencias, más que la aclaración a favor del imputado de que su gesto de estirar la mano para tocar los genitales fue finalmente evitado con su rápido apartamiento; es más, el segundo contó que lo hizo advertido de lo que le había ocurrido al primero. Al respecto, cabe señalar que guardan relación diversos extremos: el llamado que les hizo el chofer, la explicación de la ubicación donde se encontraban -en relación con las camas cuchetas-, el espacio entre las camas y la existencia o inexistencia de colchones. Asimismo, ninguna de tales declaraciones aparece como producto de conversaciones previas y dirigidas. Por el contrario, sus dichos son espontáneos y aportan gran cantidad de detalles sobre las circunstancias de tiempo, lugar y personas involucradas. El contexto de los eventos se ajusta a tales dichos; esto es, ambos niños dijeron que, precisamente en el momento en que ocurrieron las tentativas, el grupo se encontraba fuera de la vigilancia de profesor de educación física encargado de su guarda, pues este se había dirigido a la cocina. Además, hay una descripción de cadenas de interacciones, con las reacciones luego de lo sucedido y se advierten asociaciones externas relacionadas (v.gr., el ya mencionado suceso con la llave que el imputado pasó por la cola de otro niño). También hubo aclaraciones espontáneas o rectificaciones ante repreguntas de la entrevistadora, por ejemplo, cuando el niño, pensando en el chofer, mencionó al profesor de educación física, duda que fue despejada. Por otra parte, los menores han dado cuenta de su falta de memoria sobre algunos datos o de los límites de su observación y recuerdo, o han referido detalles superfluos, como, por caso, que algunas camas del lugar no tenían colchones o que iban a buscar galletitas. En consecuencia, ambos relatos tienen las características lógicas propias de quien cuenta lo verdaderamente acontecido. A ello es dable agregar -como prueba indiciaria- los dichos del propio imputado sobre la presencia y oportunidad de lo sucedido, dado que efectivamente se encontraba (con su compañero chofer, de quien los niños relataron que se reía ante lo ocurrido) en el pabellón donde ocurrieron los hechos con el grupo de estudiantes, en las circunstancias apuntadas. La prueba reseñada permite contestar tanto el descargo material como el formal en su doble argumentación. En efecto, los hechos ocurrieron de un modo distinto del sostenido por el imputado; no se trató de un simple jugueteo o palmada inespecífica, sino de un gesto preciso, estirando la mano, repetido en dos oportunidades, hacia dos niños, y dirigido a tocar sus genitales por sobre la ropa, en un contexto donde ya había ocurrido otro suceso de similares características para alcanzar con una llave la cola de otro menor del grupo. Además, no había ninguna justificación para ello y el carácter jocoso para el imputado o ultraintencional de lo ocurrido es irrelevante para el derecho penal en orden a la atipicidad pretendida. Ciertamente es que le ha correspondido a este Cuerpo dar tratamiento, cuanto menos en dos pronunciamientos, a la conceptualización de hecho y prueba que permite sostener el carácter abusivo o no de determinados tocamientos, para lo que era ineludible atender a la equívocidad de lo ocurrido (STJRS2 Se. 108/15 -resuelta por mayoría- y Se. 147/15). En efecto, cuando el acto es objetivamente obsceno pues se dirige al tocamiento de partes pudendas, el abuso queda consumado; sin embargo, esta regla general admite supuestos de excepción dados por la equívocidad de lo ocurrido, atendiendo al modo en que ocurre, pues la acción ejecutada puede ser dudosa en cuanto a su verdadero alcance y significación sexual. Ahora bien, aquí entiendo que el carácter dudoso de lo ocurrido no puede ser estimado a partir del fin último del imputado para realizar su gesto (para divertirse -aclaro, para divertirse él-), sino que la cuestión se resuelve en el marco de la tipicidad. En cuanto al tipo objetivo, se trata de una clara acción corporal de tocamiento, sobre partes pudendas de la víctima, obviamente sin consentimiento de esta. Respecto del tipo subjetivo, el dolo queda satisfecho con el hecho de que el

imputado conozca que está realizando un intento de tocamiento sobre una zona del cuerpo que reúne tales características -esto no puede negarse por tratarse de los genitales-, con voluntad de hacerlo. Conozco la discusión dada respecto del fin libidinoso que algunos autores agregan como elemento para la tipicidad subjetiva; empero considero que, en tanto el ámbito de protección es el de la reserva sexual de una persona, este fin es innecesario, a menos que el acto sea en su objetividad equívoco, supuesto en el que será ?el contenido sexual que subjetivamente el agente le otorgue lo que convierta al acto en abusivo? (D'Alessio, Código Penal. Parte Especial, pág. 167). En el caso, pondero -en concordancia con la mayoría- que el acto no tuvo ninguna equivocidad. Finalmente, superado el test de la tipicidad, aunque parezca obvio decirlo dada la índole de los hechos reseñados, no hay ninguna causal de justificación para lo ocurrido. 5. Decisión: En atención a lo expuesto, dada la ausencia de una crítica concreta y razonada de lo decidido, considero que el recurso de casación en tratamiento debe ser declarado mal concedido, con costas, lo que así propongo al Acuerdo. Asimismo, propicio regular los honorarios del letrado defensor en el ... % de lo que en definitiva le fije el Tribunal de origen (art. 15 L.A.). ASÍ VOTO. Los señores Jueces doctores Enrique J. Mansilla y Liliana L. Piccinini dijeron: Adherimos al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO. Los señores Jueces doctores Sergio M. Barotto y Adriana C. Zaratiegui dijeron: Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que nos preceden en orden de votación, NOS ABSTENEMOS de emitir opinión (art. 39 L.O.). Por ello, EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA RESUELVE: Primero: Declarar mal concedido el recurso de casación interpuesto a fs. 275/285 vta. de las presentes actuaciones por el doctor Juan Luis Vincenty en representación de R.B., con costas, y confirmar en todas sus partes la Sentencia N° 111/14 de la Cámara Segunda en lo Criminal de General Roca. Segundo: Regular los honorarios del letrado defensor en el ...% de lo que en definitiva le fije en tal concepto el Tribunal de origen (art. 15 L.A.). Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver los autos. Firmantes APCARIAN - MANSILLA - PICCININI - BAROTTO (en abstención) - ZARATIEGUI (en abstención) ARIZCUREN Secretario STJ 005539E