**STJSL-S.J. – S.D. Nº 039/17.-**

---En la Ciudad de San Luis, **a veinticuatro días del mes de febrero de dos mil diecisiete**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. OMAR ESTEBAN URÍA, HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y LILIA ANA NOVILLO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“INCIDENTE DE RECURSO DE CASACIÓN RUBIANNI, GABRIELLE (IMP) – MAZZA FERNANDA (DEN) – ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE CALIFICADO POR EL VÍNCULO” – IURIX PEX INC Nº 148259/3.-***

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. OMAR ESTEBAN URÍA, LILIA ANA NOVILLO y HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ.-

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribunal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación interpuesto el particular damnificado?

II) ¿Existe en la sentencia recurrida alguna de las causales enumeradas en el art. 428 del C.P.Crim.?

III) En caso afirmativo de la cuestión anterior, ¿cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse de la ley en el caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. OMAR ESTEBAN URÍA, dijo:** 1)Que a foja sub 1 y vta., el particular damnificado, interpuso recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Cámara del Crimen N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, de fecha 05/11/2015, que en trámite de juicio abreviado resolvió declarar culpable a Gabriele Rubbiani, del delito de abuso sexual simple, art. 119, 1° párrafo, en relación al art. 45, ambos del C. Penal, en perjuicio de la niña Valentina Rubbiani; y, en consecuencia, condenarlo a sufrir la pena de tres años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas procesales.

2) Que, de acuerdo al orden de los cuestionamientos del epígrafe corresponde tratar en primer lugar la procedencia formal del recurso intentado, con el objeto de determinar si se ha dado cumplimiento a los requisitos exigidos por la ley procesal vigente en punto a la admisibilidad del recurso.

En relación a ello, y del estudio de las constancias de la causa, surge que el medio recursivo intentado ha sido interpuesto y fundado en término (art. 430 del CPCrim).

Que, de otra parte, si bien el recurrente ha invocado un beneficio de litigar sin gastos, el mismo no luce concedido, por lo que tal recaudo no se ha cumplido; sin embargo, también se advierte que la Cámara de Apelaciones ha omitido decretar y notificar la providencia que exige el cumplimiento del requisito, tal como lo ordena el anteúltimo párrafo del artículo 290 del CPC y C, de aplicación supletoria cfr. art. 591 del CPCrim., por lo que no se puede hacer pesar sobre el recurrente las consecuencias de la falta de cumplimiento atribuible al Tribunal.

No obstante ello, de resultar desatendido el recurso bajo estudio, se deberán activar los mecanismos para que el recurrente ingrese el depósito que le era exigible al momento de incoar el recurso de casación.

Asimismo, se observa que se ataca una sentencia definitiva, dictada por la Cámara en una causa penal, lo que me lleva a concluir en la admisibilidad formal del recurso incoado, teniendo presente la precisión expresada en el párrafo precedente.

Por ello, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. OMAR ESTEBAN URÍA y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.-**

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, el Dr. OMAR ESTEBAN URÍA, dijo:** 1) Que, tal como fue reseñado en el punto 1) de la cuestión anterior, resulta que el recurso se interpuso contra la sentencia dictada por la Cámara del Crimen N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, de fecha 05/11/2015 (PEX 148259/13), que aplicó el trámite de juicio abreviado, y resolvió declarar culpable a Gabrielle Rubbiani, del delito de abuso sexual simple, art. 119, 1° párrafo, en relación al art. 45, ambos del C. Penal, en perjuicio de la niña Valentina Rubbiani; y, en consecuencia, condenarlo a sufrir la pena de tres años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas procesales.

2) En los fundamentos casatorios –fs. sub 11/22-, 17/11/2015, la parte recurrente solicitó al Superior Tribunal que revoque la sentencia en todas sus partes, y ordene la realización del debate oral de la causa, por tribunal competente, sobre la persona de Gabriele Rubbiani, por juzgar que es el único medio idóneo para ventilar la verdadera participación en el delito del encartado.

Cuestionó la pena que le fue aplicada a Rubbiani, -a la que calificó de levísima-, en contradicción con las probanzas colectadas en la causa. Además, se agravió de que se haya negado a una menor de 16 años el ser escuchada en debate oral, en contraposición con lo establecido en el art. 75 inc. 22 de la C. N.

Precisó que la sentencia de juicio abreviado se contradice con la prueba colectada en la etapa del sumario recaída en autos, cuya certeza parcial, hace inaplicable el principio *in dubio pro reo*, como motivo para justificar un abuso sexual simple, previsto en el art. 119, primera parte del C. P.

Estimó, que los fundamentos del juicio abreviado fueron direccionados sólo con el fin de evitar la oralidad del debate, del que sin hesitaciones, de existir condena, surgiría ésta por abuso sexual gravemente ultrajante, con una pena superior a la impuesta en la sentencia que se ataca.

Agregó que la negación de la declaración de la víctima del hecho –una menor de 16 años cumplidos-, amparada por la Convención sobre los Derechos del Niño, hace nula la sentencia dictada.

Acusó a la sentencia de falta de motivación.

Indicó que el tribunal del juicio no conoció el contenido completo de la Cámara Gesell de la menor Valentina Rubianni, ni tampoco las otras dos Cámaras Gesell existentes en el expediente; y menos los criterios de validación de éstas, producidas por la Lic. Samper, que obran en el expediente.

Dijo que el tribunal tampoco analizó las gravísimas consecuencias que se desprenden de la copia de los expedientes remitidos por parte del Juzgado de Familia y Menores, que tienen incidencia directa en la psiquis de la menor damnificada, y a continuación detalló circunstancias que habrían impreso sufrimiento económico y psicológico a la víctima y a su familia, lo que tendría incidencia directa en la extensión del daño causado, y que sólo se puede investigar y demostrar en un juicio oral.

Para sostener la imposibilidad de aplicar el *indubio pro reo* para calificar el hecho citó extractos del auto de procesamiento –del que destacó que habiendo sido apelado, fue confirmado en su totalidad por la Cámara Penal N° 1- y de la requisitoria fiscal de elevación a Juicio.

Apreció que la conducta desplegada por el penado, no sufrió modificaciones en la investigación del sumario judicial, que haga presumir un cambio en el nexo causal, a los fines de morigerar la pena; tampoco, fundar en ella el *indubio pro reo,* que juzgó inaplicable al caso.

Criticó la calificación legal que en la sentencia de juicio abreviado se dio al hecho, respecto de lo cual dijo que es improcedente la figura del abuso sexual simple, correspondiendo la de abuso sexual “gravemente ultrajante”, que surge del 2° párrafo del art. 119 del CP. *(“…cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima”).*

Destacó que “…La prueba toda de la causa, hasta el momento de dictar sentencia infiere que NO estamos en presencia de un simple acercamiento o contacto con el cuerpo del sujeto pasivo, con sentido sexual… estamos en presencia de abusos sexuales, cometidos por el padre de manera indefinida en el tiempo, quién amén del vínculo que da el Acta de Nacimiento, existió verdaderamente una relación de dependencia que hizo a la indefensión absoluta de la víctima del hecho, a consecuencia de su corta edad y el respeto a la figura paterna conculcada, mediante dolo directo en el autor, a sabiendas de lo que hacía, máxime al ser aquel persona culta (abogado).”

Añadió “…La prueba colectada es incólume en la reconstrucción de los hechos a través de las medidas ordenadas, producidas y recepcionadas que arriban sin hesitaciones a la calificación otorgada en el Auto de Procesamiento y Requisitoria Fiscal de Elevación a Juicio, en relación al “sometimiento gravemente ultrajante” que agrava la pena a la que se arriba en el acuerdo de Juicio Abreviado y la torna inaplicable.”

FinalizÓ diciendo que “…Si existe en autos, por juicio abreviado y sus condiciones, la aceptación de Rubianni sobre la responsabilidad en la comisión del o los abusos sexuales en perjuicio de su hija, el Tribunal de Juicio simplemente debió rechazar e(l) mismo a consecuencia de la INAPLICABILIDAD del tipo penal elegido, por la existencia probada en el sumario judicial, (…) del agravante de la figura base.”

Como segundo agravio dijo que “Se puso de manifiesto de manera expresa: a) En el Acta recepcionada a la madre de la menor damnificada; b.- En la Audiencia de Juicio Abreviado, tanto por el representante del querellante, como por la Defensora de Menores, que era intención de la menor ser escuchada por los magistrados en audiencia de debate oral”.-

Destacó, que la petición de ser escuchada es de la menor damnificada que al momento del requerimiento contaba con 16 años cumplidos.

Valoró que ese solo hecho, conocido de manera expresa por el Tribunal de Juicio, hacía a la imposibilidad de dictar sentencia mediante la utilización de Juicio Abreviado, por conculcarse principios constitucionales.

Afirmó que el tribunal de juicio, violentó la Convención sobre los Derechos del Niño, y citó las partes del instrumento en los que basó ese aserto, a los que remito en razón de brevedad.

Finalmente dijo que la sentencia es nula por carecer de la firma de uno de los integrantes del tribunal.

3) Que corrido el traslado de ley, se presentó el abogado defensor del encartado, y contestó el recurso a fs. sub 64/78, en fecha 09/12/2015.

En lo esencial y pertinente dijo que la requisitoria fiscal ha sido la base del juicio abreviado, cuya sentencia ha sido impugnada por casación. Que el agente fiscal ha atribuido al imputado la presunta comisión del delito reprimido en: a) el art. 119 primer y segundo párrafos en relación al inc. b) del CP. (abuso sexual gravemente ultrajante, calificado por el vínculo); b) un hecho; c) Agravante: No se encuentran; d) Atenuantes: falta de antecedentes.

Agregó, que conforme al acuerdo consensuado con el Fiscal de Cámara en los términos del apart. 2 del art. 363 del C.P.Crim. de fs. 597 y vta., fue modificada la calificación legal por el art. 119 primer y quinto párrafos del C.P., acordando se le impusiera una pena de 3 años y seis meses de prisión, ello a tenor de la visible inaplicabilidad del agravante del segundo párrafo del art. 119 del CP., además de su inconstitucionalidad conforme la conteste jurisprudencia existente a ese respecto.

Por lo que concluyó que el abuso sexual simple, agravado por el vínculo tiene una pena de tres a diez años de prisión o reclusión, por lo que resulta plenamente aceptable la pena impuesta.

Citó doctrina y jurisprudencia.

Enfatizó que en el caso presente no se da la circunstancia de “duración del acto” (según la requisitoria fiscal –un hecho-, ni “las circunstancias de su realización” que justifique el agravante del abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, párrafo segundo del CP).

Especificó que si no hubo abuso sexual gravemente ultrajante ni acceso carnal por cualquier vía, no resulta aplicable el agravante del párrafo cuarto, tratándose de un abuso simple (art. 119 primer párrafo).

En lo que respecta al agravio sobre que fue desatendido el pedido de la menor de 16 años de prestar declaración ante el Tribunal de Justicia, lo que torna nula la sentencia, pues se desconocieron los derechos de la menor, dijo: que el punto es que la menor ya prestó declaración en Cámara Gesell y al ofrecer la prueba para el debate oral, ni el particular damnificado ni la defensora de menores formularon una petición de esa naturaleza.

Agregó, que el derecho a ser oído oportunamente, de manera alguna implica que se puede retrotraer la tramitación de esa causa, cuando su declaración ya ha sido recibida en Cámara Gesell.

Citó un extracto de la sentencia puesta en crisis, y parcialmente los arts. 22 y 24 de la ley Nº 26.061.

3) Que a fs. sub 87/88, el Procurador General, emitió dictamen en el que manifestó que debido a la notoria incongruencia en la sentencia que corre a fs. 609/614vta del principal, debe ser declarada nula, por no constituir derivación razonada del derecho vigente y resultar lesiva de los derechos de la víctima.

En el mencionado pronunciamiento, el responsable del Ministerio Público dijo que, si bien es cierto que la no conformidad de la víctima a un proceso abreviado no es vinculante para los jueces, no es menos cierto que su disconformidad en los procesos donde se ventilan delitos de instancia privada cobra mayor relevancia, cuestión que necesariamente debieron plantearse los señores camaristas.

En tal orden de ideas, resaltó que en la sentencia se debió, -con argumentos serios y medulosos- expresar las razones por las cuales la oposición de la víctima (al proceso abreviado) sería descartada, máxime cuando no se receptó la intención de la menor de ser escuchada por el Tribunal.

Advirtió que la menor ha sido tratada a espaldas del nuevo Código Civil, en lo que respecta a los arts. 26 y siguientes.

Dijo que las manifestaciones que los camaristas hicieron respecto del principio “Interés Superior del Niño”, fueron hechas en abstracto; quienes adujeron equivocadamente que a fin de no re-victimizar a la menor, no resulta conveniente que la misma sea escuchada en juicio, con lo que se ha generado violencia sobre la menor, proveniente desde el propio Estado, lo cual resulta indamisible.

De otra parte, dijo que el encartado fue acusado de un delito por el cual el juicio abreviado resulta a todas luces improcedente.

Especificó, que los camaristas debieron preguntarse como primera cuestión, cuál era la calificación del hecho imputado a Rubbiani, y según cual fuese la respuesta, preguntarse si correspondía el juicio abreviado. Agregó, que en la sentencia se actuó en contra de la lógica, porque sin saber a ciencia cierta la calificación del hecho enrostrado, se acogió la solicitud del juicio abreviado.

Apuntó, que en el fallo se debió tratar el cambio de calificación propuesto por el Fiscal de Cámara, y en caso de que ello prosperara, recién entonces tratar la procedencia del juicio abreviado.

Y razonó, que las cuestiones de hecho y sus implicancias probatorias para cambiar la calificación, necesitan de una discusión más amplia, discusión que se da en el debate oral. Que, sin embargo, la calificación del hecho reprochado fue tratada en la sentencia, a fs. 613vta. y 614, sin mayores ahondamientos, lo que implica que se ha fundado en el mero voluntarismo de los Señores Magistrados.

4) Para abordar la cuestión fondal planteada, creo conveniente, previamente, hacer algunas precisiones conceptuales relativas al medio de impugnación articulado.

El recurso de casación ha sido definido como el medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos en la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío a un nuevo juicio. (Cfr. *Tratado de los Recursos*, Tomo III, Recurso de Casación Penal, por Jimena Jatip, págs. 39/82. Ed. Rubinzal Culzoni).

Calamandrei, en su obra *Estudio sobre el Proceso Civil*, Ed. Bibliográfica Argentina, B.A. 1961, afirma que: *"el recurso de casación es una acción de impugnación que se propone ante el órgano jurisdiccional supremo para obtener la anulación de una sentencia de un juez inferior que contenga un error de derecho en la decisión de mérito".*

Las antedichas precisiones conceptuales, ahora deben complementarse con el contenido de los fallos de la CSJN, que redefinen el alcance del recurso a partir concretamente del fallo “Casal, Matías Eugenio”, del 29/9/2005, según el cual, después de la reforma constitucional de 1994 (Cfr. art. 75 inc. 22) y teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional (en particular “Herrera Ulloa”, 1994, de La Corte Interamericana de Derechos Humanos), todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia para que un tribunal superior revise íntegramente los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba del hecho con el único límite de los que están íntimamente ligados a la inmediación real.

La Corte remarcó que la norma procesal que regula el recurso en cuestión (arts. 456 en la Nación, correlativo de los arts. 428/429 de la ley adjetiva penal provincial), había sido interpretada restrictivamente –lo que traía aparejada inconstitucionalidad-, pero, no la declaró tal en sí misma, sino que estableció cuál era el criterio correcto con el que debe ser interpretada.

5) Que, de la lectura de la pieza cuestionada, se observa que el agravio sobre el pedido de la víctima, menor de 16 años cumplidos, de declarar ante el tribunal (vinculado directamente con la oposición que la parte querellante formuló al juicio abreviado), fue tratada al abordar la respuesta a la primera cuestión: “¿Corresponde la aplicación del Juicio Abreviado?”.

La argumentación expuesta como pretendida respuesta, es insuficiente para fundar adecuadamente el rechazo del pedido, que en rigor de verdad, -si bien se infiere-, no se encuentra expresado con claridad en el texto mismo del fallo.

En efecto, las consideraciones que al respecto se hicieron en el voto, -que luego recibió conformidad adhesiva del resto de los integrantes del tribunal-, adolecen de excesiva generalidad, pues de un lado abordaron los fundamentos de la modalidad del juicio abreviado en general (v.gr. razones de política criminal y ahorro de ingentes esfuerzos jurisdiccionales, entre otros), y por otro, se malograron en un intento por demostrar que es a veces el “interés superior del Niño” lo que indica que conviene, justamente, lo contrario a lo que el niño quiere.

En el caso, lo más conveniente para la víctima sería, (digo “sería” porque en rigor como ya adelanté no está expresado) impedir que declarase en un debate oral, en contra de los deseos expresados por la menor.

El hecho es que en el intento de fundar el rechazo al pedimento de la menor, se han expresado párrafos como éste: “…tal como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, que dice: «el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento…» (...) Y es en ese orden, que el art. 3° de la Convención sobre los Derechos de los Niños, refiere a la «…consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño»; interés superior del niño que no es una mera declaración, ni un simple deseo. Su carácter obligatorio está previsto en el art. 4 de dicha Convención (…) debiendo respetarse en su protección todos los derechos que se le reconocen como sujeto de derecho…”. Y finalizó el párrafo: “De ahí la fórmula que se repite en todos los textos normativos y que actúa como salvaguarda genérica y universal, estableciendo el orden de prioridad de intereses.”

Después de reconocer que se ha mal usado en la práctica judicial el principio “interés superior del Niño”, por la abundancia de citas, facilitadas “por la costumbre de la cultura del registro” (sic), afirmó que ha advertido que el cumplimiento del mentado principio es problemático, porque a veces dicho “Interés” es diametralmente opuesto a lo que el niño quiere.

Agregó que “…el interés superior significa que hay que atender no solo al respeto de derechos y garantías individuales de las personas menores de edad, **sino a consideraciones fácticas, personales y sociales de los niños**, no de los adultos.” El renegrido me pertenece.

Hasta aquí ha quedado de manifiesto que las digresiones de naturaleza doctrinaria en las que ha discurrido el camarista que elaboró el voto, son insuficientes para fundar una decisión en cualquier sentido, pues, a causa de su generalidad, sólo pueden operar como premisas mayores de cualquier silogismo, faltando la aplicación al caso concreto, que permita concluir por qué la negativa al pedido de la menor, procura, protege, resguarda o aplica el principio “Interés Superior del Niño”.

En el párrafo siguiente, después de asegurar que el derecho a la verdad y a la justicia de la víctima se ha visto cumplido con la solicitud de juicio abreviado de foja 597 y vta., hará un intento de adecuación o aplicación de la exposición discursiva precedente, cuando dijo: “En el presente caso (…) la niña víctima tiene derecho al *cambio,* porque ni ella misma es consciente de algunos efectos futuros que sin embargo, el sistema y este Tribunal tiene que prever, como el riesgo de una re-victimización futura que podría producir el juicio oral en su dignidad personal con exposiciones innecesarias, lesiones que se van a producir y es necesario evitar, en orden a lo establecido en el art. 22 de la ley 26.061…”

En primer lugar, advertimos la contradicción que encierra el último párrafo entrecomillado, pues: a) en primer lugar alude a un **riesgo** a padecer por la víctima (el término “riesgo” implica la contingencia de que el mal temido pueda suceder o no suceder); y agregó que ese padecimiento potencial lo “…podría producir el juicio oral en su dignidad personal con exposiciones innecesarias…”; y, b) inmediatamente después, sin solución de continuidad, afirma que “las lesiones se van a producir y es necesario evitar…” De un lado, se afirma la existencia de un riesgo, que por tal es potencial, y por otro, sin fundamentación ninguna, se asevera que las lesiones se van a producir.

Pero, más allá de la contradicción apuntada, que en nada ayuda a bien fundar lo que se quiere sostener, el intento sigue siendo feble, porque no se han precisado las circunstancias personales de la víctima que fundamentasen por qué se debe negar la petición de la menor de declarar en plenario.

En otras palabras se han omitido las **consideraciones fácticas, personales y sociales** que en párrafos anteriores había destacado como necesarias para aplicar adecuadamente el principio “Interés Superior del Niño”. Claramente no hay ninguna referencia circunstanciada a la situación de la menor que aparece como víctima, que de fundamento adecuado a la implícita negativa de oírla en debate oral.

Es que si bien se mira, a causa de lo abstracto de la argumentación expuesta, resultará que indefectiblemente todos los casos en los que menores víctimas pidiesen declarar ante el tribunal, deberán rechazarse, no dejándose lugar a la eventual admisión de algún requerimiento, lo que claramente pondría en jaque el derecho de las víctimas.

Con ello, vemos que la “razón” de la sentencia, ha fincado en la sola voluntad del juzgador, convirtiendo la pieza judicial en dogmática, circunstancia que la invalida como acto judicial legítimo, y la hace devenir arbitraria.

Genaro Carrió, al tratar la sentencia arbitraria, como causal de admisibilidad del recurso extraordinario federal, las ha conceptualizado como las “insostenibles”, las “irregulares”, las “anómalas”, las “**carentes de fundamentos suficientes para sustentarlas**”, las “**desprovistas de apoyo legal y fundadas tan solo en la voluntad de los jueces que las suscriben**”, entre otras. En este sentido la Corte ha dicho: “*cuando se resuelve contra o con prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley del caso, se prescinde de pruebas fehacientes regularmente traídas al juicio o se hace remisión a las que no constan en él*”, *hay arbitrariedad, pues un pronunciamiento de un juez, aunque venga rotulado como sentencia, no lo es, en los términos exigidos por la Carta Magna, y por lo tanto deviene insostenible”* (Cfr. CARRIÓ. Genaro Rubén y CARRIÓ, Alejandro D., El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*,* 3ª Ed. Act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pág.47).

En rigor, no se advierten circunstancias que avalen una negativa al ejercicio del derecho de la menor a ser oída en declaración por un tribunal. Concuerdo con el Procurador General, en cuanto vincula la protección de la víctima con la posibilidad de ser escuchada en debate oral.

6) De otra parte la mutación de la calificación delictiva del delito imputado que pasó de “abuso sexual gravemente ultrajante, calificado por el vínculo – un hecho” (art. 119 C.P. primer y segundo párrafo en relación al inciso b) según acusación del agente fiscal (fs. 489/500vta del PEX principal) a “abuso sexual simple, con el agravante de relación familiar” (art. 119 C.P. primer párrafo en relación al inciso b) a propuesta del Fiscal de Cámara (fs. 597vta.), lo que permitió imprimir el procedimiento previsto en el artículo 363 del C.P.Crim., tampoco luce lo suficientemente fundado, ni es derivación razonada del derecho vigente.

Al respecto, el cambio de calificación obedecería a que, al precisar la calificación delictiva el agente fiscal ha expresado que se está en presencia de “un hecho” lo que impediría –en relación a la circunstancia de duración- aplicar el segundo párrafo del artículo 119: “sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima”; y a que *…no surge de autos que dicho acto haya sido gravemente ultrajante (…) desde que surge una duda razonable de todo lo actuado, de que Valentina pueda haber sido accedida carnalmente, porque concretamente no hay prueba suficiente en tal sentido, margen de duda que como primer votante tengo la obligación legal de manifestar y que indudablemente juega a su favor…”.*

Es decir, los camaristas descartan la calificación del hecho como gravemente ultrajante porque tienen duda razonable de que la menor víctima pueda haber sido accedida carnalmente.

El párrafo segundo del art. 119 del C.P. que agrava la figura básica, contiene dos supuestos de agravación: 1) la duración, y 2) las circunstancias como se realiza el abuso. En ambos supuestos, que pueden darse por separado o en forma conjunta, el abuso debe ser considerado como “gravemente ultrajante”, y debe haber configurado un “sometimiento sexual”.

Ahora bien, es claro que el fiscal de la instrucción (agente fiscal) calificó el hecho como abuso sexual gravemente ultrajante, calificado por el vínculo – un hecho” (art. 119 C.P. primer y segundo párrafo en relación al inciso b).

En relación a ello, el Fiscal de Cámara, luego la Cámara, y finalmente, el abogado defensor del encartado, descartan el agravante porque el agente fiscal *…argumenta que se está en presencia de un solo hecho de abuso…* (según expresión de la sentencia de juicio abreviado).

Ahora bien, la circunstancia de que el delito lo constituya un solo hecho ¿excluye el agravante vinculado con la duración? La doctrina penal ha entendido que no hay incompatibilidad, pues la duración de “un acto” también puede configurar un sometimiento sexual gravemente ultrajante.

*“Si el acto se alarga por un tiempo más prolongado que el necesario, no requiere necesariamente de reiteración sino que se refiere a un acto único indebido, que se prolonga en el tiempo de modo tal que provoca un ultraje grave.* *Así, no es lo mismo un beso en la boca dado contra la voluntad de la víctima que se lleva a cabo valiéndose el actor de la cercanía circunstancial de los labios de uno y otro (producto de una aglomeración, por ejemplo), a que la víctima sea tomada por sus brazos debiendo soportar ser besada lascivamente durante dos horas (TENCA, ADRIÁN “Delito de acoso sexual”* (Ed. Edicitones La Rocca, Buenos Aires, 2009, págs. 69 y sgtes.)” Citado por FÍGARI, RUBÉN, Delitos de Índole Sexual, S&S editores, 2° Edición actualizada y ampliada, Río Cuarto, 2011, pág.108).

En semejante orden de ideas, al abordar la modalidad de la duración del abuso sexual, que puede tornar el sometimiento sexual en gravemente ultrajante, se ha dicho: *“El concepto de duración, en una primera lectura, parece solidificar la idea de un largo tiempo en el abuso. Nos viene a la mente ejemplificativamente, aquel que abusa sexualmente, tocando el cuerpo de la víctima durante un marcado tiempo, en forma ininterrumpida, si se permite el término, en una modalidad desmedida o desmesurada, o tal vez, aquel agente que alarga el beso que le propina la víctima. Se trata de una excesiva prolongación temporal de la afección sobre el cuerpo de la víctima, que a su vez afecta la integridad física y la libertad de la víctima, sin llegar a constituir otro delito. Este abundante tiempo utilizado por el victimario, es un vejamen que el legislador consideró como primer agravante.”* (PARMA, CARLOS, Delitos contra la Integridad Sexual*,* Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, pág. 66).

Tampoco se compadece con el derecho vigente lo dicho por la Cámara para descartar el agravante del segundo párrafo en base a *las circunstancias de la realización*, pues allí se dijo que el acto no ha sido gravemente ultrajante porque existe duda razonable sobre el acceso carnal.

Fundar así es confundir el agravante del segundo párrafo, con el del tercer párrafo.

El agravante del segundo párrafo relativo a *las circunstancias de su realización* nada tiene que ver con el acceso carnal, que es un mayor agravante contemplado en el tercer párrafo del art. 119 del CP. De allí que el abuso sexual gravemente ultrajante (por las circunstancias de su realización) no exige (ni admite) acceso carnal, pues de mediar éste la figura delictiva cambiaría, excluyendo aquella.

*“En lo atinente al concepto referido a las circunstancias de su realización hace referencia a un acto único sumamente dañoso (un plus) para la víctima, en virtud de ser el mismo degradante o por la puesta en peligro de aquella”.*

*Se trataría de hechos que por su inherencia en lo realizativo, en lo que hace a modalidades de circunstancias de modo o de lugar o por la utilización de otros instrumentos que no sea el órgano sexual masculino, violentan en forma gravosa la dignidad de la víctima.”* (FÍGARI, RUBÉN, ob. cit., pág. 109).

*“El fundamento del agravante contenido en el párrafo segundo del art. 119 del Cód. Penal, que regula el abuso sexual con sometimiento gravemente ultrajante (…) reside en el mayor desprecio por la dignidad de la víctima, que además de soportar el hecho de la figura básica, se le agrega por su prolongación en el tiempo o por las circunstancias de su realización, un grado de degradación o vejación superior”* (C. 3ª Crim. y Correcc. La Rioja (02/10/2008 – Brizuela, Guillermo Nicolás) LLGran Cuyo 2009 – 264, citado por FÍGARI, RUBÉN, ob. cit., pág. 109).

Por todo ello, considero que se debe hacer lugar al recurso, en razón de la arbitrariedad de la sentencia puesta en crisis, pues adolece de marcado dogmatismo, fundado en la sola voluntad de los juzgadores, y no constituye derivación razonada del derecho vigente, por lo que no puede permanecer válida.

Lo analizado *ut- supra* pone de manifiesto la conveniencia de la realización de un debate oral y público a la luz de las garantías constitucionales, que asegure un examen profundo de los hechos imputados, y de las posibles modalidades comisivas, si las hubiere; por lo que se impone, asimismo, el rechazo de la solicitud de juicio abreviado de foja 579 y vta. del principal, con los efectos establecidos en el último párrafo del inciso 4) del artículo 363 del C.P.Crim.

Por ello, VOTO a la SEGUNDA y TERCERA cuestión por la AFIRMATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. OMAR ESTEBAN URÍA y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.-**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, el Dr. OMAR ESTEBAN URÍA, dijo:** Conforme se han votado las cuestiones anteriores, corresponde 1) ANULAR la Sentencia de Juicio Abreviado de fecha 05/11/2015, recaída en autos *RUBIANNI, GABRIELLE (IMP) – MAZZA, FERNANDA (DEN) – ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE, CALIFICADO POR EL VÍNCULO,* a fs. 609/614vta., dictada por la Cámara del Crimen N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial (PEX Nº 148259/13), y de todos los actos que fueren su consecuencia. 2) RECHAZAR la solicitud de juicio abreviado de foja 597 y vta. del PEX Nº 148259/13, debiendo CONTINUAR la causa según su estado con arreglo a los artículos 300 y 314, siguientes y concordantes del C.P.Crim. ante un Tribunal hábil, con los efectos establecidos en el último párrafo del inciso 4) del artículo 363 del C.P.Crim.

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. OMAR ESTEBAN URÍA y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.-**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, el Dr. OMAR ESTEBAN URÍA, dijo:** Costas a la vencida.ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, comparten lo expresado por el Sr. Presidente, Dr. OMAR ESTEBAN URÍA y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.-**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

**San Luis, veinticuatro de febrero de dos mil diecisiete.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) ANULAR la Sentencia de Juicio Abreviado de fecha 05/11/2015, recaída en autos *RUBIANNI, GABRIELLE (IMP) – MAZZA, FERNANDA (DEN) – ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE, CALIFICADO POR EL VÍNCULO,* a fs. 609/614vta. (PEX Nº 148259/13), dictada por la Cámara del Crimen N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, y de todos los actos que fueren su consecuencia.

II) RECHAZAR la solicitud de juicio abreviado de foja 597 y vta. (PEX Nº 148259/13) debiendo CONTINUAR la causa según su estado con arreglo a los artículos 300 y 314, siguientes y concordantes del C.P.Crim. ante un Tribunal hábil, con los efectos establecidos en el último párrafo del inciso 4) del artículo 363 del C.P.Crim -

III) Costas a la vencida.-

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Dres. OMAR ESTEBAN URÍA, HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y LILIA ANA NOVILLO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis, no siendo necesaria la firma ológrafa, conforme Reglamento Expediente Electrónico.-*