

En la ciudad de Santa Rosa, capital de la Provincia de La Pampa, a los treinta y un días del mes de julio de dos mil trece, se reúne la Sala B del Tribunal de Impugnación Penal, integrada por los Sres. Carlos Antonio Flores y Verónica E. Fantini, asistidos por la Sra. Secretaria, María Elena Grégoire, a los efectos de resolver el recurso de impugnación interpuesto por el querellante particular en legajo nº 7741/5, caratulado: "B, J M s/ querellante particular impugna sobreseimiento", de la que RESULTA:

I.-) Que la Juez de Control, Dra. María Florencia Maza, con fecha catorce de febrero del corriente año, dicto el sobreseimiento de J M B en orden al hecho investigado en Legajo nº 7741, iniciado por denuncia de S C A, por no encuadrar su conducta en figura penal alguna (art. 290 inc. 3º del C.P.P.).

II.-) Que contra dicha resolución, el Dr. Franco Catalani, apoderado de los querellantes particulares, interpone recurso de impugnación.

Alega que la magistrada actuante antepuso las conclusiones resolutivas a las argumentaciones, que utilizó fundamentos en forma contradictoria y dogmática y, en relación a algunas peticiones, las rechazó llanamente sin expresar un solo argumento.

Entiende que la a-quo basa toda la construcción de su silogismo sobre la premisa de que Z prestó el consentimiento mientras que V no lo hizo, sosteniendo que esa conclusión es puramente formal aplicando los patrones del proceso civil, dejando de lado su obligación de averiguar la verdad material, omitiendo actuar con perspectiva de género conforme la ley 26.485, omitiendo considerar la situación de vulnerabilidad en que fue puesta M Z, notando un supuesto consentimiento libre cuando en realidad este estuvo viciado por el machismo naturalizado. Asimismo, esa situación de vulnerabilidad se vio forzada por tres circunstancias: el estado alcohólico de la víctima, la diferencia de edad con el acusado y los distintos hábitos personales.

Finalmente aduce que la producción probatoria estuvo guiada por un prejuicio adultista, machista y culpabilizante de la víctima, buscando únicamente el registro burocrático del consentimiento de Z, remarcando en este planteo -al igual que en los restantes- que la Juez actuante no da respuestas a las argumentaciones de la querella.

III.-) Que sustanciado el trámite correspondiente, y dispuesta la Sala que debe intervenir, notificadas las partes de ello, ha quedado la presente en condiciones de ser resuelta, conforme el orden de votación.

El Sr. Juez Carlos Flores dijo:

I) En principio, cabe afirmar que el recurso de impugnación deducido por la parte querellante resulta admisible, toda vez que, razonablemente fundado, se dirige contra una decisión impugnable conforme el art. 403. 404 y cc. del Cód. Proc. Penal.

Cabe mencionar que el dictado del sobreseimiento de uno de los imputados, es un decisorio jurisdiccional que cuenta con habilidad procesal para cerrar definitivamente el proceso y por ende cabe ser equiparado con una sentencia definitiva, generando su dictado un gravamen de imposible reparación ulterior para las partes que integran el bloque acusador -fiscal y querellante particular-, de allí que se les reconozca legitimidad procesal para recurrir.

Además y atento la trascendencia de los efectos jurídicos que provoca tal decisorio, amerita que el juzgador cumpla con la motivación que exige el Art. 116 del C.P.P., requerimiento que no hace más que reiterar la vigencia de los principios de la sana crítica que deben imperar en toda resolución jurisdiccional con capacidad para decidir respecto al fondo de la litigiosidad sometida a su conocimiento.

Tal como han sido planteados los agravios por parte del recurrente, cabe ingresar a su análisis a los fines de merituar si los mismos gozan de fuerza convictiva suficiente para lograr enervar la fundamentación vertida por la magistrada interviniente en el resolutive recurrido.

Es necesario destacar, a priori, tal como lo hemos sostenido en anteriores precedentes, la particular naturaleza criminal de hechos como el aquí investigados, cuya modalidad fáctica opera, en la generalidad de los casos, en un ámbito de intimidad o privacidad, o al menos ante la ausencia de testigos presenciales u otras evidencias probatorias demostrativos del hecho típico.

En el caso particular, el querellante pone su empeño en plantear que la resolución emitida por la Sra. Jueza de Control adolece de vicios formales y sustanciales que la vuelven arbitraria y contraria a la ley sustancial, y a resaltar la colisión normativa entre el consentimiento para el trato sexual prestado por la adolescente y diversas garantías constitucionales de ineludible consideración en el marco asegurativo del derecho de la víctima, omitiendo además las particulares circunstancias en que acaecieron los hechos, para poner además en evidencia que al ponderar las pruebas colectadas y dictar el sobreseimiento de J M B no se ha invocado consideración alguna respecto a los derechos de la damnificada y de las directrices y normas especiales que deben regir la valoración de su testimonio y la tutela efectiva de sus derechos.

II) Hechos: que se inician las presentes actuaciones el día 8 de abril del año 2.012 a raíz de la denuncia interpuesta por S C A, madre de la menor M A Z, en la que manifiesta que ese día, en circunstancias en que se encontraba en el interior del boliche "B....." junto a su amiga V V, habiendo ya finalizado el boliche y llegado personal de limpieza es que se acerca el dueño del lugar, E R, junto a J M B, invitándolas a llevarlas a sus domicilios en su vehículo, lo que no realizó puesto que luego de llevar a M C a su casa, se dirige junto a B al domicilio del primero mencionado, donde ella y este último se dirigen al quincho de la vivienda, lugar en donde mantuvo relaciones sexuales con este sin usar ningún tipo de protección.

Que luego de producida la prueba agregada al legajo por parte del Ministerio Público Fiscal es que el representante de ese Ministerio, con fecha 29 de octubre de 2.012, solicita el sobreseimiento de B, basándose para ello fundamentalmente en la propia declaración de la menor M.

Se tuvieron además por analizados el informe de la Unidad Funcional de Género, Niñez y Adolescencia de la Policía Provincial, las declaraciones prestadas por las menores A P y T M V, y los testimonios de los empleados policiales F G S y J C D.

Que los elementos mencionados sirvieron de basamento para su solicitud de sobreseimiento adhiriendo la defensa de B a lo solicitado por Fiscalía, posición esta finalmente compartida por la Jueza de Control Dra. María Florencia Maza al considerar que no existen, a su criterio, elementos de convicción suficientes como para considerar que el accionar del imputado haya sido contrario a derecho.

Agrega la magistrada que distinta es la situación de la menor V en relación a los hechos que se le atribuyen a R R y por los cuales el mismo fuera requerido a juicio, toda vez que dicha menor, por el estado en que se encontraba, no podía consentir libremente el accionar de R, y haber mencionado a lo largo de todo el proceso que no prestó consentimiento para el acto, sin perjuicio de lo cual accedió carnalmente de ella, por lo cual le fue imputada la autoría del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, 1º y 3º párrafo del Código Penal).

La jueza interviniente sostiene, en el caso particular que corresponde decidir, que no se ha incurrido en el tipo básico y mucho menos en el agravado porque no se han verificados ni las conductas ni los medios comisivos típicos, ni se utilizaron medios intimidatorios, violentos, compulsivos, no se agredió a nadie ni se ha establecido en forma cierta e inequívoca la situación de vulnerabilidad.

Postula que conforme los elementos que requiere la figura básica del art. 119, 1º y 3º párrafo del Código Penal, y la orfandad probatoria de la causa se debe concluir en la atipicidad de la conducta del encartado. Cita al respecto a Buompadre afirmando que el consentimiento libre, sin vicios, tiene plena eficacia y excluye la tipicidad.

En mérito a lo reseñado puedo señalar que el episodio se halla suficientemente acreditado en lo central, en cuanto a su secuencia y acaecimiento, aunque es pertinente resaltar discrepancias entre los testimonios de las adolescentes y el de los hombres involucrados.

III) Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos: Sentado cuanto precede, no puede obviarse como necesario material de análisis los tratados internacionales que resguardan los derechos humanos y que, luego de la reforma de 1.994, han venido a adquirir jerarquía constitucional.

La reforma aludida, incorpora a nuestro ordenamiento jurídico en el art. 75 inc. 22 con rango constitucional diversos tratados internacionales entre los cuales cabe mencionar la Convención Americana de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Políticos, Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, los cuales obligan a los Estados partes a respetar el derecho (no cometer violaciones) y promover el derecho implementando las acciones que aseguren el pleno ejercicio del derecho y proteger el derecho asegurando que se cumpla, circunstancia que analizaremos mas adelante con relación al tema que aquí nos ocupa.

En tal sentido, la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al ámbito interno no significa únicamente el reconocimiento de nuevos derechos o un mayor alcance de protección, sino también la incorporación de aquellos principios que vinculados con la irrestricta vigencia de los derechos humanos, dispone el D.I.D.H. Por cierto que la incorporación de estos instrumentos reconoce a la víctima de los delitos como "sujeto de derechos" y los operadores jurídicos no los podemos desconocer.

Como bien señala Julio Maier, la víctima es junto al autor, un protagonista principal del conflicto social que conforma la base de un caso penal ("La víctima y el sistema penal", en "De los delitos y las víctimas", pág. 247, Ad Hoc, Bs.As., 1.992).

No podemos dejar de señalar que en el nuevo código procesal, el Ministerio Fiscal asume un rol activo en la investigación.

Como expresa la Dra. Carolina L. Robiglio en "El rol del fiscal en el proceso penal acusatorio" (www.aaef.org.ar) "... se torna así en una figura de máxima relevancia, porque es el titular de la acción, lo cual implica que tiene a su cargo la selección de los casos que va a llevar a los tribunales, su investigación y la acusación, es decir, que es el encargado de la acción penal."

Y si bien es cierto que los fiscales cuentan con un margen de discrecionalidad que les permite desistir de la acción en aquellos casos en que no hay prueba, expresar que el hecho probado es atípico, que no existió delito, o que la persona imputada no intervino, no menos cierto es que tal decisión no puede ser antojadiza, absurda, caprichosa ni arbitraria o desconociendo el derecho vigente.

Por otra parte no escapa a mi conocimiento, por ser público y notorio, de un sistema perverso del cual todos son co-responsables: los dueños de los locales bailables que permiten el ingreso de menores a los mismos, las autoridades municipales o provinciales que poco o nada hacen para controlar ello, y los propios padres que consienten tal situación y permiten que sus hijos concurren a tales lugares, circunstancias que no puedo dejar pasar por alto en casos como el que aquí me toca analizar.

Amén de ello, no debemos perder de vista la naturaleza delictual de los comportamientos que da cuenta el art. 119 del Código Penal, cuyo bien jurídico tutelado es la libertad sexual y que uno de los medios comisivos que contempla dicha figura radica en el aprovechamiento por parte del autor de toda situación en la que "la víctima, por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción".

Como enseña la doctrina se trata de aquellas circunstancias que se muestran relevantes para establecer si existió o no, en el caso concreto, una indebida limitación a la autodeterminación sexual que protege la norma, contexto en el cual debe verificarse el aprovechamiento por parte del autor de las condiciones en las que se encontraba el sujeto pasivo ("Código Penal de la Nación. Comentado y anotado"; D'Alessio, Andrés -Director-, Divito, Mauro -Coordinador-; segunda edición editada y actualizada, La Ley, Bs.As., 2.009, pág. 234 y 235).

En el sub-examine, corresponde verificar las circunstancias objetivas que permitan sostener si el consentimiento de la adolescente fue libre o si por el contrario estaba viciado y, por tanto, no era idóneo para excluir la tipicidad de la conducta que el querellante le endilga al imputado.

IV) Consentimiento de la víctima: En principio la actividad sexual entre las personas no puede ser objeto de castigo, deben mantenerse libre de la injerencia del derecho penal, la cual sólo puede justificarse, como bien señala Buompadre frente al disenso del otro o frente a ocasiones especiales de la víctima.

Doctrina y jurisprudencia son contestes en señalar que el delito de abuso sexual requiere, en cualquiera de sus modalidades, la ausencia del consentimiento del sujeto pasivo para prestarse al acto de naturaleza sexual.

En autos, tanto el fiscal interviniente como la magistrada actuante consideraron que debía sobreseerse al encartado por entender consentido el acceso carnal conforme surge de los propios dichos de la víctima.

Podemos conceptualizar que el consentimiento es una aceptación inequívoca y voluntaria para hacer una cosa o dejar que se haga.

Se entenderá que una persona "ha consentido" en mantener una relación sexual si ha aceptado en forma libre y voluntaria mantener dicha relación.

Como bien sostienen Javier De Luca - Julio López Casariego, si de lo que se trata es de una libertad, es evidente que resulta nuclear para considerar si ha habido lesión al bien jurídico, el consentimiento de los sujetos para ejercerla. Hay situaciones en que el autor vence la libre determinación, como en las situaciones de poder, con formas más sutiles que la violencia física o moral, mediante el cual el autor puede obtener el resultado deseado y en el que la víctima se ve obligada a soportar su accionar ("Delitos contra la integridad sexual", en Código Penal, análisis doctrinal y jurisprudencial", David Baigun-Eugenio Zaffaroni, T.IV, pág. 471 y ss, editorial De Palma).

Así, el consentimiento que puede estar presente en la víctima no se considera libre. Prueba de ello es que la enunciación de medios no es taxativa porque el texto legal hacer referencia a cualquier causa por la cual no se halla podido consentir, es decir en un pie de igualdad.

Queda claro así que puede existir consentimiento, pero igual habrá abuso sexual.

En suma, los delitos sexuales, si bien atrapan una constelación de acciones y resultados que pueden ser descriptos materialmente, sólo pueden ser delimitados si se los entienden como una forma de expresión cuyo significado debe ser encontrado en el caso concreto.

El primer párrafo del art. 119 del Código Penal refiere la circunstancia en que la víctima se encuentra al momento de llevarse a cabo el acto sexual. En tales hipótesis ella se encuentra impedida de "consentir libremente la acción".

Al decir de Creus son situaciones que revelan en el sujeto pasivo el sometimiento de una importante debilidad, indefensión o dificultad que le impide protegerse de la agresión sexual, y en donde la víctima presenta una inferioridad física o psíquica respecto del autor, que le imposibilita oponerse a los designios sexuales de este.

El nuevo texto legal exige que el autor haya aprovechado de la especial situación de vulnerabilidad de la víctima para llevar a cabo su conducta, o sea, el autor se aprovecha de la situación e incapacidad del sujeto pasivo, que le impide libremente consentir el accionar.

V) Vulnerabilidad de la víctima: Expresa Maximiliano Hairabedian que vulnerable "es aquel que por una adversidad o circunstancia especial se encuentra con menos posibilidades defensivas que el común de las personas", o dicho de otra manera, es una persona que se encuentra en una posición de debilidad o de inferioridad respecto del autor y que le impide revelarse o imponerse ante la voluntad del mismo.

Podemos entonces considerar vulnerable a aquellas personas que, ya sea por una adversidad o una circunstancia especial, se encuentra en menores posibilidades

defensivas que el común de las personas, por lo cual se presenta como "un blanco mas fácil" para que alguien lo dañe o lo perjudique.

Al respecto debe señalarse que el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, mediante acuerdo nº 3117 (21/10/2011) resolvió adherirse a las "Reglas de Brasilia" sobre Acceso a la Justicia de Personas en Situación de Vulnerabilidad, debiendo las mismas "ser adoptadas por los operadores del poder judicial, en todo cuanto resulte procedente, como guía en los asuntos a que se refiere".

Señala las mencionadas Reglas que "se consideran en condiciones de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, pudiendo ser la víctima o alguien que tiene poder sobre ella".

El documento contiene también previsiones dedicadas a las víctimas, y en tal sentido refiere que " se considera víctima toda persona física que haya sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica" (Regla nº10) y en tales casos la vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancia de la infracción penal, destacando a estos efectos, entre otras, "las de las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o familiar y las víctimas de delitos sexuales".

Así las cosas, la relación de la persona con su entorno en el cual se encuentra inmersa es lo que define la condición de vulnerabilidad.

Y son precisamente las Reglas aludidas las que propician "la adopción de todas aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos del delito" (victimización primaria) y "que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia" (victimización secundaria), procurando conforme lo señala la Regla nº 12, "garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquellas que corran riesgo de intimidación, de represalia o de victimización reiterada o repetida".

En mérito a lo reseñado podemos destacar, sin equivocarnos, que la edad es una cuestión determinante de vulnerabilidad de una persona y que un menor de edad, como en el caso que nos ocupa, es altamente vulnerable y por ello debemos ser extremadamente cuidadosos con determinados consentimientos que pudieran prestar, máxime de actos de contenido sexual.

VI) La protección constitucional de los menores: La legislación supranacional y la interna han tenido particular preocupación y amparo en la protección del niño en razón de su indefensión frente al mundo adulto , máxime cuando se lo convierte en víctima de un delito y en razón a su marcada vulnerabilidad y dependencia de la que hacíamos referencia precedentemente (art. 2, Declaración Mundial sobre la Supervivencia, Protección y el Desarrollo del Niño, Cumbre Mundial en favor de la infancia, Nueva York, 30/09/1990 y art. 7 inc. f) "Justicia para los niños víctimas y testigos de delitos", Of. Internacional de los Derechos del Niño, Canadá, mayo de 2.003).

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, luego de la reforma de 1.994, nuestra Carta Magna acompaña dicha preocupación al incorporar en el art. 75 inc. 22 de la C.N. la Convención sobre los Derechos el Niño, estatuyendo que corresponde legislar y promover las medidas que le garanticen el pleno goce de sus derechos fundamentales "en particular" en relación a ellos (art. 75 inc. 23 C.N.).

La convención tiene presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Garantía de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular en los arts. 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

A los efectos de la Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad.

En consonancia con las directrices emanadas de dicha legislación, también se ha expedido nuestro Máximo Tribunal al poner de manifiesto que "la consideración primordial del interés del niño -art. 3. 1- impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores , orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamadas al juzgamiento de los casos (C.S.J.N., Fallos: 328:2870; 234:975, entre otros).

Ninguna duda cabe pues que cuando los derechos del niño se ven amenazados se deben activar todos aquellos mecanismos que tienden a eliminar el impacto que un ilícito sobre ellos puede provocar.

Sentado ello, no puede dejarse de tener en cuenta la particularidad de la forma en que se producen los testimonios de los menores, en donde se debe garantizar el superior derecho del niño (Arts. 3 inc. 1 y 2; 5; 19 inc. 1º; 27; 29 y concordantes de la Convención sobre los Derechos del Niño), mediante un método adecuado que asegure tal finalidad.

Así, el art. 19.1 de la Convención establece que el Estado debe adoptar medidas a fin de proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, lo que demuestra, conforme pacífica jurisprudencia, que dentro del ámbito de tales ilícitos la consideración es, lisa y llanamente, ineludible. Y se debe intensificar aún mas cuando se la convierte en víctima de un delito.

Con relación al relato de un niño, doctrina y jurisprudencia son contestes en destacar que este no puede ser analogado en su tratamiento al de un adulto, no debiendo someterlos a un minucioso examen lógico, en desmedro de los rasgos distintivos que le confieren la madurez y afectividad propia de su edad. Es que como bien resaltan los autores, al hacer su abordaje cuando resulten víctimas no debe olvidarse que si a la valoración de toda prueba obtenida en el proceso ha de aplicarse la sana crítica racional, si bien esta se integra con la lógica, también, en igual medida deben tenerse en cuenta las reglas de la experiencia común y la psicología.

Ello emerge con claridad de la Ley 25.763 (complementaria de la Convención sobre los Derechos del Niño), al indicar en su art. 8º ap. 1º que en relación con las ilicitudes que allí

se legislan, el Estado debe adoptar las medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas, y entre otros, reconocer la vulnerabilidad de los mismos, adaptando los procedimientos a fin de reconocer sus necesidades especiales, prestarles la debida asistencia en el proceso, protegiendo su intimidad e identidad, entre otras prerrogativas, contemplando de manera primordial el muchas veces olvidado "interés superior del niño".

VII) El abordaje del problema de la violencia de género: Otro interrogante a dilucidar es si el caso debía inscribirse como una cuestión de género.

La violencia contra la mujer ha sido reconocida como un problema que afecta la igualdad y viola los derechos humanos.

El concepto de violencia de género permite advertir que las relaciones entre hombres y mujeres no son igualitarias, y por lo general, en la sociedad persiste aún una imagen desvalorizada de la mujer, en donde el factor riesgo o vulnerabilidad lo es por el sólo hecho de serlo.

La "Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer" (Naciones Unidas, 20/12/1993, Res. 48/104) define la violencia de género en su art. 1º como "todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública o la vida privada".

Por su parte la "Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer", conocida como "Convención de Belem Do Pará" (ratificada por Ley 24.632, B.O. 0904 1996) define en su art. 1º la violencia contra la mujer como "... cualquier acción o conducta basada en su género que cause muerte, daño, o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer...".

Las normativas reseñadas integran el bloque de constitucionalidad incorporado con la reforma del año 1.994 al art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

En este marco además, nuestro país dictó la Ley 26.485 de "Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres" (B.O. 14004/2009 y su decreto reglamentario nº 1011/2010 -B.O. 2007/2010-) que en su art. 4º define como violencia contra las mujeres "toda conducta... basada en una relación desigual de poder que afecte su vida, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal...".

Se trata, como bien expresa Jorge Buompadre en "Los delitos de género en la reforma penal", de un concepto normativo, extralegal, del cual el juez no puede apartarse. El concepto de violencia de género (o violencia contra la mujer) no puede ser sometido a una interpretación judicial libre ni puede ser creado judicialmente, está en la ley y sólo la ley dice lo que es violencia de género. Con otras palabras, violencia de género es lo que la ley dice que es.

Cabe agregar que tanto la ley como su reglamentación hacen referencias y remisiones a otras normas, nacionales e Instrumentos Internacionales, de manera que debe ser interpretada en forma integrada y complementada con dichos marcos normativos.

Va de suyo que los operadores judiciales nos hayamos sometidos al imperio de las normas y estamos obligados a aplicar no sólo las disposiciones locales, sino que además, y desde el momento en que el Estado suscribe un compromiso internacional, se generan obligaciones que debemos cumplir en nuestro carácter de funcionarios judiciales, aún en desmedro de las propias disposiciones legales internas.

VIII) Análisis concreto del caso: A partir de la hermenéutica reseñada y pasando al análisis concreto del caso traído a resolver entiendo que el sustrato fáctico-jurídico del decisorio puesto en crisis, respecto a los hechos que se le imputa a uno los indagados, en particular a J M B, no puede ser sostenido.

Si bien es cierto que es facultad del juzgador seleccionar la prueba que mediante su sana crítica, merezca llevarse a cabo en función del objeto del proceso y aún cuando, como en autos, la mayor carga de la imputación se encuentra en los dichos de las víctimas, ello no significa que sean insuficientes, ni es óbice para eximir de reproche al imputado, máxime si como en el caso sub-examen, informes médicos y testimonios incorporados avalan sus dichos. En suma, por sobre los dichos subjetivados del personal policial y de los damnificados, no deben olvidarse los datos objetivos de la realidad.

La compleja problemática que plantea los delitos sexuales, exige una adecuada capacitación de los operadores judiciales, la que se logra con una visión interdisciplinaria e interinstitucional, lo que resulta insoslayable, ya que nadie puede desconocer los efectos y graves consecuencias personales que provocan estos delitos, por lo que se impone una intervención oportuna e inmediata del sistema judicial para paliarlos.

La razón de la especial y fundamental protección del niño es su indefensión frente al mundo adulto, lo que se identifica cuando se lo convierte en víctima de un delito. Y ello es así, para resolver la cuestión bajo análisis, que deben relevarse las particularidades del hecho acaecido a fin de establecer qué impacto ha tenido efectivamente aquella nota de vulnerabilidad, a la que nos referíamos precedentemente. Por ello las consideraciones que se realicen los serán en sintonía con las directrices que emanan de los instrumentos internacionales, especialmente ante la falta de una adecuada visión de la problemática de género.

Los parámetros descriptos, los cuales no pueden ser obviados por los operadores judiciales en causas como la que aquí se analiza, deben ser el marco referencial y se impone como necesario e ineludible en todo decisorio.

De igual manera, conforme lo señalado por este Tribunal en anteriores precedentes, resulta exigible a los organismos receptores de las denuncias, un correcto y completo abordaje, máxime en casos que revelen violencia de género como este, en consonancia con la obligación prevista por la Ley 26.485, y de capacitar al personal receptor de denuncias sobre el necesario y completo análisis del hecho traído a conocimiento, a los fines de conocer lo mas exhaustivamente posible lo acontecido, sabiendo como hacer surgir de la presunta víctima los datos necesarios para garantizar una mejor investigación.

Las entrevistas deben ser llevadas a cabo por profesionales con entrenamiento, experiencia y aptitud para hablar con las víctimas.

El recaudo a tener en cuenta es el de la calidad y preparación del entrevistador a cargo del diagnóstico.

Por otra parte, la recepción del testimonio de la víctima, implicará tomar todos los recaudos para su protección y contención, evitando su revictimización.

No caben dudas que un error en la percepción en el operador judicial no entrenado y la intervención oportuna e inmediata del sistema judicial contribuye a paliar los efectos y graves consecuencias personales que dejan esos delitos.

Como bien señala Pedro Gutierrez ("Delitos Sexuales sobre menores", Ediciones LA Rocca, Bs.As., 2.007) toda investigación penal involucra en su misma esencia una reconstrucción histórica, tratando de revivir para el proceso un hecho pretérito a la luz de los rastros y recuerdos que pudieran quedar del mismo. Para ello es necesario establecer lo que pasó, dando respuestas a las clásicas incógnitas: cuándo, dónde, cómo, porqué y, más tarde, quién.

No debemos olvidar además que el hecho ocurre sobre una persona en pleno proceso madurativo de formación a quien le toca atravesar un episodio traumático y dramático.

Para ello debemos además dejar de lado la malsana idea de investigar a la víctima, a quien el hecho abusivo dejará una estela indeleble.

Este tribunal también ha sostenido que el acusador público, a lo largo del proceso tiene la responsabilidad probatoria tendiente a descubrir la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva (art. 309 del C.P.P) y ello se traduce en una carga en su actuación, debiendo hacerlo de manera clara y precisa y sin que ofrezca al resto de los funcionarios intervinientes y al justiciable, dudas sobre su imputación en cuanto a los hechos y las normas aplicables a los mismos.

El cumplimiento de estándares de actuación adecuados permite evitar el maltrato institucional en el ámbito de la justicia, que por acción u omisión, en muchas ocasiones incurren algunos funcionarios que terminan maltratando una vez mas a quienes padecen abusos como el que aquí se analiza, vulnerando una vez más sus derechos y provocando mayores frustraciones y estigmatizaciones.

En el subjuice es dable advertir que las argumentaciones construidas por el Sr. Fiscal Carlos Ordas como la Jueza de Control María Florencia Maza para decretar el sobreseimiento de J M B realizan una lectura inadecuada y fragmentada del relato de la menor, así, puntualizan contradicciones o vacíos, que lejos de desmerecer el sentido cargoso del cuadro convictivo, resultan de las concretas circunstancias de personas, modo, tiempo y lugar que exhibe el caso y quedan suficientemente explicitadas por la conjunción del resto de los elementos de juicio merituados, que determinan una particular modo de aprehensión y comprensión de lo ocurrido.

Es que la concreta argumentación que efectúan parte de aplicar las reglas de la lógica sin poner igual énfasis en lo que indica la experiencia común y desechando, mas aún, lo que indica la psicología.

No se discute acá la materialidad del hecho investigado, sino la responsabilidad penal que le cabría al imputado.

Y resulta evidente que en el caso que nos ocupa ha existido una fragmentación en la valoración de las evidencias, donde la falta de integridad en el análisis obstaculizó la verificación de las formas en que los distintos elementos probatorios se interrelacionaban entre si.

Existió, a mi criterio, una falta de exhaustividad en el análisis de la prueba colectada para la decisión del litigio que le impidió a la magistrada tener una visión en conjunto de la prueba, que fuera comprensiva y abarcadora de todos los elementos de juicio recolectados.

Amén de no haberse tenido en cuenta protocolos de actuación, se analizó en forma aislada e inconexa el relato expuesto por M., como único elemento probatorio determinante, y si bien, como enseña Cafferata Nores ("Temas de derecho procesal Penal", ed. De Palma, pág. 283), hay libertad para la selección del material, este no puede ser arbitrariamente utilizado y omitir tomar en cuenta una prueba que de haber sido considerada hubiese impedido arribarse a esa conclusión, o hubiese determinado una distinta, lo cual afecta el principio de razón suficiente.

Yerran el Fiscal y la Magistrada interviniente al olvidarse el contexto en que se produjeron los hechos, y los fundamentos elaborados por la a-quo han omitido considerar cuestiones conducentes para la correcta solución del caso.

En efecto, independientemente de que aquí se analice la situación procesal de uno de los imputados no debemos perder de vista que hubo cuatro protagonistas principales: dos personas mayores y dos jóvenes de dieciseis años.

Que los mayores resultaron ser E R R, dueño de la confitería bailable "B.....", y J M B, un colaborador cercano del lugar, aunque este negara tal circunstancia. Que las víctimas fueron las menores M y V, que habían concurrido a bailar al lugar y les fue permitido su acceso, a pesar que, por su edad, estaba prohibida su permanencia allí y "se pasa por un filtro y se pide documentos" como expresara en su declaración el propietario del local.

Que ambas jóvenes fueron invitadas por estos a tomar bebidas de alta graduación, entre las que pueden precisar, entre otras, fernet y tequila, manifestándole los nombrados que tomaran tranquilas "que no pasaba nada".

Que el Sargento J C D, en su entrevista, manifiesta, entre otras cosas que una de ellas "se veía lúcida en sus dichos aunque con aliento etílico, como así que la restante (más rubia) se veía en peor estado, hablaba poco y por momento se tambaleaba y perdía el equilibrio y esta se le notaba mucho más aliento etílico... todo esto fue pasada las 11 horas", o sea cinco o seis horas después de la ingesta alcohólica todavía tenían efecto sobre las menores, lo que hace presuponer el alto grado alcohólico que ambas tenían.

Refiere además M haber tenido relaciones en el mismo "boliche bailable" -lo cual es negado por B- en lugares que describe y que son de acceso sólo a personas que conocen el local.

Que luego de finalizado el horario habilitado para el cierre (alrededor de las 06:00 horas) las jóvenes M y V son invitadas por los nombrados a quedarse en el "after", consumiendo alcohol, encontrándose presente además A P y M C, hasta que llegó el personal de limpieza (aproximadamente las 08:00 horas) ofreciéndose el dueño de la confitería a llevar a las jóvenes a sus domicilios, lo que en realidad no hicieron dado que las llevaron a la casa de R, donde mantuvieron relaciones sexuales con ambas jóvenes.

La única diferencia sustancial que tuvo el fiscal para formular acusación a R. y no contra B. es que según su opinión, V. no pudo otorgar libremente el consentimiento para tales actos, en tanto M sí lo hizo y consintió tales relaciones teniendo en cuenta sus propios

dichos, pero sin reparar, como señaláramos, el contexto en el que se desarrollaron los hechos, descartando además tanto él como la magistrada interviniente lo dictaminado por la Lic. en Psicología Virginia Marquestau lo que no fue merituado debidamente por el nombrado, ni luego por la magistrada interviniente.

En el caso particular de la menor M Z ¿puede en tales circunstancias señalarse que prestó un consentimiento libre? mi respuesta es rotundamente que NO, no ocurrió ni pudo jamás ocurrir en este caso. La jueza de control tomó, a mi criterio, con cierta liviandad el consentimiento y no le dió trascendencia al estado de la víctima.

Ninguna duda cabe, al menos para mi, que ha quedado demostrado, en el contexto fáctico descrito, que M fue captada y engañada por B en un ámbito por el conocido, logrando en este estado someterla a las conductas descriptas y lograr de ese modo que la víctima consintiera la realización de actos de acceso carnal.

Dicho de otro modo, se abusó de la influencia y el estado que se logró sobre la menor para tergiversar el contexto en que se desarrolló la relación, como si fuera una acción que nada de malo tenía.

Resulta claro que la menor M se prestó a tal relación confundida y manejada, es decir, engañada por el imputado.

No desconozco por cierto, que en los casos de abuso sexual resulta usual que la víctima tienda a minimizar lo sucedido como forma de autodefensa de su pudor y dignidad.

Tampoco ignoro que si bien la preeminencia de edad entre B (24 años) y M (16 años) no es suficiente para considerar de que ello constituye una relación de superioridad, no menos cierto es que este dato objetivo y las circunstancias apuntadas de tiempo, lugar y modo, los distintos hábitos de los protagonistas (como se dice comunmente "un hombre de la noche" y una adolescente), la relación asimétrica entre ambos, la madurez de los involucrados, el notorio desnivel de uno y otro en tal situación y la manifiesta inferioridad en que se encontraba la joven en tal circunstancia, la conducta abusiva del actor y la vulnerabilidad de la víctima, restringieron, según mi parecer, de un modo relevante la capacidad de la joven para decidir libremente, lo que fue aprovechado consiente y deliberadamente por B para abusar de la menor.

Una conducta es sexualmente abusiva cuando el autor no sólo tiene conocimiento de la situación de incapacidad del sujeto pasivo, sino cuando, además, se aprovecha de ella, instrumentalizando a la víctima a los efectos de un trato sexual que no se hubiera producido en situaciones normales (conf. Jorge Buompadre, "Abuso sexual", en "Tratado de Derecho Penal", T. I, ed. Astrea, pág. 676 y sig.).

Lo que se debe proteger es la falta de comprensión del acto. Por ello entiendo, en las circunstancias apuntadas, que tal consentimiento estaba viciado.

Entiendo que en el caso la falta de paridad y equivalencia de la situación víctima-victimario me persuade en que se hallaba configurado el abuso de la situación de vulnerabilidad que, como medio comisivo la norma prevé con entidad para viciar el consentimiento prestado.

Resulta evidente que el caso hubiera ameritado otro tipo de investigación tendiente a obtener datos que permitan corroborar no sólo las vivencias de las jóvenes, sino establecer con mayor certidumbre cuándo, cómo, dónde y quiénes habrían participado en

los hechos. Resulta también claro que la investigación estuvo direccionada hacia un solo lado, utilizando estereotipos y evidentes prejuicios, no resguardando el interés de la víctima.

Por otra parte, es incomprensible además, no haber tenido en cuenta protocolos de actuación, indispensables en estos casos, pero inexistentes en el Ministerio Público conforme reconociera el mismo Procurador General (nota nº 169/12 del 20 de septiembre del 2012 al Consejo de la Magistratura) "por no contar con dependencias técnicas que permitan la elaboración de protocolos de actuación técnica y/o científicas de ninguna naturaleza... además de no contar con profesionales idóneos para la elaboración de este tipo de documentos" (SIC) y criterios de validación objetivos de las declaraciones incorporadas, para facilitar la efectiva, uniforme y transparente investigación de actos como el que nos ocupa y permitir aplicar la normas nacionales e internacionales para enjuiciar estos delitos de forma adecuada, respetando la integridad no sólo de las víctimas, sino también de sus familiares, no supliendo el informe de la Unidad Funcional de Género, Niñez y Adolescencia de la Policía de la Provincia de La Pampa tal cometido, el que no reúne las características de un abordaje integrador tal como hubiese sido necesario en tales circunstancias, desconociéndose además el papel que le cupo a la Oficina de Asistencia a la Víctima si es que tuvo alguna participación en el proceso.

Sin desmedro de lo anterior, tampoco surgen constancias de haberse dado participación a la Asesora de Menores, quien debe intervenir como parte, ejerciendo la representación promiscua de los mismos en todos aquellos procesos judiciales en que se hallen involucrados y "en aquellos en los cuales los menores resulten víctimas de un accionar delictivo", conforme lo dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En suma, no se realizó el control de convencionalidad exigido, a la cual estaba obligada la jueza dada su condición de tal, ni se aplicó el derecho vigente interno apartándose del mismo de un modo manifiesto y grosero, omitiéndose la invocación del plexo normativo aplicable al caso (Tratados Internacionales y leyes pertinentes), pudiendo agregarse que no hay tan siquiera ninguna mención de ellos ni constancia de haber sido abordados por el tribunal, existiendo además una valoración sesgada del a-quo con relación a la totalidad de la prueba producida en autos.

Los déficit apuntados ut supra resultan inocultables y quedan expuestos a la luz de las constancias de autos y tales inequidades ponen en jaque la resolución cuestionada y deja dudas sobre la transparencias de los procedimientos llevados a cabo.

Sentado lo que antecede, y como colofón de todo lo expuesto, es que disiento de la decisión y los argumentos expuestos por la Dra. Maza, ya que si bien le asiste razón en cuanto a que la víctima fue coherente en su relato y lo reiteró en términos similares frente a distintos interlocutores, merituó ello en forma aislada y los tomó de manera categórica como un elemento demostrativo de que tal consentimiento excluía la tipología en que la querella quería encuadrar la conducta de B.

Olvidó la jueza, tal como señaláramos, el contexto, las circunstancias y el lugar en que ocurrieron los hechos, y la conducta previa concomitante y posterior de B, omitiendo analizar la prueba en su totalidad, lo que le impidió verificar adecuadamente que todos los elementos probatorios se interrelacionaban entre si, lo que me lleva a descalificar sus conclusiones.

La lectura de la resolución impugnada me lleva a colegir, sin esfuerzo, que el decisorio incurre en falencias y omisiones y prescinde de una visión en conjunto de la prueba incorporada, lo que me revela el desacierto del mismo.

Corolario de cuanto precede es que no se han tomado en consideración, tal como apuntamos, preceptos constitucionales vigentes en nuestra Carta Magna y en los Tratados Internacionales de rango constitucional como fundamento base para la correcta valoración e interpretación del art. 119 del Código Penal, lo cual implica una falta de perspectiva de género en la apreciación realizada, de la Convención sobre los Derechos del Niño y del ordenamiento jurídico interno en consonancia con los mismos, no analizándose el caso teniendo en cuenta los principios, objetivos, derechos y espíritu protectorio que consagran dichos ordenamientos.

En función de ello, tal reseña me permite concluir que los fundamentos elaborados por el a-quo han omitido considerar cuestiones conducentes para una correcta solución del caso, lo que adquiere relevancia en el sub-lite, además de resultar prematura toda vez que considero que la investigación no se encuentra agotada, siendo las pruebas periciales que pudieran realizarse sumamente provechosas en este contexto, debiendo evaluarse además la posibilidad de realizar nuevas entrevistas de la joven, debidamente asistida en legal forma, u otras actuaciones que permitan un análisis integral del hecho denunciado.

Los graves vicios y anomalías apuntadas, impiden salvar los defectos contenidos en el decisorio atacado -atento a las deficiencias señaladas- y la tornan una actividad procesal defectuosa, debiendo declararse su invalidez (art. 166 C.P.P.), solución que propicio, toda vez que la resolución tiene una fundamentación aparente y no supera el control de lógica necesario para erigirlo como un acto jurisdiccional válido.

Debe tenerse en cuenta que los actos que se realizan vulnerando derechos y garantías establecidos en el derecho interno, la Constitución y los Tratados Internacionales no pueden ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, máxime si efectivamente se lesiona el interés de una de las partes, debiéndose acoger aquellos que por su efecto corrector tengan idoneidad para enervar los errores capaces de perjudicar aquel interés.

Tales omisiones y desaciertos no habilitan, por los fundamentos expuestos, a esta Alzada a su corrección al tiempo de emitir este pronunciamiento, por lo que los vicios insalvables apuntados ameritan la nulidad de la misma, de conformidad a las disposiciones legales pertinentes, amén que el decisorio puesto en crisis resulta igualmente nulo por su aparente motivación no causando lo que se propicia menoscabo alguno al principio que establece la prohibición del doble juzgamiento.

Todos estos cuestionamientos resultarían innecesarios a esta altura si el Fiscal interviniente, en primer término, y la Jueza de Control, posteriormente, hubieran realizado un adecuado tratamiento y análisis del material probatorio incorporado.

En el sistema acusatorio, cada órgano tiene una función diferenciada y está sometido al control de los otros.

Este control no implica, de manera alguna, afectar la autonomía funcional del Ministerio Público, ni cercenar la libertad de criterio en su actuación ni obligarlo a acusar si él no lo estima pertinente, sino indicar que aplique la legislación vigente reseñada y luego obrar en consecuencia.

Y ello es así por que la actividad de los fiscales debe adecuarse a criterios objetivos en función de una correcta aplicación de la ley.

En tal sentido, nuestro Máximo Tribunal ha señalado que "el deber de fundar implica, según el caso, la valoración de la prueba, la aplicación de como se llegó a determinado juicio de valor y la razón de la aplicación de determinada norma del plexo legal" (C.S.J.N. Fallos: 327:5863, en autos "Quiroga, Edgardo Oscar", voto del Dr. Maqueda).

Por otra parte, si bien a los magistrados no le es dado invadir órbitas de competencias ajenas, el juez de control lo es también de garantías, y es precisamente el encargado de controlar la legalidad del procedimiento y las actuaciones de las partes en el proceso y está obligado a verificar si el fiscal formuló "motivada y específicamente sus requerimientos", conforme lo dispone el art. 73 del código ritual y velar, en este caso, a que el pedido absolutorio cumpla los requisitos de legalidad y si constituyen una derivación lógica y razonada del derecho vigente en la prueba producida.

El juez de control, debe evitar que se vulneren derechos y examinar, entre otras cosas, si las medidas de intervención en el ejercicio de derechos fundamentales y garantías constitucionales practicadas por la fiscalía se ciñen a la ley, si son necesarias o no, adecuadas y razonables, o sea, evaluar la legalidad de las actuaciones y verificar si éste las ha vulnerado, y de no ser así, no puede legitimarlas y debe decretar la ilegalidad de la investigación, cuestión que como señaláramos no ha merituado ni ocurrido.

Lo expuesto, no implica de manera alguna, una contradicción a lo dispuesto en el plenario "SOGORBE" (Legajo nº 5756/10) de este Tribunal.

Señalado lo que antecede, entiendo que la resolución impugnada debe ser revocada, apartando a la jueza interviniente, reenviando la causa para que se prosigan las actuaciones con el correspondiente subrogante legal de igual grado a fin de que juzgen nuevamente la cuestión conforme a las pautas sentadas en el presente decisorio, dando respuestas a los yerros aquí analizados y en relación al Fiscal interviniente, remitir las actuaciones al señor Fiscal General de la Primera Circunscripción Judicial (art. 2º de la Resolución PG nº24/12) a los efectos que corresponda, lo que así voto.

La jueza Fantini dijo

1) Que, de la atenta lectura del recurso deducido contra la resolución tomada por la Jueza de Control, entiendo que el cuestionamiento central del recurrente gira alrededor del criterio sustentado en dicha decisión en cuanto a considerar que ha existido, por parte de la adolescente M, un consentimiento válido para mantener con el imputado B tres coitos.

En el análisis que se hará de la cuestión a decidir, me guiará, además de la ponderación de circunstancias que puedan o no reflejar la validez de ese consentimiento, una visión sobre el modelo sexual imperante en una sociedad patriarcal en el que, a través de una matriz cultural transmitida, impregna el modo en que tanto varones y mujeres viven y actúan su sexualidad.

En otras palabras "el consentimiento tiene lugar en un contexto en el que... el modelo sexual social es el de una sexualidad donde el acto sexual es el coito y las relaciones sexuales completas son aquéllas en las que hubo coito... de ahí que consentir una relación sexual sería tanto como consentir un coito. El resto de las relaciones sexuales se conciben como preámbulos para el coito, luego es normal la creencia de que consentir una

intimidad es consentir un coito" conforme lo expresa Amalia Gonzalez Suarez en su artículo "Educación afectiva y sexual en los centros de secundaria. Consentimiento y coeducación" Revista Labrys nº10 (web.educastur.princast.es/proyectos/coeduca/pp-content/uploads/2007/0)

Y ello es importante porque esta visión androcéntrica, estrechamente ligada a creencias estereotipadas en lo que hace a las relaciones sexuales, es lo que debe necesariamente conjugarse -siempre en este contexto cultural- con aquel eje fundamental -núcleo de la queja del recurrente- que guiará el análisis de la cuestión a decidir.

Esto es, el consentimiento, "elemento central para ponderar cuando se está frente a un delito contra la autonomía sexual" tal como lo he dicho en causa -"Santander, R. D. s/ Recurso de impugnación", causa 94/10 según registro de este Tribunal- habiendo allí también dicho, tal como lo sostuvo la Corte Europea de Derechos Humanos, en sentencia del 4-12-2003, en la causa "M.C. vs. Bulgaria" -parágrafo 163-, haciendo suyas expresiones de la Corte Penal Internacional, que ha dicho "que en el derecho penal internacional, cualquier penetración sexual sin el consentimiento de la víctima constituye el delito de violación y que el consentimiento debe ser dado voluntariamente, como resultado de la voluntad de la persona, y evaluado en el contexto de las circunstancias que rodean el hecho" -publicación del CEJIL, 2010, Violencia de Género -Sumarios de Jurisprudencia-.

En otras palabras, ese consentimiento, para ser considerado válido, debe ser otorgado desde la libertad. Ese consentimiento -que ha sido visualizado desde la resolución ahora recurrida, en forma tan distinta a la óptica del recurrente- tiene que ser un acto relacionado con el querer hacer algo, y no simplemente aceptado a consecuencia de una vivencia -coercionada- de que se debe hacer, suponiendo -desde esa visión estereotipada- que no existe opción distinta, una vez superado un cierto margen de intimidad.

Es así que entiendo que ese consentimiento debe poseer, como característica reveladora de su validez, el de ser compartido, no alcanzando para ello uno, simplemente pasivo.

Y en este quehacer de interpretar si el consentimiento de la adolescente M ha existido válidamente -desde las pautas de la normativa nacional e internacional implicada, tal como la ha explicitado el voto que me precede, que suponen e imponen un cambio de enfoque de los operadores judiciales- entiendo que el contexto en el que ocurrieran los tres coitos por ella aseverados como tenidos con el imputado B, -quien, en su declaración defensiva sólo hace referencia al último tenido en el quincho de la casa de R, obviando los dos primeros ocurridos en la azotea del local bailable- han ocurrido en un contexto coercitivo, que priva a ese invocado consenso de validez alguna, suponiendo los mismos un abuso de la libertad sexual de la adolescente.

No se trata aquí de negar a los adolescentes su derecho a la sexualidad, pero sí de ponderar si el ejercicio de ese derecho ha sido realizado en un contexto que -evaluando la vulnerabilidad propia de la adolescencia y otras circunstancias relevantes- brinde garantías de haber sido libremente ejercido.

Pero antes de fundamentar esto que he expresado, cabe detenerse en la propia declaración de la adolescente, prestada -presumo- ante una auxiliar de la Fiscalía que investigaba, y sometida a un interrogatorio -y en esto entiendo que le asiste razón al recurrente- enderezado fundamentalmente a obtener de la niña una aceptación voluntaria de lo acontecido, omitiendo el interrogatorio la consideración de pautas importantes -ambigüedad y rebeldía propia del período etario en que se encuentra la

presunta víctima- para poder develar esa sutil línea entre un consentimiento formulado desde la libertad y el otro -que entiendo es el caso concreto-, formulado desde una aceptación pasiva de la adolescente a la propuesta efectuada por B, inmersa M en un contexto coercitivo que la inhabilitaba para poder decidir, desde una sólida autonomía, lo que quería o no quería hacer, o el cuándo, cómo y dónde quería ejercer su derecho a la sexualidad.

Y son los propios dichos de la presunta víctima los que ya nos están indicando que ese consentimiento, no aparece tan claro como lo ha interpretado la resolución ahora recurrida,

Ya la adolescente nos dice que cuando ingresó al local bailable, hacia la mitad de la noche, C le ofrece un trago que le cayó mal. A preguntas que se le formulan la adolescente aclara que ese caer mal era "no me importaba lo que hacía... no pensaba en nada".

Seguidamente, ante la propuesta del imputado B de ir para arriba, M explica que ella se queda ahí sentada, refiriéndose al escenario del local, siendo tomada de la mano por B - "me lleva de la mano arriba"- saliendo ambos a la terraza, para luego expresar también "me lleva al depósito".

Ya precisado en el interrogatorio los tres coitos que la adolescente afirma haber tenido - en la terraza, en el depósito, y, finalmente en la casa de R- la entrevistada, instada por la interrogadora acerca de si quería o no quería lo hecho, contesta que "no, no quería pero... no le dije que no... pero... era como que no hacía nada... no le dijo que parara...".

Más adelante, en la misma entrevista, la adolescente refiere que iban siendo llevadas en el coche de R a lo de su amiga, V. Que no se acuerda mucho. Que llegó a lo de R mal, "medio mal... no se acuerda... que no tenía noción de la hora", y que B -ya sabiendo que ella era menor, toda vez que relata la simulación del imputado frente al inicial encuentro con la policía-, la llevó de la mano al quincho del domicilio de R donde hay una cama, desvistiendo ambos, realizando la tercera cópula.

Que el análisis de los dichos de la adolescente, interpretados desde la óptica a la que me he referido inicialmente, permite suficientemente aseverar que, en principio, no estarían dadas las condiciones para interpretar que ha existido un consentimiento válido, existiendo elementos serios para permitir que la causa vaya a juicio a fin de profundizar, mediante la prueba que indudablemente el recurrente alcanzará al juez, si ha existido un consentimiento válido, libre de toda presión y que permita asimismo visualizar, en su caso, la existencia de un contexto coercitivo, sobre el que existen serios indicios que deben ser adecuada y necesariamente ponderados, siempre dentro de un sesgo estereotipado propio de una ideología patriarcal que a modo de imprimación básica atraviesa las generaciones de varones y mujeres, más en la adolescencia que es, comprobadamente, un período de inestabilidad, ambigüedad e inmadurez psicológica en el que la niña es mayor víctima de estas creencias estereotipadas, que la hacen sentir que pierde el derecho a decir no al coito, una vez superadas o consentidas ciertas intimidades previas.

Que tal como lo refieren Gabriela Saldivar, Ramos y Romero en artículo publicado en la Revista Salud Mental, número 38, páginas 45 a 51, año 2008(http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-33252009000600006), si consideramos que la "coerción sexual es cualquier tipo de presión física o emocional utilizado por una persona para imponer a otra actos de

naturaleza sexual dentro de un contexto de un consensuado acuerdo para salir juntos o embarcarse en una relación romántica o erótica", entiendo que existen suficientes indicios de estas estrategias coercitivas que el imputado ha utilizado a manera de coerción sobre la adolescente en cuestión.

También él, por supuesto, inmerso en ese marco de creencias estereotipadas condicionadas por el contexto social, que le han hecho interpretar, por ejemplo, que el pedido de una amiga de M de presentarle a ésta -tal como lo declarara en el ejercicio de su defensa material, calificándolo incluso de insistente y "pesadas"-, suponía la aquiescencia inicial para llegar a la cópula.

En cuanto a los indicios a que me he referido, en primer lugar, está la apreciable diferencia de edad, lo que instala esa relación asimétrica de poder entre un adulto y un menor, circunstancia que hace que deba bucearse sobre si ese alegado consentimiento pueda quedar bastante desvirtuado.

Si en las legislaciones que contemplan la diferencia de edad a los fines de no criminalizar la relación sexual con menores, se establecen como válidas diferencias -age span- que van desde los dos a seis años, la sola comparación de la existente entre la aquí presunta víctima y el imputado B permite, en principio, afirmar un mayor ejercicio de poder, mediante la persuasión y presión condicionante.

A ello debe agregarse lo que en el voto precedente bien se ha remarcado entre los distintos hábitos del imputado y la presunta víctima en lo que hace a la vida nocturna, resultando B un avanzado aprendiz de hombre de la noche, y la adolescente, casi prácticamente recién iniciada en sus salidas nocturnas.

Se le suma a ello, como táctica directa de coerción, la invitación y provisión al consumo de alcohol, siendo dable apreciar en la propia declaración de la adolescente la ingesta de tequila que, ante la inicial negativa de ésta, le fue dicho por B "que no pasaba nada", decidiendo M entonces tomar, al igual que otra bebida alcohólica -"Frizeé"-, al que también alude la adolescente.

Se debe añadir también lo que considero otra táctica directa coercitiva, de tipo situacional -más allá de la violación a ordenanzas municipales tendientes a la protección de la niñez y adolescencia-, cual fuera llevar a M, junto a su amiga, a una casa donde indudablemente B conocía que era un ámbito propicio para realizar con la niña la tercera cópula, en lo que aparece ser, en principio, una zona liberada, a partir de la ausencia de mirada responsable alguna.

Que por estas razones que he expuesto, entiendo que la diferente óptica aquí sostenida para evaluar lo que la niña dice haber consentido, fundamenta -tal como lo peticiona el recurrente- la revocación de la resolución recurrida, existiendo elementos suficientes para que el proceso avance hacia la etapa de plenario, donde se podrá -mediante el debate y la profundización de estas ideas que considero válidas para entender la índole de la cuestión a decidir- dilucidar si el imputado B merece reproche penal por la actividad por él realizada hacia la adolescente M.

Que resuelta esta revocación tal como también lo ha manifestado el voto anterior, entiendo, en discrepancia con la solución propuesta por el Juez que me ha precedido, que se encuentran dadas las condiciones para -a partir de esa revocación- que el proceso sea impulsado a juicio a través de la actividad autónoma de la parte querellante.

En realidad, la resolución recurrida, y ahora revocada, a mi criterio no presenta una fundamentación aparente ni presenta defectos como para considerarlo un acto jurisdiccional inválido.

Lo que sí aparece es un criterio formal tomado por la señora Jueza de Control para dar validez al consentimiento de la adolescente, criterio que ha sido corregido mediante las opiniones sustentadas tanto en mi voto como en el del colega que me ha precedido, y por las razones por ambos expuestas.

Tengo para mí que retrotraer este proceso a etapas anteriores, significaría una lesión a los principios de progresividad y no regresividad del derecho ejercido por la víctima a ser tenido como parte activa en el proceso penal y a ser oído por un juez, sin interferencias, a los fines de lograr, si cabe una solución reparadora a la vulneración por ella alegada.

"El derecho de la víctima a participar en el proceso penal en forma activa ha venido siendo garantizado por la Corte Suprema, como fallos emblemáticos basta citar los casos Toculescu, Otto Wald, Santillán, Quiroga, Del Olio y Bernstein", tal como lo afirma Francisco Castex en su artículo "La autonomía del querellante", publicado en suplemento Extraordinario Penal y Procesal Penal, septiembre de 2010, página 168.

A este respecto se han alegado, para fundamentar la naturaleza constitucional del derecho a querellar, los artículos 8.1 y 25 de la CADH, y 14.1 del PIDCP, como contenidos en el derecho a la jurisdicción tutelado por el art. 18 de nuestra Constitución Nacional.

En este sentido, se desprende del citado fallo Santillán la posibilidad del querellante de acusar en solitario, habilitando a la jurisdicción para así hacerlo, aún en caso de pedido de absolución por parte del Ministerio Público Fiscal.

Y esta tesitura tomada por la Corte en el caso arriba citado derrama, en cascada, hacia abajo, permitiendo que el querellante no sólo pueda recurrir un sobreseimiento, tal como lo ha hecho en el presente caso, sino también y en este proceso formular la acusación, propugnar la elevación a juicio, ofrecer las pruebas que hagan al interés de su parte, habilitar una condena en el juicio e, incluso, recurrir una absolución. Quien puede lo más puede lo menos.

En los fallos Amodio y Del Olio la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "La exigencia de acusación, como forma sustancial de todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito tenga otro alcance que el antes expuesto o contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula" (Fallos 143:5 y 321;2021).

Así, en consonancia con la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal y también conforme a la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes 28/92 y 29/92, en causa Bulacio, el querellante puede actuar en solitario, aún si el acusador público no haya acompañado su pretensión de lograr obtener una decisión jurisdiccional reparadora, estando así facultado para impulsar la acción hasta la finalización del juicio oral y público.

Por supuesto, sujeta la actuación del acusador privado a los requisitos formales exigidos por nuestro Código Procesal para los actos persecutorios tendientes a impulsar el proceso hacia su resolución final.

Nuestro Código Procesal Penal, en su art. 8 al prever el ejercicio de la acción penal pública para el Ministerio Fiscal, deja a salvo la participación que le concede al querellante particular -acusador privado-, inscribiéndose el derecho constitucional de la víctima a ser oído, a la capacidad que tiene de llegar, con su sola acción, hasta el momento de la resolución final.

No existe incompatibilidad alguna -sin perjuicio que la conversión de la acción fue sacada del proyecto original de nuestro código formal- para que un proceso penal pueda tramitar con el solo impulso de la parte querellante. Si no, no se explica, cómo el acusador privado puede lograr una condena, aún frente a un pedido absolutorio del acusador público, y puede recurrir una absolución conforme nuestro Código Procesal Penal.

No resulta lógico, entonces, impedirle realizar los actos necesarios de persecución para lograr llegar a juicio, sujeta su actividad persecutoria a los mismos requisitos formales exigidos al acusador público.

En función de lo expuesto coincidiendo con el voto anterior en cuanto a la revocación del sobreseimiento dictado a favor del imputado JMB, deberá el querellante particular, si así lo considera, producir acusación a los efectos de lograr el auto de apertura a juicio y continuar con los actos que entienda correspondan a su interés, a los fines de llevar su caso ante el tribunal de juicio, lo que así voto.

Atento a los criterios disímiles de los señores Jueces preopinantes, integrantes de la Sala "B", corresponde que emita voto el Presidente del Tribunal, Dr. Filinto B. Rebechi,, quien dijo:

Mi intervención en el presente Legajo, se encuentra circunscripta a la emisión de mi voto en relación al criterio disímil de mis colegas Flores y Fantini, en lo que hace al trámite a imprimir al presente, teniendo en cuenta la Revocación de la Resolución de la señora Juez de Control por la cual había hecho lugar al pedido del señor Agente Fiscal de fecha 29 de octubre de 2012, decretando el sobreseimiento de J M B por aplicación de lo establecido en el art.290 inc.3º del C.P.P..

En este sentido mi voto se adhiere al emitido por el señor Juez Carlos Flores, toda vez que considero que (tal como ya lo he dejado sentado en el Legajo Nº 5725-1/13 registro de este Tribunal) para la correspondiente investigación de un proceso penal (que no se trate de un delito de acción privada), resulta esencial la intervención del Ministerio Público Fiscal, no encontrándose establecido en nuestro ordenamiento procesal la intervención exclusiva (para los delitos de acción pública o dependiente de instancia privada), del querellante particular. En este sentido es interesante destacar lo expuesto por el Dr. León Arslanián en la sesión de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación el 21 de agosto de 1991 respecto al querellante particular, en la cual dijo "(...) Solo le retaceamos una facultad: la de poder ejercer autónomamente la pretensión penal en el proceso. (...) Hemos querido entonces que esa intervención en el proceso oral esté siempre acompañada de la intervención del Ministerio Público Fiscal, que le de sustento a la pretensión punitiva."

A mayor abundamiento, me remito a los fundamentos dados por el Juez Balaguer en el Legajo aludido supra, al cual el suscripto, oportunamente se adhirió.

En mérito al acuerdo que antecede, y por el voto de la mayoría en lo que respecta a la disidencia planteada, el TRIBUNAL DE IMPUGNACION PENAL:

RESUELVE: I.-) HACER LUGAR al recurso de impugnación interpuesto por la parte querellante, declarando la invalidez de la resolución dictada por la Juez de Control María Florencia Maza de fecha 14 de febrero del año 2013 (art. 166 del C.P.P.).

II.-) APARTAR a la Jueza de Control actuante, poniéndose en conocimiento de la magistrada tal circunstancia.

III.-) REMITIR el presente legajo al señor Fiscal General de la Ira. Circunscripción Judicial, a efectos de que, conforme lo dispuesto en la resolución nº 24/12 de la Procuración General, se designe un nuevo fiscal y se arbitren las medidas necesarias de examen que la investigación amerita -conf. art. 309 del C.P.P.-.

IV.-) NOTIFIQUESE, PROTOCOLÍCESE el original y agréguese copia al presente.

Dr. Carlos A. FLORES

Dra. Verónica FANTINI

Dr. Filinto B. REBECHI