El art. 119 del Código Penal sanciona por abuso sexual agravado por acceso carnal con la pena de reclusión o prisión de seis meses a quince años destacando la doctrina y jurisprudencia que "Se trata de un delito que admite la tentativa, pues bien puede ocurrir que aún sin lograr el acceso el autor haya llevado a cabo actos demostrativos de su intención de acceder a la víctima carnalmente" (Ver Código Penal de la Nación , Comentado y Anotado de Andrés J. D·Alessio y Mauro A. Divitto, pág. 252).

A su vez los jueces han dicho que "No importa en absoluto que no haya habido penetración alguna, o que haya habido una penetración incompleta, lo importante es que ésa era la intención del autor, que por alguna circunstancia no pudo concretar" (Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 6ª, 30/8/1991, LL, 1992 -B-58) y que "Si el autor del hecho tiene la firme intención de penetrar a la víctima, habrá tentativa de violación por más que no haya accedido carnalmente, debiendo descartarse la calificación de abuso deshonesto, dado que el dolo era de violación (Tribunal Oral Criminal Nº 24 Cap. Fed., 5/3/1999, JPBA 114-90).

Solo quedará descartada la tentativa por desistimiento voluntario del abusador transformándose el intento de abuso agravado en abuso simple cuando la víctima no tenga lesiones - esto es actos demostrativos de accederla carnalmente - o la intención de desistir se muestre en actos concretos del autor, así "Hubo tentativa de violación voluntariamente desistida en la conducta del reo que eyaculó prematuramente sin penetrar a la víctima, quedando la conducta tipificada como abuso deshonesto" (Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 5ª, 3/4/1981).

Así las cosas, cuando el 3/3/2014 Matías Ancatel en ocasión de robo ingresa a la casa ubicada en calle 3 de Caballería al 800 de San Martín de Los Andes, Provincia del Neuquén y encontrándose con la menor de 9 años le ocasiona las lesiones en sus zonas íntimas que certifica la médica actuante, tal como fueran expuestas en los distintos medios y reconocidas por las Juezas Liliana Deiub y Florencia Martini que desestiman en sus votos la tentativa agravada por acceso carnal al afirmar que medió abuso sexual simple invocando que no se ha probado que Ancatel no haya desistido voluntariamente, no dudo en afirmar que efectivamente las lesiones que presentaba la victima son prueba acabada que medió principio de ejecución del delito de abuso sexual con acceso carnal, que al no mediar penetración quedó en grado de tentativa, es decir el daño cutáneo provocado por el victimario a la menor es acto demostrativo del intento de acceso carnal, las lesiones acreditan, sin posibilidad de ser contradecidas, la intención de penetración del imputado sin que importe, como ratifica la doctrina y jurisprudencia precitadas, que si hay rastros de acciones que indiquen el intento, el dolo, de violar, como sucede en este supuesto que se imputa a Matías Ancatel, que la penetración no se haya concretado.

En suma el voto mayoritario en el supuesto que describimos es erróneo, no se ajusta a derecho, y contraría a la doctrina y jurisprudencia que afirma que en hechos como el sucedido en san Martín de los Andes la calificación correcta es tentativa de abuso sexual agravado por acceso carnal y no abuso simple como falló el Tribunal.