En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los treinta días del mes de junio del año dos mil diecisiete, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, integrada por los doctores Omar Florencio Minatta, Roberto Adrián Barrios y Alejandro Gustavo Defranco, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"B., R. I. s/denuncia - Dolavon" (Carpeta 6608 OJ Tw – Legajo 63.683 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por el Sr. Defensor Público, Dr. Juan Manuel Salgado en representación del imputado J. G. L., contra la sentencia dictada en fecha 01/03/17 y registrada bajo el nro. 453/17, por el Tribunal conformado por los Dres. Laura S., F.o M. y Sergio P., el que condenara al nombrado a la pena de seis años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, por resultar ser el autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal aprovechándose de que la víctima no pudo consentir libremente la acción (arts. 119, 3er. párrafo en relación con el 1er. párrafo del C.P.), por el hecho acaecido el día 03 de febrero del año 2016 en perjuicio de F. B. V..

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 15/06/17 en la sede de este tribunal, intervino el imputado J. G. L. –cuyas demás circunstancias personales obran en autos-, junto al Defensor Público, Dr. Juan Manuel Salgado, la Sra. R. I. B., madre de la menor víctima y, en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial, el Dr. Arnaldo Maza.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Omar Florencio Minatta.

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. De la supuesta violación al artículo 169 de la Constitución Provincial, a la garantía de igualdad,

imparcialidad del juzgador y perjuicio al derecho de defensa.

La defensa se agravió por la resolución del tribunal de juicio que permitió al Ministerio Público Fiscal, la producción de la declaración testimonial del licenciado N. B., no ofrecido como testigo oportunamente en la acusación fiscal.

Al cotejo de las constancias de la causa con horizonte a este agravio, se advierte que al inicio del debate, antes de la presentación de sus respectivos casos y ante la requisitoria de la presidente del tribunal, al minuto 2.53 del soporte de la audiencia del día 6 de febrero de 2017, la fiscalía solicitó incorporar al Dr. N. B. a la lista de testigos para el juicio, cuyo nombre a dichos del fiscal, fue omitido involuntariamente en la acusación. De esta manera se reeditó la propuesta de la parte acusadora, con oposición de la defensa ya que el pedido había sido rechazado por el magistrado de la instancia anterior en la audiencia preliminar.

El tribunal pasó a resolver la incidencia para el día siguiente, *(mismo soporte, a partir del minuto 22.43)*, y luego de ello, ya el 07 de febrero, se aprecia la resolución oral por la cual se hizo lugar al pedido de la fiscalía *(ver a partir del minuto 00.47 del soporte respectivo).*

2.1 Recordemos que el pretenso sentó su recurso en este agravio en los siguientes extremos: a) un defecto formal insalvable cual es la falta de fundamentación individual, violatorio el artículo 169 de la Constitución Provincial, que conlleva a su criterio, indefectiblemente a su nulidad; b) constituir una violación a la garantía de tribunal independiente e imparcial, ya que se trató de una "ayuda" al Ministerio Público Fiscal. Y c) porque con dicha decisión, el tribunal omitió considerar la posibilidad de contrarrestar la prueba que se ejerce en el debate, y tuvo efectos procesales reales en detrimento de la Defensa.

Para el análisis de dichos extremos, se impone evocar lo que el maestro Clariá Olmedo enseña en su obra DERECHO PROCESAL PENAL, TOMO II, pagina 229, Editorial Rubinzal, que *"...la nulidad (....) consiste en la invalidación de los actos cumplidos e ingresados en el proceso sin observarse las exigencias legalmente impuestas para su realización..." "...para poder aplicarla, es indispensable que el vicio del acto sea capaz de producirla...".*

2.1.1 Dicho esto, en cuanto al primero de los agravios, tengo para mí que el acto atacado cumple con los requisitos necesarios para tenerlo por válido, y no amerita ser sancionado con nulidad alguna como se pretende.

Los preceptos que a modo de garantías proclama nuestra Constitución Provincial, debe interpretarse en forma armónica con su ley reglamentaria, esto es el actual código de rito, y ésta dice que el requisito de fundamentación individual de las resoluciones judiciales emanadas de órganos colegiados, se circunscribe a las sentencias *(ver art.25 último párrafo y 27 del C.P.P)*. En el mismo artículo 25, el legislador conceptuó a la sentencia como aquella que absuelve o condena al imputado.

Enseña de la sentencia el mismo autor supra citado que *"…el momento decisorio del juicio oral culmina con el pronunciamiento de la sentencia, o sea, el más eminente acto jurisdiccional que pone fin al proceso una vez que ha sido íntegramente desarrollado"* (Clariá Olmedo pág. 161 Tomo III edit. Rubinzal Culzoni).

Con ello, fácilmente se colige que el acto atacado en la impugnación no es una sentencia.

La divergencia conceptual no es intranscendente, puesto que la sentencia se diferencia de un *auto*, porque este es una resolución que decide sobre un incidente o artículo del proceso, y a su vez del *decreto*, que son aquellas resoluciones de mero trámite que emite el juez

durante el desarrollo del proceso (Clariá Olmedo, Derecho Procesal Penal, T II, pags.328/329).

La resolución notificada por el tribunal a las partes en boca de la doctora S., puede ser subsumida entre aquellos denominados autos o resoluciones interlocutorias, puesto que resolvió una incidencia incorporada por una de las partes al Cuerpo Colegiado, referida a la producción de una prueba. No solo la misma fue debidamente sustanciada, sino que previa deliberación, la decisión fue unánime y acabadamente fundada en su contenido.

Ello así, el voto individual para la decisión a este tipo de incidencias (recordemos, la citación de un testigo experto), no es exigible.

Siendo como es que el código de procedimiento penal prescribe que las sentencias es el único supuesto para la que ante omisión de voto individual, su nulidad es insanable, al que no revestir el acto atacado de ese carácter, la nulidad debe ser descartada.

2.1.2 El recurrente invocó un precedente de esta Cámara para fundar su petición. Entiendo la cita es desacertada.

En la sentencia que dictáramos en los autos caratulados “Hueche, Carlos s/homicidio r/víctima de homicidio - Tw” (Carpeta 5.835 OJ Tw – Legajo 56.280 OUMPF Tw), hubo un planteo del defensor ante una decisión del tribunal de condena comunicada en la oportunidad del veredicto, referido a que aquel entendió que correspondía declarar de oficio la nulidad de unos adelantos jurisdiccionales de prueba. Esa decisión, notificada tras haber concluido la etapa probatoria y tras la deliberación de sus miembros, no es asimilable a la resolución atacada en este caso.

Aquella nulidad decretada de oficio, no había sido requerida por ninguna de las partes, no había sido sustanciada, y fundamentalmente, fue notificada en el *veredicto* como uno de los fundamentos de la decisión de

la posterior sentencia, sin que luego se incluyeran en los votos individuales, las razones de dicha sanción.

Como se advierte, ese precedente se diferencia del supuesto que ahora nos convoca, por lo que su evocación como fundamento a su pretensión es improcedente.

2.2. En cuanto a la denunciada violación a la garantía de tribunal independiente e imparcial, ya que la decisión habría constituido una "ayuda" al Ministerio Público Fiscal, tampoco puede prosperar.

Ante un sistema de adversarios, es decir de partes que pretenden cosas distintas, la figura del tercero imparcial e *impartial* es necesaria, justamente para resolver estas cuestiones disidentes. Así ese tercero puede dar la razón a uno o a otro, dar parcialmente la razón a uno, o no dársela a ninguno.

Si el juez, de él estamos hablando, decide hacer lugar al pedido de una de las partes, no lo está favoreciendo: está resolviendo.

¿Puede la parte "vencida" quejarse de esa decisión?, por supuesto que sí, para eso están las instancias revisoras. ¿Cómo se pueden quejar?, pues atacando los fundamentos de la decisión por ser, por ejemplo, incorrectos, inválidos, ilegales, arbitrarios.

La Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia en autos "Ministerio Público Fiscal s/ Investigación de Oficio (Expediente número 100.258, folio 1, año 2017, letra M; Oficina Judicial de Rawson, carpeta número 6270), recientemente ha dicho que "*…el intento de lograr la inspección de un fallo genera el deber de asumirlo y de marcar punto por punto los conceptos que se consideran errados; implica la realización de esfuerzo en la construcción de un discurso concreto y razonado que ponga en evidencia la incorrección cometida por quienes han sentenciado; en suma, demanda la emisión de argumentos específicos, serios, persuasivos y elocuentes sobre los errores de hecho y derecho que se denuncian y que justifican objetivamente- el ejercicio recursivo.*"

"No cuadra al contenido de esa actividad la mera alusión a los aspectos del fallo con el que el recurrente está disconforme, o de juicios que no poseen relación con el concreto agravio. Los jueces del recurso han de ser proveídos de elementos que les permitan apreciar- otra vez- en qué puntos y por qué razones el aP.nte considera perjudicado su derecho."

Con ello, tengo para mí que no ha existido en la especie imparcialidad violentada por el Tribunal como se alega, ya que, como vimos, dicha decisión se circunscribió a lo peticionado, fue previamente sustanciado y el recurso resulta una suerte de disconformidad con su contenido, mas no una proactividad prohibida de los jueces en beneficio de la acusadora.

2.3 Por último, entraremos al agravio referido al perjuicio que habría causado al pretenso la decisión del tribunal.

Dijo el impugnante que los jueces decidieron hacer lugar al pedido de la fiscalía de citar a un perito no incluido en calidad de testigo en la acusación, no haciendo lugar a la oposición de la defensa, y con ello, se omitió considerar que la posibilidad efectiva para contrarrestar la prueba, se ejerce exclusivamente en el debate.

Muy respetuosamente, creo que existe un contrasentido en este argumento. Si es que la defensa deseaba ejercer efectivamente el contra examen del perito que había hecho la pericia que por escrito se incluyó al legajo de investigación fiscal, no se entiende entonces que agravio le causó su citación para escucharlo en el debate.

Si acaso se conformaba con la pericia escrita, y no deseaba contra examinarlo, pues entonces al momento del pedido del fiscal de la citación del testigo no debió la defensa oponerse, sino consentir la incorporación del documento por su lectura, como autoriza el artículo 314, inciso 4, y 201 *in fine* del C.P.P.

El constrasentido se patentiza en la siguiente afirmación de la defensa que en su libelo reza que *"si el art. 201 exige la exposición oral del perito no es para que repita lo que ya escribió sino porque el debate es el momento fundamental de la evaluación pericial, que no se agota (como pretende la resolución) en las preguntas de las partes sino que puede incluir las opiniones de otros expertos ofrecidos al debate".*

Aquí se suma el otro perjuicio que se dice sufrido, en cuanto a que se habría cercenado la posibilidad de la defensa de citar a un experto de parte. Al control de la interlocutoria atacada, creo que los fundamentos del *A Quo* fue acertada, ya que se basaron en las reglas procesales que rigen la materia. Además y sobre todo, descartaron la "*sorpresa"* supuestamente acaecida en la defensa. Así es, dijo el tribunal para resolver que "*… la defensa intervino en toda la etapa preparatoria, fue notificada de todas las etapas de la pericia en su momento. Hoy evidentemente las partes tienen conocimiento del informe pericial y saben sobre lo que el perito puede declarar o va a declarar o podría declarar y la defensa entonces podrá contraexaminar al perito en la misma audiencia de debate. Por ello creemos que no se afecta el derecho de la defensa".*

Por todo ello, y sin perjuicio de observar la desprolijidad de la fiscalía de no incluir al perito entre los testigos a ser citados para el juicio, creo que la decisión que se ataca no tuvo efectos procesales en detrimento del derecho de Defensa, ya que no se vio impedida de ofrecer contraprueba alguna para controlar y en su caso cuestionar el informe pericial de la acusadora pública.

Por lo dicho, soy de la idea que no existe vicio alguno que determine a hacer lugar a la nulidad que se pretende, por lo que sobre este punto votaré por no hacer lugar a la nulidad peticionada.

3. Del secuestro de la prenda íntima de la víctima.

El pretenso dijo que el examen de ADN fue realizado sobre una bombacha que, de acuerdo a la sentencia, era la misma que portaba la joven F. V., mas no hay prueba de que ello haya sido así. Que además, oportunamente planteó la nulidad del secuestro y de las operaciones realizadas con posterioridad ante la ausencia de acta (arts. 130 y 178 C.P.P.) y exhibición (art. 326 C.P.P.), poniendo así en duda la identidad y conservación del material peritado.

Analizada la sentencia, la doctora S. (a foja 157 de la carpeta), dijo que oportunamente se rechazó el pedido a la defensa, en base que el informe pericial suscripto por los doctores A. H. y H. A. G., agregado al legajo fiscal expresamente indica *"se le requirió la prenda íntima que portaba la menor, la cual se colocó en envoltorio y se remite de modo similar a dicha oficina"*. Que ese procedimiento fue explicado por el médico forense en el debate, que evacuó cualquier duda al respecto.

Por otra parte, dijo que el art 130 en su último párrafo determina que no puede valorarse el contenido del acta o se priva de sus efectos cuando no pueda ser suplida con certeza sobre la base de otros elementos de prueba, en cuanto a la aplicación de las normas procesales citadas, la víctima entregó voluntariamente la bombacha a un funcionario público.

En cuanto a la identidad de la bombacha peritada por el Dr. N. B. con la que vestía la joven, dijo la magistrada que no se ha registrado en el devenir de los actuados que se hubiese procedido al secuestro de otra prenda íntima que pudiera haber dado lugar a confusión de los funcionarios intervinientes.

El doctor M. (a foja 172), al igual que su colega, dijo que tal como se adelantó en el veredicto, la prenda de la víctima fue secuestrada por los peritos que llevaron a cabo el examen ginecológico de la joven, que dicha circunstancia fue plasmada en el informe pericial agregado al legajo prueba fiscal, que el Dr. H. al udió

a dicha circunstancia en su testimonio en el juicio, confirmado el secuestro de dicha prenda.

Y en cuanto a las formalidades prescriptas en los arts.130 y 178 del rito, coincidió que en la especie no se requería en este caso autorización judicial para secuestrar el objeto, por cuanto pertenecía a la propia víctima y la misma accedió voluntariamente a su entrega. Por último, en cuanto la incertidumbre esgrimida por el Defensor en cuanto a si la bombacha peritada es la misma que fuera secuestrada, dijo que no existen constancias en la causa (al menos ello no fue mencionado en el juicio) acerca del secuestro otra prenda íntima, *"…de modo tal que tengo por acreditado que ese elemento entregado por la joven V. a los peritos médicos es el mismo que fuera posteriormente sometido a pericia genética, aún cuando la prenda no fuera exhibida en el debate. Además, la defensa técnica ejerció el control de la actividad pericial en la etapa preparatoria, no habiendo advertido acerca de irregularidad alguna respecto del secuestro y preservación del aquél objeto."*

El último sufragante, doctor P. (ver foja 174 vuelta) dijo que ante el cuestionamiento de las formalidades del secuestro, no se condice con lo actuado en el legajo de prueba fiscal, ya que los doctores H. y G., dejaron sentado el secuestro de la prenda y el galeno forense lo manifestó en la audiencia y explicó el proceso de secado y ensobrado que se hiciera con la bombacha, siendo el procedimiento el correcto, que se dejó constancia del elemento secuestrado y además invocó el último párrafo del art. 130 del C.P.P.

En cuanto a la sospecha de identidad de la prenda peritada, dijo el juez que fue el único elemento secuestrado con esas características, que no existió otra prenda de vestir íntima que pudiera dudarse y que se han cumplimentado las formalidades prescriptas en los arts.130 y 178 del rito.

Con ello, tengo para mí que los magistrados en la audiencia del día 13 de febrero de 2017 y en su fallo,

han dado fundamentos razonables y suficientes para no haber hecho lugar a la nulidad que se les peticionara.

Así es, han valorado los sentenciantes que el elemento luego peritado había sido correctamente secuestrado por los médicos que tuvieron intervención en el examen de V., y que su entrega fue voluntaria en ese acto, dejando de todo, constancia escrita. Que amen de esa constancia escrita, el Dr. H. corroboró lo oportunamente actuado en el momento de declarar en el debate, oportunidad en la que pudo ser contra examinado por el pretenso y del cual no se advierte que surgiera duda alguna en cuanto a la forma del secuestro, ni de su resguardo e identidad con el posteriormente peritado.

Respecto a las formalidades de la diligencia, se ha de tener en cuenta que: *"La nulidad constituye una institución procesal que solo debe ser aplicable, a pesar de que supone un retroceso en la actividad procesal cumplida, cuando de esta última surge un perjuicio concreto para alguna de las partes imposible de subsanarse de otro modo; y, cuando tal solución se adopta en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia"* (CNFed. Crim. Y Correc., Sala 2ª, 09/10/1989, "S., L., C.", JA, 1990 – II – síntesis). *"Lo que debe ser combatido en esta materia, es el excesivo formalismo que sacrifica el objetivo mayor de la realización de la justicia en favor de solemnidades estériles o sin ningún sentido" (conf. Pellegrini Grinover, Ada, Scarance F., Antonio, y Magalhâes Gómez Filho, Antonio, "As nulidades no proceso penal", 4ª edición, Malheiros, San Pablo, p. 15, citado en Alberto M. Binder, "El incumplimiento de las formas procesales"*, Ed. Ad-Hoc,
p. 84, año 2000).

Rigiendo en la materia el principio de especificidad, con un régimen claramente taxativo (CNCP, Sala I.LL, 1995-C522) que impide que exista nulidad sin previsión expresa en su texto, creo que los actos

atacados y las dudas que se pretendió imponer, como así también los agravios del pretenso, no ameritan la nulidad reclamada, por lo que he de votar por no hacer lugar a este agravio.

4. Presunta apreciación arbitraria de la prueba y violación de la presunción de inocencia.

Dijo el defensor que la sentencia ha decidido la existencia de un acceso carnal, pese a que el examen médico de la supuesta víctima no constató ningún signo de fuerza o violencia sobre ella, que el examen biológico del exudado vaginal no arrojó evidencia incriminatoria, y que ni siquiera la propia joven afirmó que haya sido penetrada: no refirió dolor o algún signo subjetivo que permita presumir acceso. Agregó que su cliente se encontraba extremadamente ebrio, cuestión que dificulta la erección.

4.1 Puesto a analizar ésta cuestión, deviene oportuno reiterar que nuestro código de procedimientos establece un sistema de libre valoración de la prueba, sin preasignar ningún valor tasado a una por sobre otra.

De la lectura de los fundamentos del fallo, se colige una unánime interpretación de la prueba por parte de los tres magistrados, que los determinaron a hacer lugar a la teoría del caso fiscal que recordemos, incumbe el delito de abuso sexual con acceso carnal aprovechándose de que la víctima no pudo consentir libremente la acción (Art. 119, 3er párrafo en relación con el 1ero Párrafo, del Código Penal).

La prueba interpretada con mayor contenido relevante, incluye la de la víctima F. V., la de su amiga Y. M., el hermano I. V., la de la psicóloga P. F., la del perito A. H. y la prueba pericial de ADN.

De la prueba producida en el debate, se aprecia el testimonio que como adelanto jurisdiccional de prueba prestara F. V.. A partir del minuto 13 del soporte que contiene la diligencia, planteó una suerte de duda, ya que no sabía si fue un sueño o qué, recordó que la tocaban y que no veía nada, porque en la casa de Y. (su

amiga) tiene luz pero en la pieza estaba apagada, y no tiene ventanas. Al decirlo, se emocionó. A instancia de la psicóloga que la interrogó, agregó la joven que quería salir y que no podía, y que una persona estaba encima suyo.

Por su parte, Y. M. confirmó en su testimonio, prestado con la misma modalidad, la circunstancia de haber sorprendido al imputado encima de la víctima, en momentos en que estaba acostada en una cama de la habitación de su casa, estando desnudos, e incluso interviniendo para que el encartado cesara en su acción.

El hermano de la víctima confirma la versión en un tramo cronológico inmediatamente posterior, cuando sorprende al encartado colocándose ya los pantalones, su hermana semidesnuda, generándose a partir de allí una contienda.

La licenciada P. F., avezada experta en estos casos, integrante del Cuerpo Médico Forense, ha dicho ante los jueces que el relato de la víctima es creíble desde el punto de vista de su organización cognitiva, y que el tipo de lagunas que presenta es compatible con un cuadro de intoxicación alcohólica. También dijo que la joven tenía síntomas muy particulares que se dan en situación de trauma no elaborado, por ejemplo “recuerdos intrusivos”, “imágenes que se imponen en la memoria”, “sensaciones físicas”, “aumento de cuestiones fisiológicas” como el ritmo cardíaco, la sudación ante determinadas situaciones; y que el contenido de esas imágenes, tenían que ver con los recuerdos fragmentarios. Que esos síntomas son comunes a todas las situaciones traumáticas, pero el contenido de esos síntomas es lo que delata cuál es la situación traumática en particular que esa persona ha sufrido. Esto llevó a la psicóloga a concluir que en este caso las imágenes intrusivas de F. V., con esos recuerdos fragmentarios podrían ser compatible con un ataque sexual.

Todos estos elementos han sido correctamente valorados por los magistrados, en cada uno de sus votos

han dado razones plausibles para considerarlos válidos y suficientes, descartaron fundadamente la versión de Z., y de cuyo análisis conglobado sin lugar a dudas destruyen el estado de inocencia de L. en cuanto a su autoría en un ataque sexual contra V..

Si bien es dable reconocer que han existido diferencias en algunas afirmaciones entre las versiones de los testigos, creo que ha sido sobre cuestiones posibles de ser confundidas o acaso olvidadas en atención a la ingesta de alcohol y horas de ensueño que rodeó el hecho y tuvo como constante al grupo.

He dicho en otros precedentes que en materia probatoria, se requiere que el contenido de la declaración de la persona que concurre a un debate, se circunscriba a lo advertido por alguno de sus sentidos en forma personal y sin intermediarios, a fin de no romper la conexión entre el sujeto que percibió viendo o escuchando, y el objeto de la percepción que se pretende probar. Ello así, básicamente, tanto para que la contraparte pueda contra examinar la versión traída al Tribunal que debe juzgar, como para que este pueda corroborar la credibilidad de dicha versión por parte de quien la da.

No solo es posible sino muy común que los testigos confundan o duden de ciertos detalles que integran una situación traumática como lo es la que ventilara en el debate, y recuerden sin dudar otros elementos. No es que se le crea algunas cosas y otras no, es que se considera posible y razonable que conserven en su memoria algunos detalles, los nucleares, sobre otros, de contexto.

4.2 Ahora bien sabido es que el artículo 119 de nuestro Código Penal reprocha el abuso sexual simple, el abuso gravemente ultrajante y el abuso sexual con acceso carnal. Esta última fue la figura por la que fuera condenado L., y por la que la defensa se agravió en concreto, atacando la errónea interpretación de los magistrados en cuanto a las evidencias que habrían

acreditado la introducción del órgano sexual del encartado en la víctima.

Veamos. Según los votos de los jueces, tenemos como hechos ciertos y probados que nos servirá como base del análisis:

- que L. ingresó a la vivienda de M. supuestamente para utilizar el baño, que se demoró, mientras que en el interior de la casa estaba F. muy ebria y dormida en una cama;

- qué Y. M. ingresó y lo sorprendió al imputado semidesnudo encima de su amiga, moviéndose;

- que L. no cesó en su accionar hasta que finalmente se levantó los pantalones al momento que ingresó el hermano de la víctima a la habitación.

- Que fue encontrada la bombacha de la víctima con semen, de cuyo análisis se confirmó la presencia de ADN de L..

Si repasamos los fundamentos del fallo con horizonte en este punto, colegimos que los elementos tenidos en cuenta por los jueces para tener por certeramente acreditada la penetración fueron la declaración de M., y la pericia realizada sobre la ropa interior de la víctima, en la cual existía ADN del encartado.

Tras evaluar meticulosamente el caso, debo decir que el resultado de la pericia mencionada, no lleva inexorablemente a concluir como única forma posible de justificar la presencia de semen del acusado en la prenda íntima de la víctima, que haya habido penetración.

Como sugiere la defensa, existen otras hipótesis tan valederas como lógicas, que pueden justificar ese presupuesto fáctico, y que compiten con la misma idoneidad para arribar a idéntico resultado. El roce del órgano sexual contra el cuerpo de la víctima, su auto masturbación, etc, son supuestos que pueden justificar la presencia del semen de L. en la bombacha de la víctima.

Por ello, que el fluido seminal haya precipitado sobre la prenda luego del acceso, como sostuvo el

tribunal al momento de notificar su veredicto, no acredita a modo de *si y solo si*, el agravante de la figura básica.

Los jueces adicionaron a ésta pericia, el testimonio de M., que en lo medular de su declaración, al ser interrogada concretamente por la psicóloga si cuando vio al "P." (L.) sobre F. (V.), lo vio acostado o que la estaba penetrando sexualmente, la adolescente dijo que sí, que "*la estaba eso*".

La doctora S. interpretó que la joven se refirió a penetrar, aunque por evidente pudor evitó repetir la palabra (ver foja 159), el doctor M. descartó dudas del hecho a través de este testimonio, quien describió pormenorizadamente el mismo (ver foja 171), al igual que el doctor P., que correlacionó lo declarado por la joven, con la pericia de ADN (ver foja 178).

A la escucha del testimonio de M., yo coincido con el *A-Quo*: la adolescente dijo que vio a L. penetrar sexualmente a la víctima.

Enseña Caferatta Nores en cuanto al análisis de la sinceridad del testimonio, que "*… será necesario, además, luego de la valoración individual de cada testimonio, cotejarlo con el resto de las pruebas reunidas, a fin de lograr una correcta evaluación de su eficacia probatoria….*" (La prueba en el proceso penal, pag. 123). Lino Palacio, a su vez dice "*que en la mayor parte de los casos la prueba testimonial se relacione con el resultado de las restantes pruebas producidas en tanto ese criterio contribuye a la adecuada valoración de la primera*" (Palacio, "La prueba en el derecho penal", pág. 125, con cita de Fenech, Derecho…, t. I, pág. 692).

Considero que la declaración de M. sin dudas permite arribar a una certeza de abuso sexual simple, y a un indicio de abuso sexual con penetración. ¿Por qué?, porque lo descripto en su testimonio puede basarse en un error de interpretación, al ser posible confundir acceso con el movimiento del encartado sobre F., y porque aún

cuando estuvo semidesnudo y semidesnuda F., pudo L. eyacular sin penetrar y manchar la bombacha.

¿Es idónea la declaración de M. para presumir acceso carnal?, si es idónea. ¿Es suficiente para probar el acceso?, no, es un indicio, al que si adicionamos el resultado del ADN, no se arriba a un estadio de certeza mas allá de toda duda razonable.

Invade como interrogante a este revisor, ¿entonces el agravante del tipo básico del abuso se encuentra acreditado?. Creo que no, porque el testimonio de M. es el único elemento probatorio que habla de penetración, la víctima no lo dice ni sugiere, no hay otros testigos que hablen de él, no existen constancias en su cuerpo u otra prueba que permita deducirlo, y como ya vimos, el ADN en la prenda de V. puede tener otras premisas que justifiquen su presencia allí.

4.3 El recurso de la defensa ha logrado jaquear así, la agravante de la figura básica de la teoría del caso fiscal que fuera hecha lugar por el A Quo. Es por ello que entiendo corresponde imponer el cambio de calificación legal de la sentencia por el de abuso sexual simple del articulo 119 del código penal, en la convicción que con ello no se afecta la garantía de defensa en juicio, ni el principio la congruencia, toda vez que la calificación legal que se propugna es más leve (se trata de figuras progresivas), y que no varían los presupuestos fácticos ni la evidencia de la teoría del caso.

Por todo lo dicho, voto por imponer el cambio de calificación legal de la sentencia por el de abuso sexual simple del artículo 119 del código penal, remitir la carpeta a la Oficina Judicial para que asigne fecha y hora de audiencia para sustanciar la pena que de acuerdo al tipo penal recalificado, se justifique imponer al imputado.

5 Propongo a mis colegas imponer las costas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la

labor llevada a cabo en esta etapa, en la suma de VEINTICINCO (25) JUS (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-15, antes decreto ley 2.200, y art. 59 de la Ley V, Nro. 139. Así lo voto.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Que llega este caso a la Cámara revisora a instancias del Sr. Defensor Juan Manuel Salgado, representante técnico de J. G. L., quien impugna la sentencia por la cual su asistido fuera condenado por encontrárselo autor material y responsable del delito de Abuso sexual con acceso carnal, del art. 119, párrafo tercero, Cód. Penal.

2.- El primero de los agravios se refiere a lo que llama "la introducción de una prueba en el debate que no había sido ofrecida oportunamente" por la fiscalía y que el Tribunal accedió a su requerimiento. Dice el quejoso que en la acusación la parte acusadora acompañó el informe pericial y en un punto de aquella, donde se refería a los testigos, no solicitó la declaración del que firmara el informe pericial de ADN.

De allí, aduce la falta de imparcialidad del tribunal quien no tiene atribuciones para suplir los errores de las partes en el ofrecimiento de pruebas y, en segundo lugar, dice que el supuesto error de la fiscalía en no ofrecer al testimonio del Dr. B. en la audiencia, tuvo efectos procesales reales en detrimento de la Defensa, de modo que no se trató de una formalidad que se podría arreglar en el debate, puesto que esta Defensa al ver el tenor de la acusación, el tenor de la prueba ofrecida, no ofreció otra posibilidad, otra contraprueba para cuestionar o poner en duda el informe pericial.

3.- En primer lugar, es necesario recordar *"la forma en que debe rendirse la prueba pericial en juicio"... "la regla básica es que ella consiste en la declaración que en juicio presenta el experto, sin que ella pueda ser reemplazada, sustituida o complementada por declaraciones previas, registradas en actas o por su*

informe pericial escrito, salvo las excepcionales regulados por el propio Código”, lo que significa que *“...si el perito no va a juicio, por lo que no explica en la audiencia su peritaje, y no se somete a las preguntas de examen directo y contraexamen de las partes –y, eventualmente, a las preguntas aclaratorias del tribunal– no se dispone prueba pericial que pueda ser valorada* (Duce, Mauricio J.; “La prueba pericial”, Didol, pag. 100 y ss).

Va de suyo, entonces, que quien propone en la audiencia preliminar una experticia por escrito, está ofreciendo, en realidad, y aunque por un error material olvide consignar su nombre en la lista de testigos, la citación del perito a la audiencia para explicar su labor.

4.- No quiero decir con esto que sea saludable que no se incluyan detalladamente las pruebas de que se va a servir el acusador, pero dar a ese error material la entidad de violación al derecho de defensa, cuando se encontraba advertido de dicha circunstancia desde el momento que fuera notificado de su producción, descarta la “sorpresa” aludida por el quejoso.

Tal como han dicho los jueces del debate al inicio del mismo “*no es razonable alegar sorpresa en este momento cuando la defensa intervino en toda la etapa preparatoria, fue notificada de todas las etapas de la pericia en su momento. Hoy evidentemente las partes tienen conocimiento del informe pericial y saben sobre lo que el perito puede declarar o va a declarar o podría declarar y la defensa entonces podrá contraexaminar al perito en la misma audiencia de debate...”.*

5.- Sentado ello, tampoco puede atacarse la resolución por haber sido oralizada por uno solo de los jueces, a la sazón la Presidente, ya que no se trata de las sentencias que por imperio constitucional requieren el voto individual de cada uno de los magistrados, sino que, por ser una resolución interlocutoria que pone fin a una incidencia acerca de la admisibilidad o no de una

evidencia, es dable manifestarla como se hizo, producto que fue de previa deliberación, resolución unánime y acabadamente fundada en su contenido (ver art. 169, C.P. y 25, C.P.P.).

6.- Tampoco se puede atender la queja encaminada a fulminar con nulidad el secuestro de la prenda interior de la víctima, tal como se pretende.

Han resuelto la incidencia de manera correcta los jueces del debate, en la audiencia del día 13/2/17 (hora 12.22 del registro), en el sentido que el elemento peritado fue secuestrado por los médicos intervinientes en el examen de la niña, luego de su entrega voluntaria por su parte, de lo que da cuenta el acta de fojas 3, dando cuenta del desarrollo del acto el Dr. H. en el debate, por lo que se ha cumplido acabadamente con las mandas de los arts. 130 y 178 del ritual.

7.- Desarrolla luego su segundo agravio, en lo que considera una valoración arbitraria y sesgada de la prueba, en lo que respecta a la declaración de autoría de su cliente.

Aduce que el Tribunal se basa fundamentalmente en dos pruebas para obtener su certeza de que existió abuso sexual con acceso carnal. Una de estas pruebas es la declaración de Y. M., una joven que no declaró bajo juramento, o sea, cuya mentira no tendría sanción penal, y que además estaba en un estado de ebriedad notorio al momento de los hechos que dice recordar y la declaración de I. V. de quien el Tribunal no ha tomado las contradicciones entre ambos.

Además, apunta el Defensor que la supuesta víctima fue revisada por el CMF, no se encuentra ningún rastro de violencia o de fuerza o de algún tipo de penetración, no se encuentra ni si quiera rastro de ADN en el hisopado vaginal y esto tampoco es valorado en la sentencia.

Respecto al hallazgo de material genético del Sr. L. en la prenda íntima de F. V., el tribunal dice que esta es la única explicación lógica es que haya habido penetración, y eso no es cierto, no es la única

explicación lógica, basta suponer la hipótesis que no fue imputada, de abuso sin acceso carnal o de eyaculación entre las piernas de la víctima, para ver que no es la única explicación lógica.

8.- Puesto a resolver este agravio, debo principiar la faena estableciendo, desde ya, que lleva razón el recurrente en su apreciación de que no es la única hipótesis plausible la que admiten los jueces de la sentencia como certera.

Por el contrario, la existencia de material genético en la bombacha de la niña, no indica, necesariamente, que hubiera existido penetración.

Si bien pueda ser, en la mayoría de los casos, y con otros indicios que así lo apontoquen, evidencia de acceso vaginal o anal, no menos cierto es que puede ser también el producto de un *coito inter femora* o de cualquier desfogue libidinoso imperfecto.

Esta mera posibilidad, para nada incompatible con la versión que brinda de los hechos la testigo M., quien observa al imputado sobre la niña víctima, en una postura de manera inconfundiblemente erótica, sin ropas, hace que deba dirigirse la mirada hacia otra de las figuras previstas en el capítulo de los delitos contra la integridad sexual.

9.- En efecto, sabido es que el mismo dispositivo legal seleccionado (art. 119, C.P.) prevé tres figuras de neto carácter progresivo: en primer lugar, el abuso sexual simple, que implica cualquier clase de tocamiento o acercamiento erótico sobre otra persona; luego, el abuso gravemente ultrajante que requiere, además de todos y cada uno de los elementos típicos del primero, la entidad ultrajante y generadora de sometimiento a la víctima; por último, si este acercamiento sexual implica acceso, la introducción del órgano sexual masculino en las vías enumeradas taxativamente luego de la reforma de ley 27352 (26/4/17), nos hallaríamos ante la figura de Violación seleccionada por los sentenciantes.

De no acreditarse este última, como se dijo, debemos retrotraer el análisis a la de la figura básica, abuso sexual, no afectándose un ápice el principio de correlación entre acusación y sentencia, toda vez que se trata de figuras progresivas.

"El tipo básico, en la nueva estructura de la ley, es el abuso sexual con fuerza e intimidación, esto es, la agresión sexual, y sobre éste se van agregando los demás incisos regulados ahora como formas calificadas o agravadas de la conducta que conllevan mayor pena..." (Donna, Edgardo A.; "Delitos contra la integridad sexual", Rubinzal-Culzoni, 2000, pag. 19).

10.- En ese marco, es dable recurrir a la declaración de M. quien en lo sustancial dice que observa *"al P. que le había sacado el pantalón a F., viste?, la ropa, todo y le había subido la remera así para arriba, y yo cuando lo veo así me quedo, así como que no me podía mover y después cuando lo veo así lo saco de encima y… claro, el estaba desnudo arriba de F., y estaba ahí y yo lo saqué de encima, viste?, así que cuando iba saliendo para el pasillo a la cocina, iba entrando el hermano, el I. y yo ya me había largado a llorar yo por lo que vi, viste?, y ahí I. se enojó y le preguntaba qué hizo, qué hizo..."*.

Y más allá de su interpretación personal de que estaban haciendo "eso", a preguntas de la interrogadora, que en soledad no pueden ser tenidas como acreditación de la penetración, lo cierto es que coincide con los recuerdos, pobres por ciertos, que retuvo en su memoria la víctima.

En efecto, ha dicho F. V. que "*no sé si fue un sueño o que tuve, pero, que yo me acuerde, así como que me tocaban y que no veía nada porque es la casa de Y. y Y. no tiene luz en su casa, ...estaba todo oscuro...*" que recuerda que alguien la tocaba y que "*yo quería salir y no podía…*" porque alguien estaba encima suyo.

11.- Si a ello sumamos la presencia de semen en la bombacha de la niña, mas ningún vestigio de material

genético en la cavidad vaginal, es dable acreditar, como hipótesis plausible de alto contenido probabilístico, rayano en la certeza, que el acto sexual ("eso", según la testigo) haya quedado en un desahogo sensual imperfecto del que no se puede acreditar (sin lugar a dudas) el coito.

12.- Que a pesar de la lógica en el razonamiento de la Jueza S., para llegar a la materialidad, no puede compartirse que M. *"es la única que vio el preciso momento en el que L. se encontraba con su miembro viril dentro de su amiga moviéndose"* (fojas 159), toda vez que se basa en una afirmación de la testigo basada exclusivamente en la sensación que le causó lo observado, pasible de otra interpretación alternativa.

Tampoco puede compartirse, con el Juez M., que *"Millanauel fue testigo directo del episodio y describió pormenorizadamente el mismo"*, por lo que ya se dijo, ni que sea determinante la apreciación de *"la perito psicóloga, quien ha evaluado su testimonio considerando al mismo creíble, además de dictaminar que la joven presentaba una sintomatología compatible con una situación de abuso sexual",* toda vez que también es compatible con la sintomatología de cualquier ataque sexual, incluso el que se selecciona en mi voto (Dr. M., fojas 171).

Por último, el Juez P., ha hecho hincapié en que *"la penetración del órgano sexual del acusado dentro de la cavidad vaginal de la víctima, se acredita con la declaración de Y. M., quien al ser preguntada por la Lic. F. sobre este punto, esto es si L. la estaba penetrando sexualmente a F., contestó afirmativamente, agregando que aquél se encontraba desnudo encima de F. y se movía"*, a lo que cabe la misma puesta en duda que referí antes y, a la conclusión que *"tiene su correlato en la existencia de esperma del acusado en la bombacha de la víctima"*, cuya única explicación sea *"que el semen haya precipitado sobre la bombacha al momento en que ésta entró nuevamente en contacto con la zona vaginal de*

la joven a posteriori del ataque sexual", le es posible enfrentar otra hipótesis plausible, cual es, que el imputado haya eyaculado fuera de la cavidad (al no registrarse presencia de semen en su interior) y que el contenido vaya a depositarse sobre la bombacha que estaba en el suelo.

13.- Si a todo ello adosamos la explicación del médico forense, A. H., en el sentido que no se encontraron lesiones en zona vaginal o esfínter y que no se encontró semen en las muestras del saco vaginal, explicándose o por el uso de preservativo –no acreditado- o en la eyaculación fuera de la vagina, la versión hipotética que vengo esgrimiendo aparece cada vez más sólida.

14.- Ello así, corresponde revocar la sentencia venida en crisis, en lo que respecta a la calificación jurídica escogida, sin perjuicio de la confirmación de lo que respecta a la autoría responsable del incuso, debiendo remitir los folios a la Oficina Judicial para que, asegurando el contradictorio y luego de producirse prueba al respecto, se justiprecie nuevamente la pena a imponer de acuerdo a la subsunción por la que se acuerda en el presente pronunciamiento.

15. En punto a la imposición de costas y regulación de los honorarios, comparto y adhiero a la propuesta del Dr. Alejandro Gustavo Defranco.

Así lo voto.

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la sentencia condenatoria, agraviándose porque ella se basa en pruebas no ofrecidas, como la pericial en la que consta la existencia de una prenda íntima con semen del imputado, y en pruebas testimoniales contradictorias. Asimismo, cuestiona el monto punitivo afirmando que los antecedentes penales no deben tomarse como agravantes en el tema, sino como atenuantes, puntos todos que analizaremos ahora.

2. En cuanto al primer agravio, debemos explicitar el marco teórico constitucional-legal del cual partiremos para encuadra la decisión. Así, un concepto elemental sobre la prueba pericial nos lleva a considerar conforme doctrina y jurisprudencia consolidada, tanto en materia penal como en otras, que perito es aquella persona que arrima información al proceso sobre hechos para cuya interpretación son necesarios determinados conocimientos especiales sobre una ciencia, arte, técnica u oficio. Pero, con ser tal requerimiento imprescindible, no es propio del perito pues también un testigo que percibió el hecho en forma espontánea puede tener conocimientos especiales que no tiene un lego, y puede aportar ello al proceso, como sucede si el que observa un accidente de tránsito es un piloto de carreras de automóviles y depone sobre la velocidad de los coches o un médico de cabecera que presencia una operación quirúrgica que él no realiza. En ambos casos serán peritos, en cambio, serán testigos expertos si no presenciaron los hechos y son convocados por la autoridad judicial para que calculen la velocidad conforme sus conocimientos o dictaminen sobre el cumplimiento de las reglas de la medicina, serán peritos.

En suma, como puede observarse no son los conocimientos especiales sobre alguna ciencia, técnica, arte y oficio lo que necesariamente diferencia un testigo de un perito, sino la circunstancia de que es llamado a aportar sus conocimientos por la autoridad judicial sobre un hecho que no observó, presenció o percibió en origen. Asimismo, para diferenciar a los testigos comunes o legos que percibieron el hecho, de aquellos que, además, tienen conocimientos especiales, se los denomina a éstos últimos como testigos expertos, los cuales, por otra parte, serán más relevantes que los primeros en cuanto a la calidad de la información. *(Cfr. MAIER, J.B.J., Derecho Procesal Penal, parte general, actos procesales, Tomo III, Ed. Del Puerto, Bs*

As, 2011, págs. 147-149; CAFFERATA NORES, J.I- HAIRABEDIAN, M; La prueba en el proceso penal, Abeledo Perrot, Bs As, 2011, págs. 75-76; y DUCE, Mauricio J., La prueba pericial, ediciones Didot, Bs As, 2013, págs. 29-36).

Sentado lo anterior, corresponde recordar que nuestro código procesal penal recoge en el artículo 196 la distinción referida, cuando en el segundo párrafo expresamente dispone que no regirán las reglas de la prueba pericial para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente aunque utilice para informar las aptitudes especiales que posee en una ciencia, arte o técnica, disponiendo en forma textual todo ello, amén de consagrar en forma expresa que, en tal caso, regirán las reglas de la prueba testimonial.

Conforme lo señalado, cada prueba tiene su propio régimen en cuanto a su ofrecimiento, admisibilidad, producción y valoración, sobre los cuales no corresponde explayarnos en detalle, pero sí detenernos en el ofrecimiento y admisibilidad. En este punto, va de suyo que tanto la testimonial como la pericial deben ser ofrecidas oportunamente como tales por las partes en forma expresa antes de la audiencia preliminar o, eventualmente por la defensa durante su transcurso, puesto que de lo contrario, ni siquiera puede entrarse a analizar su admisibilidad o no. Por ejemplo, si quiero ofrecer la prueba pericial deberé acompañar no solo la documental donde consten las conclusiones del perito y todos los métodos que utilizó para llegar a ellas, sino ofrecer expresamente como prueba al perito responsable, puesto que, sabemos, no puede estimarse producida la pericial, sino a través de la declaración de éste en el debate sobre lo ya dictaminado, para que la contraparte pueda controlar la información. Todo ello es determinante por la importancia liminar de la pericial, ya que ésta aporta elementos que ni las partes ni los jueces pueden interpretar debidamente, por lo que la

posibilidad de la contraprueba idónea resulta fundamental para no quedarnos con una sola perspectiva que la defensa rechaza.

3. Con tan claros y contundentes conceptos doctrinarios y legales es que debe decidirse el agravio que tratamos, dándole razón a la defensa por haberse incumplido aquí las reglas elementales de ofrecimiento, admisión y producción de una prueba de cargo importante, cuya posibilidad de refutar mediante una contraprueba semejante fue privada la defensa, punto no salvable con la sola afirmación de que podría haberlo hecho pues nada lo impedía, ya que forma parte del derecho de defensa justamente aprovechar los errores de cualquier tipo en que caiga la acusación para favorecer a su defendido, lo que descarta de plano cualquier afirmación sobre la existencia de mala fe por su parte. En efecto, no puede entenderse la deposición del Dr. B. en el debate como producción de la pericial, puesto que no fue ofrecido su testimonio como tal, pero tampoco como testigo, ni común ni experto, toda vez que no solamente no fue nunca ofrecido su testimonio, sino que tampoco conoció espontáneamente el hecho. Ello así, deberemos descartar para su valoración en la sentencia tanto el dictamen como la declaración del señalado en el debate.

4. Entrando ahora al análisis de las probanzas cargosas que la sentencia trae para apoyar la autoría por parte del condenado, debemos comenzar por el testimonio de la víctima. En este orden, F. V., si bien no recuerda en detalle toda la acción desplegada por el imputado sobre su cuerpo debido al estado de intoxicación alcohólica que portaba, afirmando que no sabe si fue real o un sueño, tiene reminiscencias basadas en sensaciones físicas, tales como que la tocaban en un lugar oscuro y que prendían la luz, que estaban encima suyo y que no podía salir por esto de tal situación, escuchando que le decían que no diga nada. Estos recuerdos fragmentarios, conforme el

psicodiagnóstico de la licenciada P. F., son compatibles con una amnesia producida por el cuadro de intoxicación reseñado y creíbles, a lo que hay que agregar que la joven presentaba, conforme la licenciada, una sintomatología compatible con un abuso sexual.

Sobre éste último punto, cabe agregar los testimonios de su amiga Y. M., quien desde el primer contacto con los preventores, tales como J. y A., sostuvo que su amiga F. había sido agredida sexualmente por L. Concretamente afirma la testigo que al entrar al dormitorio donde se encontraba dormida la víctima, observa a L. con el pantalón bajo, semidesnudo y con su remera levantada, como también a F., semidesnuda, sin el pantalón y con la remera subida, agregando que L. estaba encima de ella con movimientos similares a un coito y que la observa a ella, pero siguió con su acción, motivando que tenga que darle una palmada en la cabeza para que desista, se levante de la cama y se vaya rápidamente subiéndose los pantalones, hecho éste último observado por I. V. que en ese momento ingresaba a la habitación, preguntando qué había sucedido. Ante la pregunta para que aclare si el imputado estaba acostado encima de F. o si también la estaba penetrando, contesta " sí, que la estaba.., eso", agregando que L. estaba alcoholizado, como todos, por la forma de caminar. En este punto, es obvio que no alcanza tal testimonio genérico para tener certeza sobre la acción de penetración, pues no solamente no se le preguntó en forma más específica sobre el punto o sobre las razones mínimas de esa conclusión, sino porque no debemos olvidar que estamos ante el testimonio de una joven de quince años de edad con nula o poca experiencia sexual como para inferir semejante conclusión.

Asimismo, el citado I. V., hermano de la víctima, relata que su hermana se había quedado dormida, por lo que la acostaron en la cama y luego discute con L., decidiendo irse para su casa, pero se arrepiente y

vuelve, rompe la puerta y entra al dormitorio, lugar en que observa al imputado levantándose los pantalones y saliendo apurado, mientras su hermana se encontraba cruzada en la cama, con la parte de abajo desnuda, mientras Y. lloraba y L. y Z. tiraban piedras hacia la casa, por lo que toma un cuchillo para dirigirse a la casa del agresor- el P. L., dice- pero no llega pues es interceptado por la policía.

Asimismo, del examen ginecológico de la víctima y declaración de los responsables en el debate, Dres. G. y forense H., surge que la víctima no presentaba signos de violencia alguna, ni anal ni vaginal, observándose una escoriación en la rodilla, agregando que no hubo ejercicio de violencia ni resistencia por parte de la víctima. Asimismo, el forense fue requerido acerca de la falta de semen que presentaba el interior de la vagina, explicando que ello puede deberse a varias cosas, entre ellas por el uso de preservativos o eyaculación afuera de la cavidad femenina, agregando que el alcohol compromete seriamente toda la acción motriz, intelectual y es un inhibidor y depresor respecto de la actividad sexual masculina para la penetración.

Todo el cuadro probatorio señalado es más que suficiente, a mí entender, como para sostener que hubo una agresión sexual sobre el cuerpo de la víctima, no consentida por ésta. En cuanto al consentimiento, cabe descartarlo, además, de plano, porque poseía en tal momento, debido al alcohol, un estado del que no es posible evaluar y asentir con la información necesaria como para ser considerado libre y voluntario.

Asimismo, los testimonios directos de la víctima y de su amiga M. sobre las acciones con contenidos libidinosos realizados por el condenado, completado con la observación concorde señalada por I. V., deben ser valorados como prueba indubitable de lo narrado.

5. Sin embargo, todo ello prueba un abuso o agresión sexual, pero éste recepta en el artículo 119, tres clases del mismo: en el primer párrafo, el

denominado abuso sexual simple, que queda consumado con actos libidinosos sobre la víctima sin que ésta preste su consentimiento, igual que en el caso del abuso sexual gravemente ultrajante que, además, requiere, por su duración o circunstancias de realización un plus de humillación, pero siempre que no se llegue al acceso carnal, caso en el cual, sea simple o gravemente ultrajante, se transforma, en los mismos casos, en violación.

Como puede observarse, hasta aquí tenemos por probado un abuso sexual simple, toda vez que no puede sostenerse seriamente en el caso que hubo penetración o acceso carnal. Esto es así, porque no solamente no existe prueba alguna de ello, sino que inclusive, puede sostenerse una contraprueba contundente indiciaria de tal extremo, que viene conformada tanto por la falta de violencia constatada, como por el hecho cierto del estado de alcoholismo que tenía el imputado y del cual puede inferirse con probabilidad, la falta de erección. En este sentido, recordemos una regla básica en materia de reconstrucción de los hechos a los fines de determinar su falsedad o verdad: aquella que reza que para estimar como prueba de cargo alguna evidencia se necesita certeza, en cambio para refutar o contraprobar basta con que ésta sea probable, debiendo considerarse la tesis acusatoria sobre tal evidencia, refutada sin más por la defensa. *(Cfr. FERRAJOLI, Luigi; Derecho y Razón, Ed. Trotta, Madrid, España, 1995, págs. 147- 152, especialmente págs. 150-151).*

6. No obstante todo lo anterior, corresponde analizar desde el punto de vista jurídico si el cambio de calificación legal es posible, aún cuando sea más leve que la condena, como aquí se viene evaluando, punto en el que nos detendremos ahora para analizar si con ello no afectamos la garantía de defensa en juicio, especialmente la congruencia entre los hechos por los que fue acusado y por los que se lo condena en definitiva.

En este trance, en principio, la congruencia no se afecta, si el tribunal da una calificación legal distinta más leve, en tanto no cambie la base fáctica, es decir, en tanto los hechos por los que se quiere condenar, encajen en un todo en los hechos por los que fue acusado, aceptándose mayoritariamente ello en el principio "*iura novit curia*", que permite, en tanto no se cambien los hechos imputados, una calificación distinta de la acusación.

Con este razonamiento podemos afirmar que un abuso sexual simple viene a fungir como el tipo básico respecto de la violación, puesto que ésta última supone el acto libidinoso máximo de afectación del mismo bien jurídico, libertad sexual de la víctima, por lo que, conforme al principio de subsidiariedad, al desaparecer la violación, renace lo subsidiario, como ocurre en otros casos con la tentativa respecto de la consumación o con la participación respecto de la autoría. Así, se afirma, en estos casos existe una interferencia por progresión, conforme al cual siempre se aplica la figura más grave en caso de acciones progresivas afectantes del mismo bien jurídico, por lo que si no opera la más grave, cobra virtualidad la inmediata más leve. *(Cfr. ZAFFARONI, E.R., Derecho Penal, Parte General, Ediar, Bs As, año 200, pags. 830-834, especialmente pags. 833-834).*

Sin embargo, nuestro código siguiendo otras normativas nacionales y extranjeras, pone un coto al principio señalado, estableciendo que en el caso de que el tribunal quiera cambiar la calificación legal por una más grave deberá advertir de ello al imputado para evitar, precisamente, los casos en que un cambio de perspectiva jurídica pueda sorprenderlo. Esta es la razón del artículo 332 que obliga al tribunal a advertir sobre el punto al imputado, quien puede ejercer los derechos que el mismo consagra, especialmente peticionar la suspensión del debate y otros. En cambio, cuando se trata de dar una calificación más leve debe el tribunal proceder de la misma forma solo en el caso de que haya

existido la imposibilidad de haber resistido en concreto los hechos calificados legalmente como más leves. Esto implica, en nuestro caso, necesariamente que se hayan discutido y probado los actos libidinosos consistentes en estar con los pantalones bajos el imputado, sobre la víctima semidesnuda y realizando movimientos que entrañan un símil de penetración. Si puede contestarse afirmativamente esto último, como lo hicimos, no se viola para nada la congruencia, conforme las razones que hemos expresado.

7. Sentado lo anterior, corresponde revocar la sentencia impugnada, recalificando el hecho como abuso sexual simple aprovechándose que la víctima no pudo consentir libremente la acción (art. 119, 1er párrafo del C.P.), cometido por L., en carácter de autor, debiendo volver la causa al tribunal competente a los efectos de que se efectúe el juicio sobre la pena, garantizando así el eventual doble conforme sobre el punto.

8. En orden al modo de imponer las costas y los honorarios que corresponden regular, hago propia la propuesta del vocal que lidera el acuerdo. Así lo voto.

De conformidad con los votos precedentes, por unanimidad esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) **Rechazar** la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado J. G. L., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) **Confirmar parcialmente** la sentencia nro. 453/17 dictada en fecha 01/03/17, modificando la calificación impuesta al hecho atribuido, el que queda subsumido en el delito de abuso sexual aprovechando que la víctima no pudo consentir libremente la acción (arts. 119, 1er. párrafo del Código Penal);

3) **Disponer** el reenvío del caso para que, de manera inmediata, el tribunal que corresponda decida la

pena a aplicar de conformidad con lo dispuesto en la presente (art. 387 CPP);

4) **Imponer** las costas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP), regulando los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la cantidad de VEINTICINCO (25) JUS por la labor desarrollada en esta instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII N°15 –antes decreto ley 2.200 y art. 59 de la Ley V-90, antes Ley 4920);

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Omar Florencio Minatta

Alejandro Gustavo Defranco **Roberto Adrián Barrios**

Registrada con el Nro.: 54/2017 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

Carlos Enrique Pedelaborde

Secretario de Cámara