En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 13 días del mes de Junio del año dos mil diecinueve, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, integrada por los doctores Roberto Adrián Barrios, Alejandro G. Defranco y D. Luis M. Pintos, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados “P., B. L. s/denuncia en representación de MML” (Carpeta N° 6102 Ofiju Rw-Legajo 10455 MPF), con motivo de la impugnación interpuesta por el Sr. Defensor Particular, Dr. G. I., en representación del imputado M. A. G., contra la sentencia dictada en fecha 27/12/18 por el Dr. G. D. C., registrada bajo el N° 929/2018. En la misma se falló CONDENANDO a M. A. G., de las demás circunstancias personales, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, agravado por su condición de persona encargada de la educación -dos hechos en concurso real- (arts. 119 primer párrafo, y cuarto párrafo inciso b) del mismo artículo, 45 y 55 del Código Penal) a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas del proceso (arts. 12, 26 inc. 3, 40 Y 41 del Código Penal), por los hechos ocurridos en la ciudad de Buenos Aires, el día 28 de octubre del año 2014 y una semana antes aproximadamente en la ciudad de Rawson, Provincia del Chubut, en perjuicio de M. M. L.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 28/05/2019 en sede de este tribunal intervinieron el imputado M. A. G. -demás circunstancias obrantes en autos-, acompañado de su Defensor de confianza, Dr. G. I.; por el Ministerio Público Fiscal compareció el Dr. Fernando Rivarola, Fiscal Jefe de la Circunscripción Judicial Rawson.

En el desarrollo del acto el Defensor hizo remisión -para sintetizar su posición- a su presentación escrita de fecha 08/01/19 contra la sentencia de condena, como asimismo a las alegaciones efectuadas al momento de concluirse el Juicio Oral, ya que en ambos casos se indicaron las razones de la sentencia pretendida.

Efectuó críticas puntuales, señalando que en el apartado 5to. de su escrito mencionó que en la Audiencia Preliminar de fecha 24/07/18 presidida por el Dr. Marcelo Nieto Di Biase, se le impidió incorporar prueba testimonial; Que durante el inicio del Juicio Oral se reeditó el planteo, explicando la conveniencia de la convocatoria de los testigos propuestos por la Defensa para controvertir la acusación y para el desarrollo de la etapa de cesura de pena, siendo nuevamente rechazado por razones de extemporaneidad. Explicó el Defensor que en la jurisdicción de Comodoro Rivadavia, la Cámara y los jueces de garantías admiten la incorporación de prueba en la Audiencia Preliminar, dado que el art. 294 del C.P.P. no establece un plazo de caducidad al señalar que la Defensa "podrá" ofrecer la prueba en su apartado 7mo. (amplió sus fundamentos conforme registro de audio y citó el art. 82 ap. 3ro. del C.P.P. entre otras normas).

Continuando sobre el punto destacó que el Fiscal no tuvo actividad probatoria durante la etapa preparatoria, por lo cual el caso quedó dotado solo de validaciones de pruebas realizadas en una jurisdicción distinta, con un código procesal del lugar, por lo que aquí no tienen alcance probatorio. En este contexto señaló que, al declarar, M. afirmó que la víctima no tenía secuelas producto del hecho; F. que la víctima había contado una serie de episodios y que después no quería contarlos, al punto que la tuvieron que convencer para ir a declarar. Finalmente agregó que la víctima no solo no evidenció ningún menoscabo en su comportamiento por entonces, sino que salió segunda en la competencia en curso.

Recordó que esa parte instaló como teoría del caso que G. era integrante de la delegación a cargo del cuerpo de profesores, que brindó masajes a la menor y esta le dio una trascendencia que no tuvieron, por lo que era necesario algún tipo de prueba

que avale la versión de la acusadora, dado que en Rawson lo ocurrido sucedió en presencia de al menos 5 testigos que no fueron convocados, que eso explicó el requerimiento de la Defensa tendiente a la concreción de un juicio justo y respetuoso de sus garantías para el imputado. El ofrecimiento de testigos, insistió, fue rechazado tanto por el Juez de la Audiencia Preliminar como por el Juez de Juicio (amplió).

Continuó el Defensor diciendo que otro punto central del recurso es la inclusión de la agravante "encargado de la educación" del art. 119 del Cód. Penal, que no se verificaba en los hechos ni en el derecho. G. concurrió con el contingente en calidad de docente regente de los profesores y sin vínculo con los alumnos. El razonamiento del Magistrado al dictar sentencia es que la agravante debe existir al momento de verificarse la comisión del hecho y eso no se probó, dando lugar a un posicionamiento del Juez que confrontado con la prueba resultó errático y arbitrario, incluso mejorando el caso del fiscal al recurrir al Iura novit curia para aclarar la equiparación efectuada por el acusador de los conceptos educador/guardador, excusándose en que la Defensa quedaba a salvo del yerro por haberse expedido en relación a la agravante "por la condición de educador". Así, el Juez ante una Defensa minuciosa colocó al imputado en peor situación que la provocada por la acusación Fiscal, por lo que la sentencia no fue respetuosa del principio de legalidad, debiendo extirparse la adecuación de la agravante.

Otro tópico que indicó nuclear resultó el de dosificación de la pena. Afirmó que la condena contiene una sobrecarga de 2 años en el mínimo por la inclusión de la agravante, pero más allá de eso no funda en el art. 41 cuáles son las agravantes, diciendo solamente que tiene en cuenta la personalidad del autor, que no dice cuál es, la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla, con lo que incluye un nuevo punto de referencia con respecto al grado del ilícito, al igual que las circunstancias de lugar, modo y ocasión, pero no dice cuáles son, siendo tan vaga su relación con la pena que impedía resistirla; en este punto aclaró que como se desconocía la pena que se iba a dosificar, quería reforzar tal aspecto,

porque no formó parte de la resistencia que se efectuó contra la acusación. Como atenuantes se valoró la ausencia de antecedentes penales previos y el buen concepto logrado como profesor de yudo. Partiendo de la base que la pena es de cumplimiento efectivo, no se respetó el principio de proporcionalidad.

Concluyendo se refirió a la declaración de imputado citada en la sentencia, pero omitida en su valoración, acogiendo únicamente la teoría del caso Fiscal, lo cual no alcanza para tener por válido el pronunciamiento. Lo declarado por el imputado en orden a su orientación sexual fue considerado intrascendente por el Juez cuando no lo era, sin dar una respuesta que se acomodara a tal manifestación (mencionó teorías subjetivistas y objetivistas de relación con el caso).

Solicitó conforme lo expuesto se declare inválido el pronunciamiento del A Quo y en cada uno de los agravios se efectúe la revocación en punto a lo peticionado; en el último caso, que no fue objeto de refutación en las conclusiones finales del juicio -dosificación de la pena-, requirió se aplique el mínimo y sea dejada en suspenso.

A su turno, en vista, el Sr. Fiscal advirtió sobre las dificultades que enfrentaba para ejercer su ministerio en el caso dado su carácter de subrogante, en tanto no intervino en el juicio, desconocía la estrategia que se escogió y por otra parte, en el marco del recurso no contaba con una contestación a la impugnación efectuada por el Dr. I., por lo cual se nutrió, en el escaso tiempo con el que contó, básicamente de la sentencia dictada y del recurso presentado por el Defensor, siendo en consecuencia poco lo que podría señalar.

Entendió que, no obstante el esfuerzo del Defensor al desarrollar los agravios que en su escrito se presentaban con claridad, la sentencia contenía fundamentos suficientes al responder todos y cada uno de los planteos que surgieron del contradictorio.

En referencia a la exclusión probatoria que se produjo en la Audiencia Preliminar, afirmó que fue resuelta y confirmada por el Tribunal de Juicio de modo acertado, para

sostener lo cual rememoró la reforma del C.P.P. año 2010 a la regulación de la etapa intermedia, que conforme se desprende de la voluntad del legislador, eliminó la posibilidad de ofrecer prueba durante la audiencia en ejercicio de la defensa material del imputado.

Agregó que la reforma apuntó a derogar esa posibilidad que por vía de interpretación se sostenía, estableciendo claramente un plazo de preclusión para el ofrecimiento de prueba, acorde con las características acusatorias del sistema procesal (argumentó in extenso conforme registro de audio). Concluyó en que de admitirse el ofrecimiento de prueba extemporáneo por el Juez durante la Audiencia Preliminar, se priva a la contraparte del contradictorio (análisis de pertinencia, utilidad, legalidad de la prueba, como para discutir la admisibilidad), retornando a instancias precluídas, pretensión inadmisible para cualquiera de las partes.

No obstante, destacó que hay excepciones, circunstancias extraordinarias, pero que también se prevén en el art. 145 del rito en el art. 145, ellas permiten al Juez otorgar un plazo especial cuando una de las partes no hubiese podido ejercer alguna facultad, sin que ello agravie a la contraria. En el marco explicitado concluyó en que si la prueba fue presentada extemporáneamente, si no se adujo alguna circunstancia extraordinaria y el Juez de la Audiencia Preliminar rechazó ese ofrecimiento,
confirmándolo el Juez de Juicio, no corresponde a la Cámara avocarse a la cuestión.

En punto a las críticas referidas a la estrategia en el ofrecimiento de los testigos efectuada por el Fiscal, nada dijo por desconocer sus motivaciones, sin perjuicio de que con la prueba producida en juicio, que entendió era lo que debía analizar la Cámara, el Juez tuvo por acreditados los extremos de la acusación, dando fundamentos adecuados para dictar una sentencia formalmente válida.

Pasando al agravio de la Defensa consistente en la ausencia de secuelas del hecho en la víctima dictaminada pericialmente, razonó que ello no provoca la inexistencia del hecho; Es si se quiere una opinión experta acerca de la

recuperación de la niña que en nada impacta en la fuerza probatoria del testimonio.

Finalizando se refirió a dos aspectos que se trataron en la sentencia, que apreció correctamente fundada vista en su integridad y unidas las conclusiones a los hechos que tuvo por probados; esos dos aspectos son la existencia de la agravante, seleccionada entre dos que la fiscalía había equiparado -guardador y educador- y la dosificación de la pena, tema en el que podría haber resultado más expresa, más gráfica. Para aplicar la agravante -dijo-, el Juez empleó una teoría jurídica que es aceptable, que no depende de una circunstancia formal de educador, sino del concreto accionar, de poder, de respeto de la víctima hacia el adulto, en lo que juega también un papel importante no solo el rol que cumplía el imputado, que ha sido probado en juicio, sino la diferencia de edad y las circunstancias de poder concreto que tuvo sobre la víctima, que aumentan la respuesta punitiva. Lo mismo apreció en cuanto a la dosificación de la pena, aspecto en el que pese a preferir sentencias con mayor desarrollo argumental, no dejó de considerar la atacada como suficientemente fundada, propiciando en consecuencia el rechazo de todos los planteos de la Defensa.

La Defensa a modo de réplica citó un precedente de la localidad de Sarmiento en el cual el Dr. Pintos expuso que la extemporaneidad no es requisito para rechazar la admisión de la prueba, sino la pertinencia y eso no fue resuelto de forma concordante en el presente caso. Discrepó con el Fiscal en cuanto a que la reforma del art. 294 del C.P.P.CH. fijó un plazo de caducidad, lo que sí ocurrió en cambio respecto de la conciliación y la reparación; dijo, esto no sucedió con el derecho consagrado constitucionalmente del imputado a una defensa eficaz, a lo que agregó que no compartía que el acusador preparara su caso al mismo tiempo que el Defensor, sino que lo hace desde la acusación; tampoco que la igualdad de armas rigiera durante todo el proceso, ya que el Fiscal es soberano al preparar su caso (amplió su argumentación postulando la amplitud de contenido de la Audiencia Preliminar)

Cerrando la audiencia y concedida la oportunidad de

expresarse por el presidente del Tribunal al Sr. M. A. G., decidió guardar silencio.

Luego de la deliberación se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro G. Defranco, Roberto Adrián Barrios y D. Luis M. Pintos.

El Juez Alejandro G. Defranco dijo:

1.- El presente voto tiene como objeto el análisis del embate del Defensor de confianza de M. A. G., abogado G. I., contra el decisorio dictado por el Dr. G. C. por el cual lo condenó a 4 años de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, agravado por su condición de persona encargada de la educación, dos hechos en concurso real (arts. 119 primero y cuarto párrafos, inciso 'b' del mismo artículo, 45 y 55 del Código Penal), todo ello por los hechos ocurridos en la ciudad de Buenos Aires, el día 28 de octubre del año 2014 y una semana antes aproximadamente en la ciudad de Rawson, Provincia del Chubut, en perjuicio de M. M. L.

2.- Ingresando a los agravios postulados por la defensa, debe hacerse notar la necesidad de superar las dificultades que impuso el desarrollo desordenado en la audiencia y su ardua conjugación con lo expresado en el libelo de impugnación al que el letrado remitiera a modo de síntesis; la desorganización expositiva entre el escrito de impugnación y la oralización de los fundamentos, sumada a la enumeración de tópicos sin motivación -algunos parcialmente-, ha determinado el modo de abordaje que se sigue.

3.- Del rechazo al ofrecimiento de prueba.

En primer lugar, el abogado I. se agravia del rechazo al ofrecimiento de prueba testifical durante la audiencia preliminar, reeditado durante el inicio del debate con idéntico resultado, a partir de su interpretación de la expresión contenida en el art. 294 del rito *("En este plazo... la defensa podrá")*, asignándole el sentido de establecer una facultad y que por ello no encuentra obstáculo alguno para ofrecer evidencia hasta el momento del juicio.

3. 1.- Dicha interpretación no puede sostenerse.

El sentido de la audiencia preliminar es, entre otros, trabar un contradictorio para arribar a una decisión que fije la prueba necesaria, conducente y pertinente para la realización del juicio. Tal contradictorio no puede lograrse con respeto del principio de igualdad de armas ante ofrecimientos efectuados sorpresivamente durante la audiencia mentada, lo que explica la finalidad de la previsión del art. 294 del C.P.P. dirigida al imputado y a su Defensor.

Por otra parte, no observo circunstancias extraordinarias que habiliten a excepcionarse de ella -como con buen tino afirmara el señor Fiscal en la audiencia del art. 385 y el Dr. C. al confirmar el rechazo de la prueba en cuestión en el inicio del juicio-, todo lo contrario, del estudio de las actuaciones surge la inusitada extensión de los plazos que permitió sobradamente al quejoso efectuar tal ofrecimiento.

Para ello, es suficiente observar que la acusación se presentó en fecha 20/02/18, siendo notificado el letrado en fecha 27/02/18 y el imputado, por avatares que obviaremos, recién en fecha 22/05/18 -todo ello cual surge de constancias administrativas glosadas en la carpeta Ofijud 6102-Rw-. Así, se contó con más de cuatro meses para ejercer la facultad aquí reclamada.

3. 2.- Capítulo aparte merece la valoración efectuada por el letrado Defensor de la actividad probatoria del Ministerio Público Fiscal, carente de sentido, en tanto no se cuestionó con seriedad la falta de objetividad. Nada le impidió a la defensa preparar su caso durante la etapa preparatoria para luego demostrarlo en juicio a partir de la imputación intimada correctamente en la Audiencia de apertura de investigación y no como se pretendió, surgiendo tal chance al conocer la acusación presentada en los términos del art. 291 del C.P.P.CH. Dicho razonamiento parece olvidar el modelo acusatorio a partir del cual se reglamenta nuestro proceso penal y la naturaleza de la pieza acusatoria, de conclusión sobre el mérito de las evidencias reunidas a lo largo de la etapa preparatoria, pero en fin, siempre orientadas por aquella imputación inicial. Quiero decir con esto, no existió

óbice que impidiera preparar su caso al Defensor o conocer cada evidencia que el Ministerio Público Fiscal valoraba antes de acusar.

3. 3.- Sin perjuicio de lo anterior, la afirmación de que con la negativa de aceptarse la prueba ofrecida se vio afectada la posibilidad de demostrar la condición de homosexual de su cliente no resulta atendible; es obvia la impertinencia de tales testimonios ofrecidos tardíamente, ya que, proponen acreditar una circunstancia fáctica que en nada compone teoría jurídica alguna, salvo de admitirse que una persona con elección sexual cualquiera sea incapaz de atentar contra la integridad sexual de otra persona de género opuesto.

3. 4.- Por último, el Defensor al alzar su queja, obvió que sendos rechazos a su ofrecimiento de testigos se apoyaron en otro fundamento a más de la extemporaneidad.

El Juez de la Audiencia Preliminar, coincidiendo con el Fiscal que previamente dictaminara en orden a la procedencia de la petición, fue claro al expresar que no aceptaba el ofrecimiento de testigos no solo debido a la extemporaneidad, en un proceso por demás dilatado a esa altura, si no a la inconducencia de la prueba en cuestión, que poco o nada aportaría a la verdad del hecho ante la imposibilidad de ser controvertida.

Al reeditarse la cuestión en juicio, se evocó el rechazo antes tratado renovando la disconformidad con el argumento de la extemporaneidad, pese a lo cual nuevamente, en este caso el magistrado de turno, no pasó por alto el derecho de defensa en juego y sostuvo la confirmación del decisorio sumando nuevos argumentos en una resolución que entendemos, por estar correctamente fundada merece ser confirmada en un todo.

4.- De la deficiente valoración de la prueba.

Desde otro ángulo se efectúan otras críticas a la decisión de primera instancia por la Defensa.

Denuncia el letrado que: a) existió valoración de prueba documental que no ingresó como tal, b) la consideración de la testimonial de un trinomio de expertos, que no se condice con la valorada por el *A Quo*, agregando que a esta última se le ha asignado el valor de pericias sin haberlo sido en términos

procesales por ausencia de notificación a la Defensa y c) apunta la existencia de discordancia entre el testimonio de la víctima y de los expertos respecto a si los masajes que devinieran en los hechos de abuso fueron realizados luego de que G. cuasi obligó a ellos a la menor M.

Más allá del rechazo sin más que merecerían los frágiles ataques citados anteriormente, no se indicó la documental de cuyo ingreso ilegítimo se agravia el Defensor, por lo que el agravio no puede ser tratado siquiera; la pericia cuya omisión de notificación a la Defensa se resalta, fue ordenada y hecha el mismo día 31/10/14 por el Magistrado que interviniera inicialmente, con habilitación normativa expresa para proceder de tal modo concedida por el art. 258 del C.P.P.N.; en lo concerniente a la Cámara de Gesell, se hizo con presencia del Defensor Oficial.

5.- En cuanto a la denunciada incorrecta valoración de los testimonios acusada en lo referido al pasaje en que se explicara que la menor fue cuasi obligada a recibir una tanda de masajes que devino en abuso, luego de una atenta audición de la prueba producida para comprobación de la denuncia del Defensor contra lo resuelto por el sentenciante, volvemos a evaluar acertado el decisorio en crisis.

Ha explicado la víctima que: *"Cuando abre la puerta el pasa adentro de la habitación y me dice a mí que me venía a hacer masajes, y yo le dije, pero ya está, ya no me duele nada y él dijo que igual, que me iba a hacer masajes, y en un momento él le dice a D. -la chica que se quedaba conmigo en la habitación- (en este tramo la declarante se rompe en llanto), que vaya a bañarse; y yo le digo a D., no!!, no te bañes!!, báñate después que de que volvamos de comer!! porque ya se iba a hacer la hora, y ella dice bueno... y se quedó ahí, y él le dice no!!, pero andá a bañarte si todavía hay tiempo!! y yo la miraba a ella como diciendo no te vayas porque tengo miedo."* (de la declaración en juicio de la víctima, a partir del minuto 1.01.26.).

A seguido, el a quo a partir de fojas 142, dio crédito a sus dichos a partir de la declaración de su madre, D. M. M., por coincidir *"respecto de las circunstancias de tiempo, lugar y modo de cómo ocurrieron los hechos"*.

Conforme el magistrado, también brinda credibilidad a sus dichos, el testimonio de S. C. P., quien realizó la primera asistencia en el momento de la emergencia y declaró que si bien no recordaba el hecho si puede precisar que era una persona de extrema situación de vulnerabilidad.

Además, finca la credibilidad externa del relato de la niña a través de los testimonios del Lic. L. L., el lic. M. M. y el médico Forense Martín Segovia, de quienes no solo proclamó correctamente el *a quo* la admisión de sus informes oportunos, sino lo cierto es que declararon como testigos de los dichos de la niña a ellos manifestados.

Respecto al Lic. L. L., señala correctamente el Juez que "*...refiere en su testimonio que su actividad fue tomarle declaración en Cámara Gessel a la menor M. M. L., recuerda que en esa declaración manifestó que habrían sido dos episodios, uno en Chubut y otro en Buenos Aires, en donde otra persona habría realizado tocamientos sobre la menor en distintas partes del cuerpo que la joven reconoció como inapropiados, no adecuados y que se produjo en un hotel donde se encontraba alojada.";* refirió el profesional "*que el relato de M. de acuerdo a los parámetros de la psicología el testimonio era compatible con la categoría de verosimilitud. Fue un relato espontáneo, libre, inestructurado, aportó detalles, coherencia. Describió interacciones de tipo verbal y corporal, las contextualizó en el lugar y particularmente en la circunstancia en que se desarrollo, hay repercusión emocional en su relato. Reconoció la existencia de terceras personas y en qué momento dejaron de estar presente y por qué motivos, manifestó considerarse damnificada pudiendo distinguir entre acciones corporales que eran frecuentes y habituales en el marco de la actividad deportiva que realizaba y las acciones corporales que en este caso pudo determinar cómo diferentes.".*

Valora el Juez C. el testimonio del Lic. M. M., quien "*como conclusión señala que el relato de la niña, de quince años de edad, discriminaba entre realidad y fantasía de acuerdo a su madurez. Era creíble, verosímil, contestaba las preguntas que se le hacían. En ese sentido verosimilitud es una palabra que significa algo que sea similar a la verdad.*

Que utilizaron los criterios alemanes para establecer la verosimilitud de su relato, y se basaron en la entrevista practicada, el contenido de su relato, los parámetros para verbales y no verbales, la correlación entre los hechos, si es flexible y acepta eventuales fallas; criterios que en conjunto y en su integración dan la posibilidad de aproximar el relato a la categoría de similitud. Agrega que los hechos a los cuales habría sido sometida tienen entidad suficiente para alterar su desarrollo sexual. Al momento de la entrevista notaron que había una repercusión emocional categorizable en estrés agudo.- Sobre indicadores de abuso sexual, observaron la presencia del llanto recurrente, el displacer con el que se expresó, también hubo situaciones que ella mencionaba como alteraciones en el sueño y también indicadores propios de estas situaciones como por ejemplo el hecho de revivir esta situación y creer que el agresor podía aparecer en cualquier momento...".

Por último, da crédito a los dichos de la niña a partir del informe del Dr. M. S., quien "*indicó que la víctima hizo alusión a dos hechos y al que había ocurrido días antes lo llamó un intento de violación y en ese contexto aparecía como un hecho de más relevancia que el ocurrido una semana antes y habría consistido en tocamientos. Afirma el experto que se presentó al examen psiquiátrico con un rico caudal simbólico, con capacidad de afrontamientos de situaciones conflictivas, con un nivel intelectual rico, con una saludable diferenciación entre realidad y fantasía dentro de lo que es una cultura psíquica desde el punto de vista psíquico jurídico normal. Agrega que observó cómo indicadores compatibles con abuso sexual infantil un cuadro acorde con las clasificaciones internacionales de trastornos mentales que dependen de la Organización Mundial de la Salud, tratándose de un estrés agudo, significa que cuando una persona sufre una situación psico traumática relevante que para la subjetividad de esa persona pone en riesgo su vida o integridad pisco física y significa una amenaza en algún punto extremo de esa integridad, lo que suele acaecer son dos fenómenos psico-patológicos contiguos, en primer lugar un trastorno de estrés agudo que se considera se desarrolla por el lapso de un mes*

y que es inmediato a la producción del hecho psico traumático que en este caso aparece asociado con una situación violenta sexualmente. Y después del mes que cesa ese fenómeno agudo comienzan a aparecer otras situaciones sintomáticas que se inscriben dentro de lo que se conoce como trastorno o estrés postraumático. Finalmente sobre la categoría de similitud del relato expresado en el informe en base que la entrevista psicológica de declaración testimonial que le otorgó verosimilitud al relato."

6.- de la materialidad de los abusos.

De todo ello, en definitiva, entiendo que el magistrado ha ponderado en forma conglobada toda la prueba rendida y, de conformidad con ella, ha llegado a la lógica conclusión de que el imputado es el autor material de los hechos intimados.

Tal como ha concluido el juzgador, a pesar de las temerarias afirmaciones de la defensa, "*...Que más allá del descargo efectuado por el imputado, quien reconoce la existencia de ambos encuentros con la víctima, que reconoce haberle realizado masajes pese a no ser el especialista para ello, pues ha reconocido haber mantenido una charla con el kinesiólogo para que le ilustre la manera de proceder ante tal dolencia; entiendo que frente a la prueba de cargo que se ha producido en la audiencia, los tocamientos a los que hace mención la víctima y que fueron corroborados psicológicamente por los expertos, sucedieron, y produjeron en M. un estrés agudo, que de ninguna manera pudieron ser causados por la realización de masajes en las zonas de la supuesta dolencia, teniendo en cuenta además, que la menor, por su actividad deportiva, se encontraba habituada a la realización de masajes descontracturantes y nunca antes había manifestado alguna irregularidad en los mismos Por otro lado, se advierte de la prueba producida, que esas conductas se realizaron sin el consentimiento de la víctima, jugando un papel fundamental el elemento sorpresa, aprovechando el autor, la realización de masajes para la consumación del delito...".*

7. - Efectivamente, tal como señala el *a quo*, del relato de la niña, corroborado por prueba objetiva como se

dijo, surge sin dudar que en una primera oportunidad, tuvo lugar un primer hecho, de menor gravedad por cierto, que consistió en tocamientos en la espalda, hasta parte de la "cola", estando M. con ropa, ello en el Hotel Deportivo de Rawson; luego, ya en la ciudad de Buenos Aires, se produjo el suceso más grave, en el hotel "S.", donde recibió por parte del imputado manoseos en la espalda, pero ya retirando previamente remera y corpiño deportivo, luego besos con la lengua en la parte posterior, y finalmente también le baja el pantalón corto, le pasa la lengua por la "cola" y apoya sus genitales queriendo "meterse ahí".

Más allá de la errática alegación de la Defensa en punto a que "*los testigos controvirtieron a la víctima en punto a que G. cuasi -sic- obligó a la menor a hacerle masajes empero a los testigos les expreso que fue un exceso en el marco de una tanda de masajes.*", lo cierto es que ha quedado plenamente acreditado que el consentimiento de la niña estaba vinculado exclusivamente con la realización de los masajes, siendo posteriormente sorprendida por el exceso en su accionar por parte del profesor.

8. - Es de toda evidencia que la inclusión de la frase "*.aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción*" (introducida al art. 119, primer párrafo, por ley 25087), incluyo, como medio comisivo, a la sorpresa del accionar del sujeto activo.

En este sentido, "*la sorpresa ha sido asimilada a la violencia, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En efecto, puede ser que la víctima se vea sorprendida por los actos abusivos del autor, no contando con los elementos suficientes para "resistir", puesto que nada, hasta el momento, podía hacerle suponer que se hallaba en peligro. En este caso, el ataque se consuma contra la voluntad del sujeto pasivo, cuando no se halla en condiciones para impedir el ataque, debido a la menor defensa contra la agresión, que no pudo ser prevista...*" (Donna, Edgardo A., *Delitos contra la integridad sexual*, Rubinzal, Santa Fe, pág. 29).

9.- De la agravante.

El señor Defensor ha cuestionado la inclusión de la agravante "encargado de la educación" -contenida en el

apartado b del quinto párrafo del art. 119 del cód. penal- para calificar el hecho básico de abuso sexual simple imputado a M. A. G. en la sentencia condenatoria.

En tal dirección explicó que, por un lado, su representado no revestía calidad de educador de la víctima al tiempo de los hechos que se imputaron, por lo que tal circunstancia, que debía verificarse en tal momento para habilitar su reproche, nunca pudo ser probada. Por otro lado, apuntó al equívoco empleo efectuado por el fiscal de los conceptos encargado de la educación o guarda, a los que trató de modo equivalente.

En orden a la condición de educador, desconocida para repeler la imputación agravada del delito de abuso sexual, entendemos que si bien desde lo formal pudieron enarbolarse algunos reparos atendibles para discutir su existencia al momento de los hechos, (falta de incorporación del legajo laboral de G.; testimonio de F. en lo referido a la individualización de su empleadora; carácter de su contratación, función de "especie de supervisor de los profesores de la delegación" (conf., los dichos en juicio de R. F. como presidente de Chubut Deportes) etc.); no puede pasarse por alto que, tal cual ha señalado el A Quo y enseña prestigiosa doctrina *"el encargo de la educación o guarda puede reconocer su origen en la ley (p. ej., el tutor) o en situaciones de hecho... es encargado de educación de la víctima el que de modo más o menos regular (quedan excluidas las relaciones de enseñanzas ocasionales, como las conferencias o breves cursillos), por función (profesores de institutos de cualquier nivel) o convención (institutrices, preceptores, profesores que imparten enseñanza particular), instruye a la víctima en cualquier materia o guía su trato aunque no tenga como tarea específica la de enseñar una materia o actividad determinada (p. ej., los celadores y bedeles cuando no tienen como única función la de ejercer la policía del instituto, sino también la de vigilar ycorregir la conducta de los educandos)"* (Creus Carlos W. y Buompadre Jorge E.*; "Derecho penal parte especial";* Ed. Astrea, CABA, 7ma edición, 2da. Reimpresión Año 2013, pág. 199).

10.- Es que justamente esta situación de hecho es la recogida por el sentenciante para decidir la inclusión de la agravante, acreditada a partir de diversos testimonios oídos durante el debate, a saber: el de la víctima y el de R. F., quien apuntara de modo categórico que más allá de los formalismos en las designaciones de diversos cargos en la delegación que viajaba a los eventos deportivos, sean dirigentes, coordinadores o supervisores, el trato asiduo con los deportistas todos lo tenían, incluso el dicente, y que *"los deportistas no dependían de ellos, pero incluso él se involucraba y hablaba todos los días con todos los deportistas que podía hablar. charlaría con ellos, eso sin duda, o comía con ellos, eran delegaciones muy homogéneas."*, ilustrando la actividad de G. en su función.

En cuanto a los dichos de M. *"cuyo testimonio ha sido valorado como cierto"*, aprecia el Juez correctamente,que *"...ha manifestado al respecto que G., la entrenaba en la ciudad de Comodoro Rivadavia, circunstancia que tengo por cierto en virtud de que no sólo ha quedado acreditado la actividad deportiva que realizaba M., sino por el propio reconocimiento del imputado."*.

Remata el *a quo* su pensamiento, en forma atinada, teniendo en cuanta que *"la agravante recae en la condición de educador, es decir, de formador y encargado de la enseñanza de determinada actividad deportiva, en este caso yudo, y tal situación deriva de una relación de confianza, aparentemente amena, que lo lleva a ofrecerse a realizar masajes descontracturantes, sin estar autorizado para ello, pues ha quedado debidamente acreditado con el testimonio de F. que existían profesionales kinesiólogos en la delegación deportiva."* (fojas 150).

11. - De la equiparación en la mención de la agravante

Relacionada con la agravante, alega el letrado defensor sobre la confusión en el desarrollo efectuado por el señor Fiscal, al equiparar "encargado de la educación" con la de "encargado de la guarda".

Este aspecto también ha sido debidamente merituado por el magistrado del caso que, si bien admite que encargado de la guarda y educación no son términos equivalentes como los

utilizó la Fiscalía, no menos cierto es que, conforme al principio iura novit curia, "*el juez puede subsumir los hechos a otros conceptos jurídicos*", con tal de no sorprender a la defensa.

En puridad, no ha seleccionado el *a quo* otro concepto jurídico distinto, sino que, correctamente, ha atendido a uno de los términos en cuestión, encargado de educación, concepto sobre el cual el Defensor conocía la imputación, alegó en contra de su existencia, por lo que no hubo posibilidad de sorpresa alguna para la Defensa.

12. - de la sanción impuesta.

Como derivación de lo dicho, va de suyo que la crítica a la dosificación de la pena por contener una sobrecarga resultante de la aplicación de la agravante no amerita análisis y en consecuencia así se tendrá por evacuada.

En cambio si es necesario referirme a la justipreciación de la pena, convalidada la calificante.

Recordemos que el letrado ha denunciado en la audiencia en estos estrados que el Juez del caso *"no funda en el art. 41 cuales son las agravantes"* y que *"siendo tan vaga su relación con la pena que impedía resistirla*", admitiendo que como se desconocía la pena que se iba a dosificar, quería reforzar tal aspecto, porque no formó parte de la resistencia que se efectuó contra la acusación.

Sin perjuicio de no comprenderse cabalmente el sentido de su falta de alegación sobre la pena justa en la cesura, lo cierto es que no ha indicado concretamente los agravios que le merecen la mensuración efectuada por el magistrado.

Por el contrario, se desprende del control mediante lectura de la sentencia de condena, que el *A Quo*, luego de una explicación a título introductorio sobre el contenido del art. 41 del C.P. en la que cita la enumeración de pautas contenida en la norma, se encarga de justipreciar minuciosamente la sanción que estima corresponder.

Ha dicho el Juez C. que "*...no puede soslayarse la extensión del daño y del peligro causado. Aquí tomo en cuenta que se trataron de dos hechos en concurso real. en lo que hace a la magnitud del injusto y el daño causado, encuentro como agravante que se trató al momento de los hechos M. tenía*

15 años de edad, quien en su carácter de niña (Convención de los Derechos del Niño) se encontraba en un mayor grado de vulnerabilidad".

"… En cuanto a la naturaleza de las acciones, valoré que el segundo hecho fue de mayor gravedad que el primer hecho, pues en la ciudad de Buenos Aires, G., le bajo los pantalones a M., pasándole la lengua y manos en su glúteos, lo que constituyo una acción más ofensiva de la libertad Sexual que la realizada en esta ciudad de Rawson.".

Consideró como atenuantes la falta de antecedentes y el buen concepto por su trabajo, todo ello para arribar a una pena de cuatro años de prisión.

13.- Por ello, no habiéndose indicado los agravios concretos que le merecen la pena impuesta, no habiendo desarrollado actividad alguna en la audiencia de cesura oportuna, limitándose a criticar la justipreciación en forma vaga y genérica, no advirtiéndose yerro alguno en la operación matemática efectuada por el Juez, debe confirmarse también la pena impuesta.

14.- de la declaración como imputado de G..

Por último, se agravia el defensor en punto a que fue omitida la valoración de la declaración de imputado de G., ya que no se dio trascendencia a su confesión respecto de su orientación sexual, a partir de la cual se intentaba demostrar la ausencia de toda intención libidinosa en los tocamientos, para así reclamar su atipicidad.

En este orden de ideas el letrado ensayó una explicación profundamente desacertada del empleo de la tesis subjetivista afirmando que *"...en tanto que por ejemplo en los deportes de contacto físico tal el caso del yudo, habría tantas denuncias de abuso como competidores y en ambos roles (víctima-victimaria). Lo que es necesario por ello, ese elemento adicional al dolo o en su caso sin elemento adicional pero siempre con el fin de satisfacción de un impulso libidinoso y de excitar la propia lascivia. Por ello, quien tiene deseo sexual por una persona del mismo sexo no podrá satisfacer su lívido con una persona del sexo opuesto."* (sic).

Sin embargo, sobre el punto fue claro el *a quo* al discurrir sobre posiciones objetivistas y subjetivistas

respecto del delito de abuso sexual, tomando partido por la primera, que considera suficiente que el acto sea objetivamente de contenido sexual, con total prescindencia del ánimo del autor, todo lo cual ha quedado acreditado por los detalles brindados por la víctima y las validaciones internas y externas de su de declaración.

Ha dicho acertadamente que *"la postura predominante es la objetivista que considera suficiente que el acto sea objetivamente de contenido sexual, con total prescindencia del ánimo del autor. Basta con que el acto, aun cuando no fuera libidinoso, ofenda el pudor sexual de la víctima, esto es, que sea objetivamente impúdico. De modo que, para esta opinión, cualquiera sea el propósito del autor (satisfacción sexual, venganza, broma, etc.), el delito se consuma con el acto objetivamente impúdico.*

"Conforme surge del propio art 119 del C.P., el tipo penal no exige ningún otro elemento subjetivo distinto del dolo, pues de lo contrario el legislador lo hubiera manifestado expresamente como en otros tipos penales (arts. 80 C.P., etc), siendo suficiente para satisfacer el aspecto subjetivo de la agravante que acto sea objetivamente impúdico y el autor tenga la voluntad de realizarlo."

En efecto, tal como he dicho en "H., B. s/dcia. en rep. hija menor abuso - Trelew" (Carpeta 5.812 OJ Tw - Legajo 61.844 OUMPF Tw). "...es bueno recordar entonces... que desde siempre dos posturas respecto a la entidad de los actos que pueden configurar abuso sexual se han debatido en la doctrina vernácula:

a) Junto a Nuñez (Tratado de Derecho Penal, Tomo III, vol. II, 2da. reimpresión de la 2ª edición, Lerner, 1987, pag. 309 y ss.), una postura objetivista afirma que "*es menester que el acto o conducta tenga la entidad necesaria ofensiva* per se *para ofender el pudor sexual de cualquier persona y, por ende, debe ser medido desde tal óptica independientemente del fin del autor"* (Villada, Jorge Luis, "Delitos sexuales", La Ley, 2013, pag. 42).

Al decir del maestro citado en primer lugar, "*el subjetivismo puede llevar a muy malas consecuencias...* (ob. cit., pág. 310)™ *abusa deshonestamente de otra persona el*

que usa el cuerpo de ella para actos de significado objetivo impúdico... sin embargo, el ámbito de lo deshonestamente abusivo excede los círculos de lo que de manera clara es subjetivamente libidinoso u objetivamente sexual. Esto sucede en el campo de los actos que son objetivamente indiferentes en relación al sexo, por ejemplo el acto de tocar... en estos casos, el acto solo es impúdico si el ánimo del autor es abusivo...".

b) De otro lado, la doctrina subjetivista sostiene que *"...el delito únicamente se tipifica cuando el autor se propone con su acto desahogar un apetito de lujuria, pero sin ánimo de llegar al coito..."* (Donna, Derecho Penal, parte especial, Tomo I, pág. 516).

Entiendo así, que se encuentra fundada la resolución en crisis en este aspecto, al ser de los que abogan por la mencionada postura objetivista y para dar razón de mi elección me permitiré citar textualmente una enseñanza por demás elocuente *"Resumiendo: cuando el acto es en sí objetivamente impúdico, constituirá abuso sexual, aunque de manera subjetiva el autor hubiese agregado miras distintas de las del ultraje sexual, pero cuando de modo objetivo el acto es sexualmente indiferente o puede resultar equívoca su referencia a esa esfera de la personalidad, será el contenido sexual que de manera subjetiva el agente le otorgue lo que lo convierta en abuso sexual..."* (obr. Citada - pág 185), resultando de toda evidencia que los actos narrados por la niña son, desde todo punto de vista, impúdicos y lascivos.

15. - De todo lo expuesto, siendo que a través del resolutorio en crisis se ha llegado en forma acertada a determinar la existencia de los hechos endilgados, su autoría, subsumiendo correctamente los mismos en los dispositivos legales de aplicación -inclusive la agravante del párrafo 4, del art. 119-, es que debe confirmarse en un todo la sentencia, desechando todos y cada uno de los agravios que componen la impugnación.

16.- Honorarios.

Respecto de las costas del proceso, propongo al pleno imponerlas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes

del C.P.P) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Particular en la cantidad de QUINCE (30) JUS por la labor desarrollada en la presente etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y cc. de la ley XIII-4, antes decreto ley 2.200- y art. 59 de la Ley V-90, antes Ley 4920)

El juez Roberto Adrián Barrios dijo:

Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa, corresponde revisar la decisión registrada bajo el nro. 929/2018, que ha condenado a M. A. G., como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, agravado por su condición de persona encargada de la educación dos hechos en concurso real (arts. 119 primer párrafo, y cuarto párrafo inciso b) del mismo artículo, 45 y 55 del Código Penal) a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas del proceso (arts. 12, 26 inc. 3, 40 Y41 del Código Penal.

No volveré sobre los antecedentes del caso, que ya se encuentran prolijamente desarrollados en la sentencia, y me ocuparé sin más, de los agravios según su orden.

1. <u>De la negativa a la admisión y producción de prueba en el debate</u>.

Respecto a este agravio, luego de cotejar las constancias del debate, debo decir, cual lo adelantara el Ministerio Publico en su vista, que la decisión de la incidencia del magistrado merece ser confirmada.

No ha invocado el pretenso, motivo alguno que justifique porqué presentó prueba, a sus dichos relevantes para el caso, vencido todo plazo legal.

Téngase en cuenta, como bien invocó la fiscalía, que una respuesta en los términos correctos a cualquiera de los puntos que posibilita el artículo 294 del CPP, hace no solo a la igualdad procesal de armas, sino y quizá más trascendente, a la trascendencia que esa prueba puede provocar en la contraparte.

Una buena respuesta a la acusación, con la prueba que avale una versión de descargo, puede hacer reconsiderar y hasta desistir al titular de la acción penal, de una primer intención acusatoria.

Por otro lado, la prueba ofrecida fuera de término no tenía que ver con el hecho concreto endilgado a su cliente,

ya que si con ella se pretendía demostrar la condición de homosexual del imputado, ese presupuesto factico es de tal debilidad, que de modo alguno puede desestabilizar la teoría del caso de la acusación.

No existe otra opción que rechazar el primer agravio.

2. De la ponderación de la prueba, y versión de descargo.

La defensa se quejó que el juez le dio valor de pericias a diligencias que no son tales, ya que no fueron notificadas a ninguna defensa, como así también que el relato del imputado no fue valorado como proposición contra-fáctica de lo sostenido por la "*curiosa víctima*".

También debe descartarse este agravio.

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 contraexaminar la versión traída al Tribunal que debe juzgar, como para que este pueda corroborar la credibilidad de dicha versión por parte de quien la dá.

En delitos de índole sexual, el testimonio de las víctimas de abuso sexual suele constituir la única prueba directa de los hechos que denuncia, por lo que el juez de condena debe ponderar dicha versión, someterla a un examen objetivo tendiente a valorar agudamente el relato, a fin de descartar que el denunciante pueda tener otras motivaciones, y sobre todo cotejarlos con el resto del material probatorio producido, si es que acaso existe, mediante un análisis comparativo lógico y racional.

En el caso traído a conocimiento de este Cuerpo, existen dos versiones diferentes de un mismo hecho, que podríamos decir que poseen idéntico peso.

Para poder confirmar la decisión del juez, es necesario exigir que en el fallo de condena se encuentre el desarrollo de las razones que han lo han determinado a dar por cierto una versión por sobre la otra.

Veamos.

El juez tuvo en cuenta la declaración de la joven víctima, que luego cotejó con la de la madre, D. M. M..

Merece destacarse que este último testimonio, es de aquellos denominados *de oídas,* es decir son los testigos que repiten cosas sabidas por otros. Y de ello merece precaverse que *"el testimonio de oídas no es propiamente una prueba, pues solo es una prueba de la prueba de los mencionados hechos; una prueba, que puede ser ampliamente válida, de una prueba que es siempre débil, puesto que ha sido aducida sin las ventajas y garantías inherentes a las formalidades judiciales"* ("Lógica de las pruebas en materia criminal", Nicola Framarino dei Malatesta, Tomo II, pagina 106).

Pero aun con esa previsión, el juez consideró al testimonio de la víctima como absolutamente creíble, tras las conclusiones de expertos que lo analizaron y que dan cuenta de su credibilidad.

Así tuvo en cuenta los dictámenes del Lic. L. L., del lic. M. M. y del médico Forense Martín Segovia.

Se destaca, como método de validación del testimonio, el valorado por el A Quo, introducido por el testimonio del Lic. M. M., que dijo "*que utilizaron los criterios alemanes para establecer la verosimilitud de su relato, y se basaron en la entrevista practicada, el contenido de su relato, los parámetros para verbales y no verbales, la correlación entre los hechos, si es flexible y acepta eventuales fallas; criterios que en conjunto y en su integración dan la posibilidad de aproximar el relato a la categoría de similitud."*

En cuanto al procedimiento llevado a cabo por la Justicia hasta entonces a cargo del tema, fue cumplimentada en Ley, y no existe motivo para desacreditar su ponderación por el sentenciante autor de la pieza revisada.

Con lo dicho, se advierte que el juez ha justificado acabadamente el motivo por el cual dio crédito a los dichos de la víctima, en descrédito de la versión del inculpado.

El esquema de la defensa positiva ha girado siempre sobre un mismo presupuesto: la homosexualidad del enjuiciado; y sobre ella se quejó de la imposibilidad de producir prueba, y de su falta de consideración del juez de esa condición

frente al embate fiscal.

La declaración de una persona imputada es perfectamente válida como medio de prueba, pero para que sus dichos puedan operar como verdadera prueba de cargo, debe al menos competir con la de la fiscalía de tal forma que por lo menos genere dudas.

En el caso, no se logra evitar la destrucción de su estado de inocencia, con alegar solamente sus preferencias sexuales.

Como bien dijo el sentenciante, *"...su orientación sexual, constituyen ámbitos que escapan a la valoración de este juzgador. Lo que estamos intentando es reconstruir históricamente los hechos que se le imputan y no su supuesta homosexualidad que queda en el ámbito de reserva que la Constitución Nacional precisa en su arto 19. Por otro lado el principio de legalidad nos enseña que debemos aplicar pena a una persona en relación a lo que hace o deja de hacer y no en relación a lo que es..."*

Por otro lado, recordemos que a fin de tener por típica a las acciones no obstante su significación objetiva, se habrá que evaluar el tipo subjetivo, es decir en el caso de delitos de índole sexual, que ha habido intenciones de abusar, de dar desahogo del propio deseo sexual mediante la agresión a la prudencia de otro.

En el caso de los masajes, doctrinariamente descritos como casos *límite,* no podemos decir que la realización de tocamientos configuran delitos, ya que en ese tipo de actividad, tocamientos van a haber.

El magistrado tuvo en cuenta las aseveraciones de la víctima que refirió los detalles de ambos momentos traumáticos: el primero en el Hotel Deportivo de Rawson, consistentes en tocamientos en la espalda, hasta parte de la "cola"; y el segundo, en C.A.B.A., donde calificó de *manoseos* en la espalda, sin remera ni corpiño deportivo, besos con la lengua en la parte posterior, quita del pantalón que tenía puesto la niña, y la acción de pasar la lengua por la "cola" y apoyo de sus genitales queriendo "meterse ahí".

Para que en el contexto de dicha actividad pueda existir un delito de abuso sexual, se debe exigir del autor una

conducta libidinosa específica que permita inferir sin lugar a ninguna duda razonable, que su conducta sea abusiva.

Las acciones mencionadas lo son.

En este punto, al cotejo del testimonio de la niña, se advierte que al comenzar siquiera el relato, rompió en llanto cuando refirió sobre la llegada del imputado a la habitación, para hacerle masajes, que le dijo a su compañera de habitación que vaya a bañarse.

Este extremo tiene que ver con lo que justificó el A Quo como indicio de veracidad, los fenómenos corroborados por los expertos, y le produjeron en M. "*un estrés agudo, que de ninguna manera pudieron ser causados por la realización de masajes en las zonas de la supuesta dolencia, teniendo en cuenta además, que la menor, por su actividad deportiva, se encontraba habituada a la realización de masajes descontracturantes y nunca antes había manifestado alguna irregularidad en los mismos...*"

Por ello, en este punto voto por confirmar la sentencia.

3. <u>De la calificación jurídica y la agravante</u>.

En primer lugar, se descartó el consentimiento de la víctima, hacia alguna práctica de contenido sexual desplegada por el autor. No solo no ha habido descargo en dicho sentido, sino que tampoco ha habido elementos que siquiera hagan presumir que el mismo haya existido. En realidad, es todo lo contrario, el estadio de conocimiento del juez pasó por tener por cierto que no hubo consentimiento alguno.

Por otro lado, se colige en el caso el "factor sorpresa" comparado a la violencia, que incumbe que la víctima haya sido sorprendida por el imputado con un masaje que ella rechazara, y que ante su condición de mayor y circunstancias intempestivas de acometimiento, no pudo resistir.

El tipo de abuso sexual, ha sido agravado en la sentencia por la condición del enjuiciado de educador de la joven.

Sin perjuicio de los agravios ensayados por quien recurre sobre este extremo, tengo para mí que con razón el juez penal ha fundado los motivos por los cuales es aplicable la agravante.

Así es, a partir de la página 148/vuelta de la sentencia el magistrado se encargó de fundar este punto.

Previo a dar razón a la defensa en cuanto a que no es lo mismo encargado de la educación y de la guarda, dijo que era aplicable la agravante por ser el imputado encargado de la educación.

Lo fundó en situaciones de hecho, cuya apreciación queda librada al criterio de los jueces y a las circunstancias particulares de cada caso. Tuvo en cuenta el testimonio de la menor, que dijo que el imputado la entrenaba en la ciudad de Comodoro Rivadavia. También tuvo en cuenta que el mismo G. lo reconoció, como así también los dichos del Presidente del Chubut Deportes al momento en que ocurrieron los hechos, R. F..

Si tenemos en cuenta que por encargado de la educación entendemos como quién tiene por tarea a cargo el de "...instruir, educar, impartir lecciones o corregir al sujeto pasivo," y cuya relación puede tener origen jurídico o de hecho, con cierta permanencia o meramente transitoria o circunstancial, pues la ley no hace distinción al respecto, siendo lo importante que al momento del hecho tal relación exista (BUOMPADRE Jorge *"Derecho Pénala"* p. 382); habiéndose acreditado ante el juez de sentencia, que G. integró la delegación de la Provincia del Chubut en los Juegos Evita del año 2014 y que precisamente era quien supervisaba la actividad de los profesores de yudo y "...daba consejos en forma permanente a los competidores de esa especialidad, entre los que se encontraba por supuesto, la menor M.,...", considero que la agravante está debidamente fundada, y merece confirmarse.

4. <u>De la pena.</u>

No se han desarrollados agravios concretos, ni claros sobre la graduación de la dosis de reproche efectuada por la jurisdicción.

Los intentos realizados en la audiencia del artículo 385 sobre este punto, han sido desorganizados y cotejados con los fundamentos que hacen a la pena desarrollados por el A Quo, tengo para mí que su resultado deviene ajustado al hecho y proporcional a la culpabilidad, por lo que coincido con mis colegas y voto en este punto por el rechazo de la impugnación.

Por todo lo dicho, se debe confirmar la sentencia en

todas sus partes, adhiriéndome a la postulación del primer votante en cuanto a honorarios y costas

Así voto.

El Juez D. Luis M. Pintos dijo:

I.- Me remito íntegramente a la reseña del caso que se ha expuesto al inicio de la presente, toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación, que deben ser materia de tratamiento en este decisorio; y además, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.-

II.- 1) En primer término, hemos acordado en la etapa de la deliberación, que el acusador público interviniente en la audiencia del art. 385 del CPP, ha dado respuesta acabada a los cuestionamientos de la parte recurrente, en orden a la admisibilidad de la prueba testimonial que, en su momento, había sido rechazada -tanto durante la audiencia preliminar, como en la propia de debate-; y que pretende ubicar por sobre todo otro requisito de procedencia, a la pertinencia de la misma, aún cuando fuere extemporánea-.-

Según el registro de audio de la referida etapa preliminar, muy claramente el Fiscal general entonces actuante hubo de dejar a salvo su posición, en el sentido que si las pruebas omitidas durante el período legal, fueran de aquellas que han de contribuir al esclarecimiento de la verdad, con citas doctrinarias autorizadas, en tal caso la acusación no habría de oponerse por meros reparos de índole formal; pero no siendo ese el caso, entonces no consiente el ofrecimiento.-

En suma, no habiéndose invocado ningún motivo que justifique la demora en ofrecer prueba, ni tampoco solicitado oportunamente su prórroga, como señala el Ministerio Fiscal en la presente instancia (argumento de la regla general del art. 145 del CPP), corresponde rechazar el agravio consistente en reeditar la cuestión relativa a la prueba "indebidamente" denegada, dentro del agravio por "sentencia arbitraria"; máxime cuando tampoco logra demostrarse que se trate de medios probatorios esenciales, para alcanzar la verdad.-

2) En muy estrecha vinculación con lo anterior, luce también el gravamen por la afectación de una defensa "eficaz"

-conforme la jurisprudencia sentada en la materia, por la CSJN-; toda vez que la Defensa impugnante ha sostenido que, uno de los aspectos centrales que se le ha impedido probar a su pupilo, es el concerniente a su "orientación sexual" -el cual, supuestamente, debería llevar a tener por cierta la imposibilidad de ocurrencia de los hechos denunciados, por haber sido perpetrados en perjuicio de una joven (sexo femenino), cuando no es ese el objeto de deseo del imputado G.-.-

En primer término, entiendo que no es esta una cuestión que pueda dirimirse en base a prueba testimonial; de manera que, aun en el hipotético caso que un determinado número de personas conocedoras de la personalidad, historia de vida, etc. del acusado, "corroborara" su condición y preferencia sexuales, no es posible por ello negar de modo terminante la probable comisión de los hechos -la Defensa pretende, por el contrario, que ello llevaría a acreditar la ausencia de actividad "libidinosa", por parte de G.- Un razonamiento semejante consistiría en una suerte de "salto" lógico, que omite tener en cuenta que una conducta abusiva (en los términos del art. 119 del CP), no necesariamente requiere de la preexistencia de una inclinación constante (v.g. heterosexual, homosexual, bisexual), ni tampoco de la verificación de un vínculo afectivo, o sentimental, que sí está más fuertemente vinculado con la pretendida "orientación sexual"-.-

En igual sentido, las máximas de la experiencia nos revelan -y casi a diario, lamentablemente-, que en muchos casos en los que un autor (adulto) de Abusos sexuales, Grooming, etc. se vale de su profesión o actividad (v.g. médicos, enfermeros, docentes, auxiliares, etc.), para perpetrar el hecho, y en perjuicio de personas de mucha menor edad, lo hace con frecuencia de modo indistinto con niña/os, jóvenes, adolescentes de diverso sexo; sin que pueda concluirse, por lo general, que su "condición" sexual, haya sido determinante en la comisión.-

3) Finalmente, en orden a la prueba desistida por la acusación en la audiencia de debate, en razón de hallarse la denunciante B. L. Piñeiro, de viaje, ello no alcanza para

fundar un agravio, en perjuicio de la garantía del debido proceso legal. Máxime cuando, más tarde, se intentó producir la prueba en virtud de una reorganización de la audiencia, sobre la marcha, y ello no fue consentido por la propia Defensa.-

III.- 1) En cuanto a los hechos motivo de juzgamiento, también se aprecia -en pro de la acusación pública- que medió una escalada de intrusión, en su modo de ejecución; ya que el primero de ellos -de menor gravedad (tocamientos en la espalda, hasta parte de la "cola", estando M. con ropa)- tuvo lugar en nuestra Provincia, en el marco de una preparación con miras a un posterior viaje a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lugar donde obviamente se produjo el suceso más grave -la joven M. ya se hallaba lejos de su grupo familiar, y lugar de residencia, albergada en un hotel ("S."), junto a sus compañeros de Delegación- (nuevamente manoseos en la espalda, pero ya retirando previamente remera y corpiño deportivo, luego besos con la lengua en la parte posterior, y finalmente también le baja el pantalón corto, le pasa la lengua por la "cola", y apoya sus genitales queriendo "meterse ahí").-

No obstante la distancia, rápidamente se puso en marcha el proceso de develación, y denuncia (por parte de B. L. P.) ante la autoridad localmente competente (Comisaría n° 35), previa autorización de la madre D. M. M., en razón de tratarse de un delito de instancia privada; todo lo cual fue corroborado en la audiencia de debate, por la propia progenitora, y por la Lic. en Trabajo Social S. C. P., integrante de la Brigada de Atención a las Víctimas de Violencia Sexual, primera profesional que se ocupó de la contención de la víctima, desde un plano asistencial.-

El relato de la niña víctima M. M. L., fue evaluado posteriormente por expertos, en el ámbito del Cuerpo Médico Forense de la Justicia nacional, a escasos tres días de ocurrido el segundo hecho (28/10/2014), en la Ciudad Autónoma de Bs. As.; y, por lo demás, el acusado no ha negado los hechos en ningún momento, con la salvedad que los mismos resultarían atípicos, en la medida en que su materialidad se correspondería solamente con un "masaje", realizado con fines "terapéuticos".-

El Juez Penal sentenciante ha puesto de resalto que, dadas las condiciones personales de la joven deportista, no resiste el menor análisis la pretendida "confusión", por un lado porque el acusado no era el profesional encargado de la kinesiología del grupo; y además, en razón de la edad y experiencia de M. en competiciones -recordemos que formaba parte de una Delegación provincial (o sea, no era una improvisada)-, que claramente le posibilitaban distinguir un "masaje" descontracturante, o con cualquier otra finalidad legítima, de un tocamiento o manoseo, indebidos.-

El informe pericial referido fue suscripto por el Lic. en Psicología M. M., y por el Médico forense Martín Wenceslao Segovia, debiendo sumarse también la "validación" del caso, luego de la entrevista en Cámara Gesell, que hizo el Lic. en Psicología L. L., concluyendo en su verosimilitud.-

Los profesionales mencionados en primer lugar (M. y S.), se hallaron frente a un supuesto de estrés agudo, en razón de la ya referida inmediatez entre el segundo hecho, y la intervención del Cuerpo pericial de la Justicia nacional; caracterizado por la presencia de episodios de llanto incontenible, miedo nocturno, alteraciones en el sueño, temor a la reiteración de lo sucedido, etc.; y muy claramente, revelaron que en la versión de la joven víctima, el hecho acaecido en Buenos Aires fue vivido por ella como un auténtico "intento de violación", todo lo cual nos confirma que ha mediado una "escalada" de intrusión, como ya lo adelantamos al comienzo del voto. Asimismo, avalaron estos expertos que M. se halla inmersa en parámetros de normalidad psiquiátrica (desde el punto de vista psíquico-jurídico).-

Por último, aquel cuadro de (estrés agudo) -que hubieron de verificar los profesionales intervinientes en Buenos Aires, como ya se señaló-, también sirve para desmerecer la defensa material del acusado G., toda vez que de haber ocurrido los hechos como él pretende, jamás podría haber padecido M. aquella sintomatología -por qué razón un masaje "aliviador" habría de ocasionar llanto, angustia, trastornos en el sueño, etc.?-. El interrogante no encuentra respuesta.-

En consecuencia, el relato de M. -tal como sostiene la

jurisprudencia- "...lejos de resultar la repetición de un relato fantasioso o inverosímil impuesto por un mayor, reflejaba la ocurrencia de una realidad de la que efectivamente había sido víctima" (cfr. CFCas. Pen., sala II, 2/10/16, causa. "Caricato", sumario publicado en la sección "Jurisprudencia nacional", de la *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2017-1, edit. Rubinzal-Culzoni, año 2017, ps. 125 y ss.).-

2) En virtud de la edad con que contaba la joven al momento del hecho, debemos puntualizar cuál ha sido el medio comisivo empleado por el imputado; a la vez que despejar la posibilidad de que, en el supuesto concreto, pudiera existir duda acerca de un posible consentimiento de la víctima, hacia la práctica de contenido sexual desplegada por el autor.-

Sigo en esto la opinión doctrinaria que nos enseña: "El nuevo texto del art. 119 no requiere resistencia de la víctima sino que no haya podido consentir libremente la acción, con lo que **un tocamiento sorpresivo encuadra en el tipo** y el consentimiento que haría que esa acción no fuera un abuso, habrá que encontrarlo en actitudes precedentes de los protagonistas, que **bien pueden demostrarse** por su desenvolvimiento posterior. este último es un asunto probatorio." (cfr. Javier A. De Luca-Julio López Casariego, *Delitos contra la integridad sexual*, edit. hammurabi, Bs. As., año 2009, p. 65, el destacado me pertenece, citados - entre otros- en mis votos de las sentencias n° 25/17 y 19/18, de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia).-

En la dogmática propia de los delitos que atentan contra el bien jurídico integridad sexual, ha sido objeto de discusión la necesidad, o no, de contar con pruebas sobre una materialidad *in corpore*; posición descartada por la más absoluta mayoría de la doctrina, que sostiene en cambio que el significado del abuso sexual se encuentra más bien en la interpretación que, desde un punto de vista cultural, la conducta y situación generen en un lugar y momento determinados.-

Por lo cual, se recomienda entonces "... estudiar **en cada supuesto** la educación de los sujetos involucrados, su historia, sus orígenes familiares, **sus relaciones personales**

previas, madurez, costumbres del entorno, la moda, etcétera .” (cfr. ob. cit., el destacado ha sido agregado al original).-

Y ya en orden específicamente al tipo subjetivo, nos enseñan que ". **no** hay razones para excluir un abuso sexual cuando el autor no tuvo la ultraintención de menoscabar la integridad sexual de la víctima. En cualquier caso se trata de un acto de **contenido sexual**, **no querido** por la víctima, y el autor **lo sabe**” (p. 72, el destacado en todos los casos ha sido agregado al original). Valga todo ello en relación con el agravio relativo a la pretendida falta de interés, en el autor del hecho, por satisfacer su "libido”.-

A mayor abundamiento, recordemos también que nos hallamos ante un delito instantáneo, que ". se consuma en el momento en que se efectúan los actos de aproximación sexual o los contactos de ese carácter.” (cfr. Enrique Alberto Gavier, *Delitos contra la integridad sexual*, edit. Marcos Lerner, Córdoba, año 1999, p. 28); es decir, con independencia de los "efectos” que se verifiquen en la víctima, a nivel de estrés postraumático, trastornos del ánimo, etc. Esto sirve en particular, para responder al gravamen concerniente al buen rendimiento de la joven en la competencia deportiva, no obstante el abuso sufrido; es decir, que ello no es susceptible de invalidar en lo absoluto, las conclusiones sobre la consumación del hecho.-

En orden a la tipificación, resulta aplicable la dogmática de los delitos sexuales, que nos recuerda los Antecedentes Parlamentarios de la ley 25.087, en los que se sostuvo, entre otras consideraciones, que: “Una percepción de las agresiones sexuales acorde con el estado actual de nuestra cultura debe considerar el crimen sexual estrictamente como **una injuria a la integridad física y psíquica y a la libre decisión de la víctima**, no una injuria a la pureza o castidad de ella, ni al honor de algún varón. La vieja idea del honor, asociada a ciertos tipos penales, refleja no sólo una dimensión ideológica, ligada al temor por ese escándalo, sino que facilitan la imposición de valores culturales dominantes, propios del mundo masculino. En definitiva, las agresiones de referencia afectan, no el honor o la honestidad de las

víctimas de esas acciones, sino su integridad y dignidad como personas. Y aunque también afectan a la vez a su libertad y **a menudo equivalen a una privación de esa libertad**, las personas afectadas **viven esas situaciones sobre todo como atentados a su propia integridad, privacidad e identidad**, más allá que esos delitos afecten también a sus familiares, tutores, al Estado, etc., correspondiendo, por lo tanto, concebir a estos delitos como delitos contra las personas al igual que otros delitos concebidos como tales" (citados en el artículo publicado en elDial.com, *¿El beso compulsivo constituye abuso sexual?*, Comentario al fallo "Galeano, Lorenzo Vidilfo" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, por Rubén E. Fígari -el destacado ha sido agregado al original).-

En orden a la figura base del art. 119, 1er. párrafo, C. P., Abuso sexual simple, recordemos a mayor abundamiento, y en línea con la sentencia cuando se analiza el tipo objetivo, que "La materialidad del tipo se puede acotar a la acción de quien realiza tocamientos o acercamientos, de índole sexual con persona de uno u otro sexo, menor de 13 años o siendo mayor, contra su voluntad (conforme surge de la misma redacción, por la presencia de la violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente). Reducimos todo a la "falta de consentimiento" o mejor dicho "contra la voluntad del sujeto pasivo" en atención a que la descripción que realiza el tipo penal no es otra que una enumeración de situaciones en que **el sujeto pasivo no ha prestado acuerdo con la situación a que es sometida...** Nuestro punto de vista acuerda con Núñez y Donna que la conducta desplegada por el autor en el sentido de tocar, hacerse tocar u obligar a la víctima a que se toque encuadran en la figura en estudio (siempre y cuando no se avance en el ámbito de lo gravemente ultrajante, conforme la duración, circunstancias y entidad de la acción impuesta). Es así por cuanto venimos afirmando que es un atentado a la libertad del sujeto y a su dignidad en el área sexual, que es justamente el bien jurídico tutelado...".-

Continúa: "Se puede reducir a cualquier manifestación

externa del sujeto es decir a cualquier acción que pretenda invadir los límites corporales...del sujeto pasivo, no limitada al contacto solo de su mano, sino que puede manifestarse con sus piernas, sus brazos, sus partes pudendas, **vestimenta mediante inclusive** (roces impúdicos) o **con su boca**, direccionada su expresión externa a cualquier parte corpórea de la víctima y que pertenezca al **área de la manifestación sexual**. Es que mucho se puede pensar acerca de combinaciones (mano con mano, pierna con pierna, etc.), pero lo indiscutible es que aquello que el sujeto activo y que **para el común** sea considerado como una expresión sexual **(concretamente el acercamiento de sus genitales al cuerpo de la víctima)** no parece ofrecer dificultades...", y respecto al tipo subjetivo, señala que solamente quedan de lado "las acciones que buscan ofender, humillar o burlarse de la víctima", porque "el autor debe tener la intención del tocamiento o la aproximación", al margen de la voluntad de la víctima -cfr. nota a fallo de J.C. C., en *Suplemento L.L. de jurisprudencia penal*, julio 2003, p. 34- (el destacado me pertenece).-

3) Agravante: la doctrina nacional siempre hubo de sostener, en línea con lo argumentado por el acusador público, que esta materia constituye "...una situación de hecho que puede presentarse en diversas formas" (cfr. Núñez, *Tratado de Derecho Penal*, t. III, vol. II, p. 275, 1ª edición, edit. Marcos Lerner, año 1988; y más modernamente, De Luca-López Casariego, citados ut supra, p. 107: "Para definir a los sujetos comprendidos en esta hipótesis se ha priorizado una situación de hecho antes que los más restrictivos vínculos jurídicos ...", con citas de Soler, Fontán Balestra, Creus, Donna y Reinaldi). También la jurisprudencia reconoce, en general, que "... la ley toma en cuenta para el caso una situación de hecho que resulta de la vida diaria y que los jueces deben ponderar en cada caso particular ." (cfr. Fontán Balestra-Ledesma, *Tratado de Derecho Penal*, Parte especial, edit. LL, año 2013, t. II, p. 102).-

En especial, corresponde destacar que -*a contrario* del agravio de la Defensa-, más allá de las funciones "formales" que G. pudiera haber tenido en su rol de entrenador,

preparador, vinculado con los profesores, etc., respecto a la Delegación de deportistas, mal puede argumentarse que no mantenía contacto con las jóvenes; cuando la deposición de M. relata que, inclusive por fuera del horario previsto para prácticas o entrenamientos, y competencias, también existían acercamientos -como ser, para concurrir a presenciar alguna exhibición de otro grupo, compartir una cena, etc.- Justamente, todo cuanto se tiende a proteger mediante la figura calificada, es decir prevenir el abuso de aquella confianza derivada de un vínculo fomentado por la ley, y la autoridad, para la protección de individuos que por alguna razón -distancia, ausencia momentánea de los padres, etc.-, se hallan en una particular situación de vulnerabilidad.-

El acusador público, en oportunidad de la audiencia del art. 385 del ritual, hubo de remarcar en particular, y a mayor abundamiento, "las circunstancias de poder concreto", que el acusado aprovechó en la ocasión; y también, la diferencia de edad entre víctima y victimario, -argumentos que se comparten íntegramente-.-

3) Monto de la pena: en este punto, tampoco el recurso logra su cometido, en el sentido de mostrar que el cuántum fijado por el Juez Penal, sea inadecuado. En la audiencia del art. 385 del CPP, por su parte, se ha introducido un agravio relacionado con una presunta violación del principio de proporcionalidad de la pena, sobre todo por haberse aplicado pena de cumplimiento efectivo, pero sin que se haya siquiera esbozado cuál sería el sustento de tamaño planteo.-

Claramente, ello debe descartarse en el presente caso, por cuanto no solo que están debidamente fundadas las circunstancias agravantes, que avalan el criterio seguido en la determinación judicial de la pena, por encima del monto mínimo de la escala penal aplicable -naturaleza de las acciones, extensión del daño causado, y número de hechos-, y que además, obstan a la modalidad de ejecución condicional; sino porque no debe perderse de vista que el referido principio de "proporcionalidad", también ha de servir para garantizar los fines de la pena, en favor de las víctimas y en aras de la prevención general, o sea que no es una garantía constitucional que opere solo en beneficio del acusado.-

IV. - En definitiva, y por las razones que se han venido exponiendo, sumo mi voto por la negativa a la presente cuestión.-

V. - Adhiero también al pronunciamiento que proponen dictar mis colegas preopinantes, en el sentido que debe confirmarse íntegramente la sentencia motivo de impugnación ordinaria, con costas y accesorias legales del art. 12 CP. En materia de honorarios, corresponde regular la suma de 15 JUS, al letrado Defensor de confianza.

Así 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 el Defensor de Confianza, Dr. G. I., en representación de M. A. G. -de demás circunstancias obrantes en autos-;

2) Confirmar la sentencia N°929/2018 OJTW dictada en fecha 27 de Diciembre de 2018;

3) Imponer las costas del proceso al acusado (arts. 239, 240, 241 y concordantes del C.P.P) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Particular en la cantidad de quince (15) JUS por la labor desarrollada en la presente etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y cc. de la ley XIII-4, antes decreto ley 2.200- y art. 59 de la Ley V-90, antes Ley 4920);

4) Regístrese, protocolícese y notifíquese, fecho, devuélvase a la Oficina Judicial a sus efectos.

Roberto Adrián Barrios Alejandro G. Defranco

El Dr. D. M. Pintos no suscribe materialmente la presente, habiendo remitido su voto a esta sede firmado digitalmente mediante correo electrónico oficial. Registrada con el Nro.: 78/2019 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

Oscar Pablo Bastos
Secretario de Cámara