En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los dieciocho días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, se reunieron en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, Dres. Rafael LUCCHELLI, Leonardo Marcelo PITCOVSKY y Flavia Fabiana TRINCHERI, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en estos autos caratulados: **"Z. S. M. (en Rep. de Z.S.N.) s/ Denuncia Abuso sexual s/Impugnación" Carpeta Judicial Nro. 8356 - Expte. Nro. 13/2021 CPPM**, seguidos contra **F. O. V.,** DNI N° X., hijo de H. O. F. y de C. V. M., nacido en Buenos Aires, en fecha 24 de noviembre de 1999, con domicilio en Barrio S. M. M. X. lote X., actualmente cumpliendo prisión domiciliaria en calle M. A. Nro. X. de esta ciudad. Ello, en virtud del tratamiento de la Impugnación planteada por el Sr. Defensor Particular, Dr. C. G. D. M., contra la sentencia registrada bajo el N° 1792/2021 OFIJUD, de fecha 29 de junio del año dos mil veintiuno, suscripta por el Tribunal integrado por las Juezas Penales Dras. Carla Jésica Yamila FLORES, Patricia Susana ASARO y Patricia Encarnación REYES. En esa, F. O. V. fue condenado a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (Artículos 5, 12, 29 inc. 3°, 40 Y 41 del Código Penal); como autor material y penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL en carácter de autor (art. 45 y 119 tercer párrafo del CP), por los hechos ocurridos entre la noche del 2 de febrero de 2019 y las primeras horas del día 3 de Febrero de 2019, en perjuicio de N.S.Z.

Intervino por la acusación la Sra. Fiscal General Dra. María Eugenia

VOTTERO ALBERTI y por la defensa técnica el Sr. Defensor Particular Dr. C. G. D. M.

Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dr. Leonardo Marcelo PITCOVSKY, Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI y Dr. Rafael LUCCHELLI.

Los agravios esgrimidos por el Sr. Defensor particular son los siguientes: En primer término, sindica la carencia de motivación por parte de las sentenciantes, cuestionando sus votos por no surgir con claridad su temperamento seguido. En tal sentido, critica que no explicaron cómo llegaron a la conclusión condenatoria, criticando la falta de citas doctrinarias o jurisprudenciales que acompañen la decisión tomada.

Esgrime que la sentencia fue construida sin la observancia de los principios que rigen la pena, en un Estado constitucional de derecho. Con cita del voto del ex Ministro Jorge Pfleger en autos "*M., C. L. s/ causa N° 3858*", razona que a los Jueces no se les exige la selección de una u otra prueba, sino que en sus resoluciones deben volcar los motivos por lo que las incluyen o excluyen, siendo que en el caso esas razones no surgen, sino que las Magistradas efectuaron el camino inverso e ilógico para determinar que la prueba de cargo pesa más que la de descargo, sin precisar los motivos de ello.

Señala que las Juezas, para rechazar las postulaciones de esa Defensa, solamente esgrimieron su parecer, poniendo de resalto el quejoso que ello se ve cuando descartan el error y el *actio libera in causa* que postulara.

Luego de reseñar los motivos traen aparejada la falta de motivación en una sentencia judicial, explica que la motivación se enlaza con el derecho a ser juzgado

(Art. 10 de la DUDH), a ser juzgado públicamente (Art. 14 del PIDCyP) y al de ser oído por un Tribunal competente (Art. 8 de la CADH).

Asimismo, afirma que la teoría de la obligatoriedad de fundamentar las sentencias es considerada como un derecho natural, a través de la cual también se demuestra el estudio acabado de la causa, la valoración de las pruebas, y que se ha efectuado un minucioso análisis de la litis, con la subsunción de la norma general al particular caso bajo estudio.

Alega que, a través de los principios legales y de la experiencia, se aplica el derecho en miras del valor justicia, el que debe estar reflejado en el fallo.

En conclusión, refiere que la sentencia, como acto jurisdiccional a través del cual el juez resuelve una pretensión en un proceso y crea una norma individual, no puede evadirse del ordenamiento jurídico vigente, ni prescindir de la ley, ni aplicar una derogada o fundarla en su voluntad, ni de manera aparente o dar fundamentos dogmáticos, bajo pena de incurrir en arbitrariedad.

Respecto a la sentencia en particular, afirma que las Juezas dejaron de lado prueba decisiva que determinaba la realidad de los hechos, y que de sus votos no mencionaron una prueba, determinante de la inocencia de su defendido a su criterio, presente en la declaración en Cámara Gesell de la víctima, cuando manifiesta "*capaz yo quise en ese momento*".

Asimismo, afirma que la lógica y la experiencia indican que la persona tienda a ocultar el hecho, si es autor del mismo, en momentos posteriores al acometimiento, pero que su cliente fue quien revelo a la víctima lo que había

sucedido la noche previa -acreditado a través de los mensajes de texto agregados a la causa- y esa prueba ni siquiera fue analizada por las sentenciantes. Con relación a ello, señala en particular los mensajes de fecha 03/02/2019 en los que la víctima preguntó si no se había pasado con ninguno, "*porque estaba re empedo*", respondiendo O. "*estabas meta perreo*", lo que también surge de su declaración posterior, es decir que su defendido no modifico en nada sus manifestaciones. Luego de transcribir los demás textos pertinentes, indica que de toda la comunicación transcrita no surge reproche por parte de la víctima, ni que seas haya sentido violada o abusada por parte del imputado, ni que manifestó no haber querido la relación sexual.

Afirma que ello sucede luego que una amiga la convence, o cuando los sentimientos de culpa, por haber engañado a su novio, afloran.

Señala como llamativo que el propio imputado es quién cuenta a la víctima el hecho, y que también refirió estar en pedo. Asimismo, que la propia víctima fue quien le solicitó a su defendido que compre las pastillas del día después, frase con la que se demostraría el ánimo de una persona que no quería quedar embarazada y no de una víctima de abuso sexual. También advierte que N., en ese contexto, insulta al imputado para luego hacerle chistes, tratándolo de "*sopenco*" porque ya había borrado la conversación para que su novio no se entere.

Afirma el recurrente que es a través de la lógica y experiencia que deben analizarse objetivamente los comportamientos posteriores de las partes a fin de establecer cuál fue la realidad de lo acontecido, reiterando que la víctima nunca dijo que abusaron de ella, ni manifestó no haber dado su consentimiento.

Con relación a la Cámara Gesell de la joven, sindica el defensor que de ella no surge la falta de consentimiento, sino la falta de memoria el día posterior y saca

conclusiones de cuál habría sido su comportamiento si estuviese estado consciente; que la joven expresó que "*si él estaba en pedo y yo estaba en pedo, estaba bien*", y que "*capaz yo quise en ese momento*", manifestaciones que no fueron analizadas por las Juezas, quienes cercenaron elementos probatorios decisivos para acreditaban la inocencia de su defendido.

Advierte que tampoco se valoró lo que realmente sucedió en el debate, puesto que omitieron incorporar como prueba dirimente la declaración del médico especialista que intervino quirúrgicamente a N., refiriéndose en particular el testimonio del Dr. I., que a preguntas de la defensa, manifestó que la lesión de la víctima se podría explicar por ser la primer relación sexual de la joven.

Denuncia que tampoco tomaron en cuenta la inexistencia de lesiones ajenas a esa parte vaginal, lo que determina la falta de agresión por parte de O. V., señalando al respecto la claridad de la Dra. B., que revisó a la víctima y confirmó la ausencia de lesiones extra vaginales.

Afirma que las Juezas se transformaron en peritos médicos al analizar la falta de memoria como una de las medidas para establecer la falta de consentimiento, sin que haya sido probado por parte del Ministerio Público Fiscal, aduciendo el estado de semi conciencia por el que la víctima no pudo dirigir sus acciones y, por ende, dar su consentimiento, y con el que, además, justifican la falta excitación de la joven, por lo que presentaba sequedad en su zona íntima. Reprocha en este punto las Magistradas no ponderaron que ese consumo de alcohol

no habría causado el mismo efecto en el imputado, puesto que ese sí se acuerda de lo que pasó.

Critica el Defensor que esta versión es una posibilidad, pero existe otra apoyada en las manifestaciones de los galenos que, como dijo, expresaron que las lesiones podrían deberse al primer acto sexual de la joven, lo que concatenaría con la declaración del imputado, quien manifestó que, por efectos del alcohol, se le había complicado para tener una erección, todo lo que fue desechado por los sentenciantes.

Por otra senda, alega el recurrente que las Magistradas no atendieron a otra cuestión médica que determina que, cuando una persona vomita, indica un grado 2/3 en la escala Jellineck, es decir una intoxicación media, y que esa regurgitación determina que se conserva la conciencia, puesto que en el caso de la inconsciencia están perturbados los mecanismos deglutorios, produciéndose la aspiración de parte del contenido, lo que provoca graves neumonías por aspiración. Que el vómito es un mecanismo defensivo por la expulsión del contenido gástrico que impide la mayor ingesta o incorporación en la organismo del etílico expulsado, por lo que el Estado alcohólico se detiene en un proceso de degradación metabólica del alcohol, disipándose el grado de intoxicación, concluyendo que existía una conciencia vigil para tener recuerdos léxicos, memoria máxima en un transcurso de tiempo que había transcurrido entre el último consumo de alcohol y el vómito y la supuesta violación.

Por otro lado, critica como contradictorio el sufragio de la Jueza Asaro, quien citó un informe médico de Costa Rica que establece la no falta de conciencia, lo que avala la postura de esa Parte en tanto establece que no hay pérdida de conciencia, sino que puede haber una sensación subjetiva agradable de euforia,

desinhibición, sedación e inducción al sueño, sin mencionar la falta de conciencia y menos aún la imposibilidad de prestar el consentimiento que es lo que se debía probar en la tesis acusatoria imposibilidad.

Al respecto, concluye que la falta de consentimiento no fue acreditada en términos médicos, afirmando las Magistradas un estado de semi consciencia de la joven cuando en realidad ambos estaban alcoholizados. Asimismo, que la lesión que presentaba la víctima puede deberse a múltiples factores, no solo a una agresión sexual, por lo que encuentra arbitrario e inmotivado el rechazo del Tribunal respecto al *error de tipo* y *actio ibera in causa* esgrimidos por esa Parte, no logrando el Tribunal apoyar su razonamiento –el que considera errado- en pruebas científicas, sino solo en su parecer.

A continuación, alega que la Jueza Asaro cometió un error grave en su fundamentación al referenciar el consumo de drogas, afirmación que no se condice con las pruebas y hechos ventilados en debate.

Finalmente, critica que no hayan puesto en valor la ingesta de alcohol de O., por casi doce horas, quien resulta ser una persona delgada y sin condiciones de alcoholismo, descartando las sentenciantes los efectos que ello pudo producir en su defendido, sin apoyatura probatoria.

Por último, se refiere a la imposición del monto punitivo. Al respecto, afirma que, puesto que O. carece de antecedentes penales, no ha tenido vinculación previa con la ley penal, y por la cantidad de alcohol que ingirió, le correspondería el

mínimo de la escala penal prevista, conforme las demás circunstancias de hecho y derecho que oportunamente explicará en la audiencia a celebrar en esta instancia.

Alega que el Tribunal desechó atenuantes sin dar razones de ello. Con cita de los sufragios, sindica que la Dra. Asaro es contradictoria en su razonamiento, al tener por acreditada la ingesta de alcohol por parte del imputado y rechazando, al momento de determinar la pena, la disminución de su ámbito de autodeterminación; que la Jueza Flores es arbitraria y también contradictoria sobre el tópico, puesto que exige que se acredite el estado de embriaguez del imputado con prueba que no reclamó al momento de valorar ese estado en N., y que, respecto a las atenuantes (edad, educación y comportamiento posterior), los valora como agravantes, sin dar mayores explicaciones. Respecto al sufragio de la Jueza Reyes, señala que pondera el comportamiento durante el proceso, sin mencionar las demás circunstancias, obviando el tratamiento de circunstancias esenciales para la determinación de la pena. Concluye el recurrente que las tres Magistradas, a pesar de no coincidir en las valoraciones que efectuaron al respecto, arriban al mismo monto punitivo, por lo que encuentra contradictoria la fijación de la pena.

Finalmente, solicita se absuelva libremente a su defendido y, en su defecto, se le imponga el mínimo de la escala penal.

Por su parte, la Fiscalía en su escrito solicita se rechace la impugnación deducida, afirmando que la sentencia es producto de un razonamiento lógico y motivado, habiendo el Tibunal realizado una valoración integral de todos los elementos probatorios ventilados en debate.

Afirma que, respecto a la falta de motivación de la sentencia, el recurrente con lenguaje peyorativo- manifiesta que las Magistradas utilizaron información

que surge de sus propios pareceres, trayendo a colación "pasquines sacados de Google", sin dar referencias el quejoso sobre el hecho en cuestión. Contrariamente, la Acusadora pública alega que han esbozado debidamente sus fundamentos, siendo el fallo el resultado del análisis pormenorizado de cada una de las pruebas producidas en Juicio.

Señala que en cada uno de los votos se han valorado los diferentes testimonios de quienes prestaron declaración en debate, así como de los profesionales de la salud, y que de los mismos se convalida, más allá de toda duda razonable, la teoría del caso del Ministerio Público Fiscal.

Crítica al Defensor por efectuar extensas citas jurisprudenciales, locales y nacionales, con relación a la arbitrariedad de la sentencia, sin agraviarse en concreto y efectuando valoraciones sesgadas e incorrectas.

Advierte que, contrario a ello, las juezas, a través de la sana crítica racional, las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, efectuaron una motivación conforme lo dispuesto por los Arts. 25 y 169 de la Constitución provincial. Hace cita jurisprudencial con relación a ello.

Respecto a la tesis defensista sobre la existencia de una relación sexual consentida entre las partes, aduciendo un error de tipo, bajo el pretexto que el imputado habría creído contar con el consentimiento de la víctima, o que de manera subsidiaria existió un "actio libera in causa", sindica la Fiscal que ambas hipótesis resultan contrarias entre sí, y que el propio tribunal las desechó debidamente. En tal sentido, señala que la entidad cargosa de la prueba confirma la hipótesis fiscal

y descarta toda posibilidad que el imputado considerara que la víctima había consentido.

Refiere que las Magistradas tuvieron en cuenta los dichos de la víctima en su declaración de Cámara Gesell, en la que afirmó que no sabía lo que pasó, recordando solo que fue al domicilio de la hermana del imputado en compañía de ese, D. y T. M. M., que consumieron bebidas alcohólicas y que no recuerda más. Que al otro día amaneció en la cama de esa vivienda, mientras el condenado se encontraba trapeando el piso, y le manifestó que se bañara, a lo que ella accedió. Con posterioridad se comunicaron con D., porque su cartera había quedado en su auto y ese la acercó a su casa.

Que todas estas circunstancias, no fueron motivo de discusión en el debate, siendo acreditadas a través de diferentes medios probatorios, poniendo en crisis la Defensa la ingesta de alcohol de O. V., quién expreso que sí fue mucha la bebida que tomó, pero que los testigos M. y D. no dan cuenta de esa situación, y menos aún la víctima porque no lo recuerda, siendo esa hipótesis debidamente rechazada por las juezas. Sobre el tópico, efectúa transcripción de los votos de las Magistrada Asaro y Flores, que dan cuenta de tales circunstancias.

A continuación, refuta el segundo agravio postulado por el recurrente basado en lo declarado por el imputado quien afirmó que la víctima le pidió mantener relaciones sexuales y le solicitó perder con él su virginidad. Sindica que la joven no recordaba nada, pero que O. V. sí tenía claro lo que sucedió, lo que se condice con las expresiones de M. respecto que la víctima quedó planchada en la cama y que había tomado mucho, citando el voto de la Jueza Flores.

Afirma que, a través de los mensajes entre las partes, surge claramente que el imputado es el único que tenía en claro qué había pasado esa madrugada, y se encontraba en condiciones a recordarlo todo.

Por otra parte, señala que la cuestión de la pastilla del día después fue tratada por las Magistradas y, con transcripción del voto de la Jueza Flores, resalta que la conducta posterior del imputado, en este punto, demuestra la naturalización que posee de la cosificación de la mujer, toda vez que al verla indefensa se aprovecha que no podía consentir libre y voluntariamente el acto sexual por su estado de embriaguez. Y que por ello tuvo que ejercer fuerza, produciendo la lesión con características especiales (rotura del fondo del saco vaginal), lo que no se condice con una relación sexual consentida. Transcribe in extenso párrafos del voto de la Jueza Reyes, en relación al asunto.

Afirma que es fácil desechar la explicación dada por la Defensa respecto a la causa de las lesiones de la víctima, que considera fue por sequedad vaginal, puesto que la magnitud de dicha herida que surge de los testimonios de los médicos, preguntándose la Acusadora que, si el hecho fue como efectivamente pretende imponer la defensa técnica, en cuanto que la víctima lo animó a mantener relaciones sexuales y estaba dispuesta para eso, ¿por qué su cuerpo no?

Finalmente, luego de realizar una extensa transcripción del sufragio de la jueza Reyes sobre la cuestión, afirma que resultó dificultoso dar respuesta a los agravios del recurrente, toda vez que de ellos no se vislumbran sus reproches.

Con relación a la pena impuesta, señala que las Juezas arribaron a la misma con justeza, en consideración de los agravantes y atenuantes, lo que surge de la propia lectura de la sentencia, a la que se remite en su integridad, punto que ampliará en la audiencia pertinente.

Llevada a cabo la audiencia de impugnación establecida en el art. 385 del CPP, la Defensa ratificó el escrito y los desarrolló oralmente en similares lineamientos a los allí expresados, haciendo lo propio la Fiscalía.

La base fáctica traída por la acusación fue la siguiente: "*Que entre la noche del 02 de Febrero de 2019 y las 10 horas del día siguiente - 03 de Febrero de 2019- , en circunstancias de encontrarse en el domicilio de la hermana de O. V. F. sito en Barrio S. M., M. n° X., lote X., intersección de las calles M. A. y A. de esta ciudad, O., prescindiendo de la voluntad de la menor, quien se encontraba alcoholizada, la accede carnalmente vía vaginal con la suficiente fuerza brusca y traumática penetrante provocándole un desgarro en el fondo de la vagina de 3 cm de diámetro y de 1 de profundidad, razón por la que debió ser intervenida quirúrgicamente quedando internada en observación, recibiendo el alta dos días después, el 10/02/2019, a las 16 hs aproximadamente"*

Tras deliberar el Sr. Presidente puso a votación las cuestiones en el orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley XV Nº 9, antes Nº 5478).

El L. Marcelo PITCOVSKY dijo:

La presente Carpeta Penal llega a esta instancia, por impugnación ordinaria presentada por el Dr. C. G. D. M., Defensor del imputado F. O. V., contra la sentencia que lo condenara a la pena de Ocho años de prisión, en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal (Art. 119 tercer párrafo del CP). Los agravios

de la Defensa y el responde de la Fiscalía se detallan al principio de este decisorio, por lo que en honor a la brevedad a ellos me remito.

Los motivos del recurso, brevemente he de señalar, consistieron en que a juicio del impugnante, la sentencia carece de motivación, en tanto las Juezas no han explicado de qué manera arribaron a dicha conclusión, sin fijar jurisprudencia o doctrina que las acompañe en el razonamiento y justificando su posición en cuestiones abstractas, carentes de apoyo en la realidad de lo ocurrido en la causa. Cuestiona también el Sr. Defensor, que las Magistradas seleccionaron una prueba –de cargo-, por sobre la de descargo, sin precisar los motivos. Sobre este tópico cita doctrina y jurisprudencia.

A continuación, el Dr. D. M. hizo referencia a la actitud que tuvo su defendido luego de esa noche, relatando situaciones y acciones que descartarían que la relación sexual no haya sido consentida por la denunciante, agregando, además, que los mismos mantuvieron un diálogo previo a las relaciones sexuales. Hace mención a lo dicho por la menor en Cámara Gesell, que si bien refirió no recordar lo sucedido, que sólo tiene algunas imágenes, y que no consintió el acceso, por sus propias manifestaciones, cuando dijera que "capaz que yo quise en ese momento", en atención al estado de ebriedad en que se encontraba O. V., surge claro que la relación fue consentida, pues así lo tomó su defendido. Que las propias Juezas, agregó el Letrado, refieren a un estado de semi inconsciencia, lo que se traduce, según informes, en "no falta de consciencia", subrayó, solicitando por todo ello la absolución del inculpado, en tanto se trató de una relación sexual

consentida. En su defecto, peticionó se aplique el mínimo de la pena que prevé el tipo penal. Expresó sus razones.

El suceso delictivo que se incrimina, es que entre la noche del día 03 de febrero de 2019 y las 10 horas del día siguiente, en el domicilio sito en el Barrio S. M., M. X., lote X. de esta ciudad, O., prescindiendo de la voluntad de la menor N. S., quien se encontraba alcoholizada, la accede carnalmente vía vaginal. La penetración brusca le produjo desgarro en el fondo de la vagina, situación que la llevó a una internación e intervención quirúrgica, siendo dada de alta dos días después.

No habiéndose cuestionado la materialidad del hecho ni la autoría del mismo en cabeza del traído a juicio, pasaré a considerar si los motivos del recurso resultan ser procedentes.

A tal efecto, repasaré en primer lugar los fundamentos que dieron las Juezas para tener por acreditado que en el suceso no existió libre consentimiento de la menor para ser accedida por el imputado.

Destacó la Jueza Asaro, que al momento del hecho, la denunciante se encontraba semi inconsciente, por encontrarse totalmente ebria y por ende, no estaba en condiciones de repeler la acción emprendida por el acusado. Al tiempo de analizar la calificación legal, desechó la petición de la Defensa que invocara un error de tipo en el actuar del O.; como también que el mismo se encontrara en un estado de ebriedad absoluta y no pudiera comprender la acción que estaba ejecutando. Subrayó finalmente, que el inculpado no desconocía el estado de semi inconsciencia en que se encontraba la menor, del que claramente se aprovechó para mantener relaciones sexuales.

En la misma línea de razonamiento, la Dra. F. descartó que hubiera existido consentimiento alguno de la víctima para ser accedida por el imputado.

Evaluó en ese sentido los dichos de la menor, tales como "si hubiera estado consciente, jamás hubiera pasado algo así". Subrayó que producto del alcohol ingerido por N., su consentimiento se encontraba viciado, o inexistente, añadió. Refirió, además, que por el estado de semi inconciencia en que se encontraba la menor, no pudo expresar libremente su voluntad, más allá de sus recuerdos vagos del episodio. Rechazó también que el imputado hubiera incurrido en un error ante al falso conocimiento del consentimiento por parte de la joven, que excluía el dolo en su actuar, en tanto O. recordaba con detalles todo lo que había ocurrido y no podía desconocer el estado de semi inconsciencia en que se encontraba la joven, estado del que se aprovechó para accederla. Al tratar la calificación legal, enunció que la víctima no pudo consentir libremente la acción, pues se encontraba bajo los efectos del alcohol que le produjo vómitos, caídas y pérdida de recuerdos, teniendo sólo imágenes de lo sucedido y memoria del dolor que le producía la penetración. La Jueza Reyes, tercer votante, expresó que O. V., aprovechando el momento y la ebriedad con que se encontraba la menor, mantuvo relaciones sexuales sin su consentimiento, produciéndole las lesiones descritas por los médicos intervinientes. Al tiempo de escoger la hipótesis delictiva, desechó la presunta insinuación que le habría hecho la víctima al inculpado de mantener relaciones sexuales, en atención al estado de embriaguez en que se encontraba; punto avalado con suficiente prueba, la que menciona, en tanto, como dijera la joven, no recordaba nada de lo que le había ocurrido, salvo las borrosas imágenes que se le aparecían cuando intentaba recordar lo sucedido esa noche, particularmente cuando era penetrada. Desechó también la Magistrada, la posible alternativa de que

O. haya entendido que existió un consentimiento voluntario por parte de la joven para mantener relaciones sexuales, como también la petición del Sr. Defensor de aplicar en el caso la *Actio libera in causa,* a partir del estado de embriaguez del inculpado, pues el mismo recordaba sin problemas lo que había ocurrido, en todo momento.

Puesto a resolver el punto de agravio de la sentencia y el consecuente pedido de absolución del Sr. Defensor, he de juzgar, por los fundamentos que de seguido daré, que dicha impugnación no tendrá acogida.

Principiaré el análisis del asunto, a partir del cambio de paradigma establecido luego de las reformas legislativas con positivas transformaciones, donde quedó sentado, según surge de la última oración del primer párrafo del artículo 119 del CP, que para sancionar al sujeto/a que abusa sexualmente de una persona, con la innovación, ya no se trata de verificar cuantitativamente cuánto debió **oponerse** la víctima al abuso, o establecer si ésta se encontraba **impedida de resistir** el ataque sexual, sino que, por el contrario, ahora se trata simplemente de determinar si no hubo un libre consentir.

Es decir, con anterioridad a la reforma legislativa, la doctrina y la jurisprudencia consideraba que la conducta de la víctima requería de una oposición o resistencia al asalto. Surgía de la propia letra de la Ley. Actualmente, si por cualquier causa la víctima no pudo consentir libremente la acción, y de esta imposibilidad se aprovechó el sujeto/a activo, dicha conducta en consecuencia, deberá ser sancionada penalmente.

Desde esta perspectiva, he de encarar la revisión del decisorio, de lo acaecido en el curso del proceso y del debate, dado el control integral de todo lo ocurrido al que está llamada la Cámara en lo Penal, en relación a la impugnación presentada. Conforme el nuevo delineamiento que surge de la normativa legal entonces, y

atento a las pautas internacionales que surgen de las convenciones y tratados que regulan este tipo de casos, con violencia explícita contra la mujer, y en particular contra una menor de edad, los jueces están obligados a no utilizar ninguna palabra o conducta de la víctima para presuponer que aceptó un acto sexual cuando esté disminuida en su capacidad para dar su libre consentimiento, ni se debe inferir el consentimiento sexual por el silencio o la ausencia de resistencia, tampoco por el comportamiento anterior o posterior al hecho de la víctima.

Lo sustancial, es la libre decisión, pues la desaparición de dicho consentimiento resulta ser cardinal a la tipicidad, cual es, la protección del bien jurídico libertad sexual en toda su dimensión, la libertad de decidir, de disponer y en definitiva, de resolver la situación, en la antesala o durante la relación sexual.

Varios parámetros no deben soslayarse en el presente caso, como la edad de la víctima, menor mujer que contaba con apenas 15 años de edad, datos a los que se suma, que no había mantenido con anterioridad relaciones sexuales con persona alguna.

Como antes lo indicara, no fue controvertido por las Partes, que en la noche madrugada del 2/3 de febrero de 2019 O. V. mantuvo relaciones sexuales con la menor N., sino que la discusión en el contradictorio giro en torno a la existencia o no del libre consentimiento de la víctima para mantenerlas y el aprovechamiento de dicha circunstancia por el autor.

En este sentido, el inculpado declaró que esa tarde noche bebieron una gran cantidad de alcohol, dando detalles de lo ingerido. Que en un tramo de la noche también bailaron, que en un momento la chica N. dijo que quería vomitar,

por lo que se fue al baño, escuchando a continuación un ruido, y al entrar vieron que estaba tirada en el piso. Agregó que con T. (su amiga) la levantaron y la sentaron en una silla. En un momento T. se fue de la casa, antes se había ido su amigo E., quedándose sólo en el sitio con la denunciante, quien estaba tirada en la cama de la habitación.

Dando detalles de los momentos previos a la relación sexual, y en una apretada síntesis, de lo que considero relevante, O. se refirió al pedido constante de la menor para tener relaciones sexuales. En sus palabras, ella de la nada le dio un beso, seguidamente se besaron (él sorprendido), que en varias oportunidades le contaba de los problemas que tenía con su novio, sacándose a continuación la ropa, "le susurró que fuera su primera vez", añadiendo que por la ingesta de alcohol no lograba tener una erección, empero, ante la insistencia de ella, mantuvieron relaciones sexuales.

En cambio, la víctima señaló, respecto a lo ocurrido en la casa, que luego de la ingesta de gran cantidad de alcohol, sólo recuerda que estaban hablando, que había música, y luego el despertar a la mañana siguiente, con dolor en el bajo vientre, según señalara en su declaración. En cuanto al hecho en sí, refirió que al otro día tenía pensamientos, imágenes, donde el inculpado le introducía el "coso" (pene), sintiendo un dolor tremendo, era su primera vez, queriendo que quitara esa "cosa". Luego narró lo sucedido con posterioridad, la consulta con su amiga, su hermana, la ida al hospital, la intervención quirúgica y la denuncia.

Ante preguntas de la psicóloga en su exposición en Cámara Gesell, manifestó que nunca hubiera consentido tener relaciones sexuales, pues tenía novio, y además, no conocía al (F.) inculpado, agregando que si "quizá dijo que si", era por el propio estado en que encontraba, pero no lo recuerda.

Surge como datos sustanciales, que por un lado la víctima relata lo poco que rememora de esa noche, con vagos recuerdos que surgen de imágenes de intentar "sacárselo de encima", y el agregado del "acaso" hubo un consentimiento, ante la ausencia de un rechazo explícito que recordara, o de acción violenta previo al acceso, no recordando nada de ello por su propio estado ebriedad. Por otro lado, un relato del inculpado claro de la situación, negado por la víctima, de llegar a la relación sexual por expreso e insistente pedido de ella.

Los datos traídos por terceros, como los médicos que la revisaran e indicaran de las graves lesiones en la vagina y en el fondo de la misma por penetración violenta, con desgarro importante, más lo declarado por las psicólogas tratantes, el crédito de lo ocurrido lo tiene sin dudas el relato de la joven. Lo expresado por el acusado, sin dudas también para mejorar su situación procesal, intentando traer a escena una relación sexual libremente consentida, es más, intensamente solicitada por la menor de 15 años, quien se hallaba bajo un estado de ebriedad significativo, y sin conocer a O., es absolutamente increíble.

Los testigos presentes en la casa antes de que ocurriera el acceso, dieron cuenta del avanzado estado de ebriedad de la víctima, vomitando en el sitio, cayéndose en el baño, siendo ayudada para trasladarse, hasta ser dejada sobre la cama de la habitación.

Ya estando solos, víctima y victimario, surge un escenario con una adolescente en total estado de ebriedad, privada de autodeterminación, quien desde su estado de absoluta vulnerabilidad y sin reflejar voluntad alguna de oposición, el inculpado que actúa desentendiéndose de esta nula voluntad de la joven, que le

constaba viciada por la ingesta de alcohol, y aprovechándose de dicho estado, con maniobras decididas y permanentes, según relatara, la avasalla físicamente, la desflora y la desgarra en su saco vaginal.

Respecto a la ingesta de alcohol del acusado, ciertamente, por sus manifestaciones y por la propia conducta desplegada en el acceso estas circunstancias se encuentran alejadas de primero, que no haya podido comprender la criminalidad de dichas acciones y segundo, la propuesta de la defensa de que el mismo tampoco haya podido comprender ni conocer la acción criminal emprendida en razón de la pretendida *actio libera in causa*, en tanto pese a haber bebido, igualmente se aprovechó del estado de vulnerabilidad y de la imposibilidad de auto determinación de la menor para abusarla sexualmente.

Cabe agregar que las acciones siguientes y los mensajes posteriores de O. V. hacia la joven, y sus respuestas, no varían en un ápice el escenario de un acceso sexual no consentido, más allá que lo he de evaluar al tiempo de corregir la pena impuesta.

Se trata, según lo dicho por Valeria Lancman – F. Caffaro, en "Consentimiento en casos de abusos sexuales", pag. 234, "…*detrás del mero silencio o la ausencia de resistencia con signos externos visibles –recordando sobre este punto y como se dijo que "quien tolera pero no consciente es víctima de abuso sexual"-, también existirían genuinos supuestos de ausencia de aquiescencia que conformarían la tipicidad objetiva del abuso."*

En definitiva, se desprende del fallo que las Juezas consideraron demostrados los hechos y la intervención que se le adjudicó al acusado, para lo cual tuvieron especial consideración los dichos de la víctima, pero no redujeron sólo su análisis probatorio a ese testimonio, sino que su contenido fue confrontado

con el resto de las declaraciones de los jóvenes presentes en la vivienda donde ocurrió el hecho, y con la información que suministraron los médicos y psicólogos que la atendieron.

Conforme vengo de expresar, entiendo que debe rechazarse la impugnación presentada por el Sr. Defensor respeto a este tópico, debiéndose confirmar la sentencia en cuanto a la materialidad delictiva, a la autoría en cabeza del traído a juicio y a la correcta calificación legal escogida. Así voto.

Por último, el Sr. Defensor criticó la pena impuesta por entender que la misma resultaba arbitraria y contradictoria, pues las sentenciantes habían llegado al monto de ocho años valorando de manera distinta los parámetros propuestos por las Partes, solicitando a esta Alzada que la dosificación se fije en el mínimo legal, ello es, de seis años de prisión.

Analizada la sanción traída a revisión, y repasando los fundamentos expuestos por las Juezas en sus sufragios para justificar su alejamiento del mínimo de la escala, entiendo que ello debe ser corregido.

Atento lo ha señalado la Defensa, las Magistradas del Tribunal de cesura de pena, ponderaron los daños físicos sufridos por la joven –lesión del fondo del saco vaginal principalmente- y las consecuencias que ello acarreó –llegar al hospital casi desangrándose, debiéndose usar un protocolo de urgencia-, como circunstancias extra típicas, y por tanto, computable como agravante de la pena. Entiendo, en contraposición, que no debe evaluarse como más gravosas en el actuar del imputado estas situaciones, puesto que desde la posición del acusado en el momento del hecho, se colige que la lesión fue producto de la falta de lubricación

de la vagina y de la brusquedad en el ingreso del pene, pero como resultado o consecuencia no querida ni buscada por éste, más allá del propio acceso carnal.

Tampoco debe ponderarse el daño psicológico como secuela, toda vez que el mismo no resultó acreditado, circunstancia que es reconocida por las sentenciantes, más no obstante también la valoran como agravante.

Asimismo, no debe ser adicionado como agravante de la pena el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad por encontrarse la joven alcoholizada, pues como antes referí, ello la coloca en el tipo legal violentado, y por tanto no puede ser valorado nuevamente.

Considero correcto, en conclusión, ponderar como atenuantes la falta de antecedentes penales, su edad, y el comportamiento que tuvo el imputado luego del hecho, conducta que al cabo alertaron a la víctima de lo que le había sucedido, pese a su falta de memoria, y anoticiara de ello a sus allegadas, para luego concurrir al Hospital para su atención.

En suma, por lo expuesto y atendiendo los parámetros legales previstos en los artículos 40 y 41 del CP, entiendo justo y razonable se le imponga a F. O. V., pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas del proceso. Así voto.

En cuanto a la regulación de los honorarios profesionales del Defensor Particular Dr. C. G. D. M., por su labor en esta etapa, los fijo en (30) JUS con cargo a su defendido (Arts. 5 y 7 de la Ley XIII N° 4, antes N° 2200, y Art. 59 de la Ley V N° 90, antes N° 4920, y Arts. 239, 240, 241 del CPP).

La Juez Flavia Fabiana TRINCHERI dijo:

Llega la Carpeta N° 8356 a esta instancia de revisión en virtud de la impugnación ordinaria deducida por el Defensor Particular Dr. C. D. M. en favor de F. O. V., contra la sentencia N° 1792/2021 suscripta por el Tribunal Colegiado integrado por las Dras. Patricia Encarnación Reyes a cargo de la Presidencia, Carla

Yésica Yamila Flores y Patricia Susana Asaro, quienes condenaran al nombrado a la pena de ocho (8) años de prisión, accesorias legales y costas, en orden al delito de Abuso sexual con acceso carnal en carácter de autor (Art. 45, 119 tercer párrafo del CP).

Los antecedentes de la causa, así como los agravios de la Defensa, y su conteste por parte de la Fiscalía, fueron expuestos al inicio de la presente por los que en honor a la brevedad a ellos me remito.

Realizada la audiencia que prescribe el Código de forma –Art. 385 del CPP- y deliberado el Tribunal, paso a dar fundamentos respecto de la solución del caso, adelantando que mi voto consistirá en la confirmación parcial de la sentencia atacada.

Comenzaré mi análisis de acuerdo al orden de los agravios propuesto por la Defensa y volcados en la Audiencia del uno de setiembre del corriente año, queja que reseñaré sucintamente a fin de darle tratamiento.

El señor F. O. V. ha sido condenado por el siguiente hecho: *"Que entre la noche del dos de Febrero de dos mil diecinueve y las diez horas del día siguiente - tres de Febrero de dos mil diecinueve- , en circunstancias de encontrarse en el domicilio de la hermana de O. V. F. sito en Barrio S. M., M. n° X., lote X., intersección de las calles M. A. y A. de esta ciudad, O., prescindiendo de la voluntad de la menor, quien se encontraba alcoholizada, la accede carnalmente vía vaginal con la suficiente fuerza brusca y traumática penetrante provocándole un desgarro en el fondo de la vagina de 3 cm de diámetro y de 1 de profundidad, razón por la que debió ser intervenida quirúrgicamente quedando internada en*

observación, recibiendo el alta dos días después, el diez de febrero de dos mil diecinueve, a las dieciséis horas aproximadamente".-

En relación a tal reproche, tanto el imputado como la Defensa admiten la práctica de una relación sexual entre O. y la joven N. Z. S. sólo sostienen que la misma fue producto del consentimiento de la joven y en ello fundan ambos sus argumentos para rechazar la condena impuesta.

El Dr. D. M. expresa que las Juezas no aludieron a la prueba que demuestra la inocencia de su defendido. Menciona que la propia joven al declarar dice *"capaz que yo sí quise en ese momento"* y ello no fue valorado por el tribunal de forma alguna, insistieron en que la víctima se encontraba en un estado de alcoholización de tal magnitud que no le permitía recordar nada, siendo que el propio imputado, por medio de mensajes de texto le manifestó a N. que habían tenido relaciones sexuales consentidas y transcribe en su agravio lo escrito por la joven: *"No me pasé con ninguno de ustedes, no? Porque estaba re en pedo."*

F. O. le dijo que le contara a su hermana a lo que N. Z.S. se niega respondiendo que ambos estaban de novio (tanto ella como él) y lo hecho, estaba mal.

Que la joven en ningún momento hizo un reproche por sentirse *"abusada"* y fue su defendido quien le compró la pastilla *"del día después"* para que la tome por temor a que hubiera quedado embarazada y también le recomendó ir al Hospital por su dolor abdominal.

Se agravia que no ponderaron los dichos de la menor en Cámara Gesell y cita el Defensor: *"Luego en la Cámara Gesell N. Z. fijo criterios que no hablan de la falta de consentimiento sino de la falta de memoria que poseía el día posterior y saca conclusiones de que hubiese hecho de estar "consciente".*

Asimismo, dice frases como "si él estaba en pedo y yo en pedo, estaba bien" pero que "Capaz que yo quise en ese momento". Toda esta prueba decisiva en cuanto a lo que sucedió con la prueba que se incorporó al debate no ha sido analizada por parte de las juzgadoras cercenando prueba que es decisiva a la hora de probar la inocencia de mi pupilo procesal". (vid. fojas 104).

Se queja al mismo tiempo, que las Juzgadoras al ocuparse de las lesiones intra vaginales que tenía la joven, lo hicieron para sostener la hipótesis acerca de la fuerza con la que su pupilo arremetió sexualmente contra ella, aunado a la sequedad vaginal que tenía ya que no se encontraba excitada y lubricada para practicar un coito.

Reprocha que el Tribunal no tuvo en cuenta lo dicho por el Dr. A. I. - médico ginecólogo que la intervino en quirófano por la lesión intra vaginal- quien expresó que las mismas podían deberse ya que se trataba de *"su primera vez"*. El Dr. D. M. también sostiene la falta de agresión por parte de su pupilo, acreditada con la experticia de la médica forense Dra. B. quien no encontró lesiones extra vaginales.

Le achaca a las Judicantes haberse convertido en *"peritos médicos expertos"* al analizar la falta de memoria de la joven como una medida para establecer la ausencia de consentimiento y hablar de *"semi inconciencia"*, determinando a la vez que O. –quien había bebido-, pero él si recordaba lo ocurrido.

Continúa el Defensor aludiendo a los episodios de vómitos que tuvo N. Z.S. y explica que ello detiene el proceso de degradación metabólica del alcohol en el

organismo, lo que llevaría a que la joven tuviera conciencia de lo ocurrido, contrariamente a lo sostenido por las señoras miembros del Tribunal.

Arguye que no ha sido probado en términos médicos la semi inconciencia de la joven al momento de los hechos, cuando la realidad es que los dos estaban alcoholizados y respecto de O. sostienen que, si bien había bebido, ello no fue suficiente para llevarlo a un estado de inimputabilidad, que no tienen prueba científica alguna de lo que afirman, sólo ponderan la falta de memoria de la víctima frente al recuerdo vívido del hoy condenado.

Reseñados brevemente los agravios del señor Defensor, comienzo con el análisis del relato de la joven el que impresiona sincero, además de lo ya dicho en relación a su declaración la Lic. P. quien no advirtió fabulación u ocultamiento en sus dichos, sin alteraciones del criterio de realidad, y así fue valorado por las sentenciantes.

N. S.Z. expresa que desde la tarde estuvieron tomado cuando fueron a la playa, *"trajeron bebidas, estábamos hablando entre todos, escuchando música... salimos cuando estaba oscuro… el chico -O.- tiró la idea de ir a su casa… entonces T. y creo que E. fueron a comprar bebidas y algo para picar…. Fuimos a la casa… recuerdo estábamos sentados hablando con música y luego pufs! Y no recuerdo nada y me levante al otro día y éste estaba trapeando… no me podía ir sin mi bolso –se lo había olvidado en el auto del chico E.- y él – O.- le escribió para que se lo traiga… yo todavía tenía re alcohol, me había pegado mucho el alcohol super crazzy…"*

A su turno, los testigos también dan cuenta del consumo de alcohol de N. T. M. refirió que ésta había tomado mucho y eso la descompuso, que debieron llevarla a la habitación para recostarla y *"quedó planchada"*.

E. D. al deponer describe como se desarrolló el encuentro entre este grupo de personas: que estaba en el I. con su amigo O., T. y otra joven, previo a ir a la casa del primero ya habían consumido bebidas alcohólicas y antes de llegar a la vivienda, compraron dos vinos. Allí pusieron música, bailaron, continuaron bebiendo y él, como se sintió mareado, se retiró alrededor de la una de la mañana. Al día siguiente, F. se comunica con él para que le lleve el bolso a N. que había quedado en su auto.

El propio F. O. cuenta acerca del consumo de alcohol de la joven: que la amiga de T. subió al auto, fueron a la playa y allí tomaron Fernet hasta terminarlo, luego por invitación de él se dirigieron a la casa de su hermana y de camino pararon en un kiosco y compraron vino y gaseosa el que bebieron en la casa mientras conversaban y escuchaban música. Al terminarse la gaseosa, se dirigió a la heladera y sólo encontró vino, el que diluyó con un poco de agua y sirvió en cuatro vasos, los que tomaron.

Su amigo E., al darse cuenta que *"se estaba poniendo en pedo"* se va de la casa y él luego de despedirlo, ve que N. quería vomitar, él se quedó con T., escucharon un ruido y ahí fue que vieron a N. tirada en el piso y la ayudaron a levantarse y la sentaron en una silla. Luego T. se fue, él se sentía mareado, fue a la habitación y vio a la chica acostada en la cama como que quería vomitar, él se acercó para decirle que no vomite en la cama –que no era de él- y allí ella le dijo *"vení, vení"* y lo besó.

Si bien es acertado, tal como sostiene la Defensa, que no se cuenta con un dato científico, un análisis clínico acerca del alcohol en sangre de cada uno de los

protagonistas y qué efecto pudo tener en los mismos, y tampoco fueron preguntados al respecto los profesionales médicos al deponer, lo cierto es que de los relatos de los cuatro actores de esa noche: O., N. Z.S, D. y M., quienes vieron a la joven momentos previos a quedarse a solas con el imputado, dieron cuenta de manera concordante de la ingesta de alcohol y el estado de embriaguez de la nombrada, por lo que encuentro atinadas las conclusiones a las que arribaran las sentenciantes sobre esta circunstancia.

Asimismo, y ocupándonos de los dichos del imputado, él mismo refiere que la joven se cayó al piso y debieron auxiliarla, se dormía, vomitó y luego quería seguir vomitando, por lo que también se condice con el estado en el que se encontraba N. Z.S.

Ahora bien, el meollo del agravio que hay que desentrañar es si el imputado accedió a la joven, vía vaginal, "*aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción*", tal como dispone el Art. 119 del CP en su primer párrafo, último supuesto.-

Si partimos de la afirmación que *"... la mayoría de los delitos sexuales se constituyen sobre la base de un menoscabo a la autodeterminación sexual de la persona con capacidad para disponer de su libertad sexual...*" (conforme lo expresa G. Eduardo Aboso, "Derecho Penal Sexual", Ed. B de F, Pág. 271) y, como se dijo, de las manifestaciones físicas que la joven presentaba la madrugada del suceso, nos encontramos con el primer escollo para afirmar la joven estaba en pleno uso de sus facultades. Explico.

Al referirse al supuesto del 119 del CP que nos ocupa, la doctrina habla de *"embriaguez"*, que en el caso, ha sido una alcoholización suficiente para que ella recordara mediante flashes lo ocurrido y no tuviera pleno dominio de su cuerpo. Los testigos refieren que se caía, se dormía, hablaba sola, que vomitó; esas

actitudes sumadas a la edad de la joven, demuestran por sí solas que se encontraba con su salud física y psíquica alterada en esos momentos.

Considero que le asiste razón al Defensor cuando afirma que la joven se muestra afligida por lo ocurrido estando de novia con otro joven, así como por el reproche familiar ante el suceso, y que al mismo tiempo F. O. no tuvo una conducta desaprensiva con ella, le compró el medicamento contraceptivo, le dijo que le contara lo ocurrido a su hermana y que fuera al Hospital por sus dolencias.

Sin perjuicio de lo dicho, previo a todo ello, nos encontramos con que el imputado mantuvo relaciones sexuales con una joven –de quince años en ese entonces- que había conocido unas horas antes y que la había visto beber de continuo y actuar de manera manifiestamente descoordinada. Él, a partir de lo que observó y conforme su experiencia y sentido común, debió conocer que no estaba totalmente lúcida al momento de accederla carnalmente, por lo que no era libre en su consentimiento.

Por otro lado, como se dijo, encuentro sincero el relato de la joven al decir *"tal vez los dos estábamos borrachos, me la mandé, tal vez yo también quería"*, pero lo cierto es que, a la luz de los nuevos lineamientos legislativos, F. O. debió abstenerse de arremeter contra la joven a pesar de las palabras de duda o incertidumbre que ella misma manifiesta.

Digo esto en la comprensión que una pareja puede mantener relaciones sexuales habiendo bebido previamente y que ello, consecuentemente, libera ciertos frenos inhibitorios, -pudiendo en ese contexto el sujeto pasivo renunciar a la tutela penal-, pero en el caso que nos ocupa, e incluso a los ojos del propio O., la joven

estaba visiblemente alcoholizada (se caía, se dormía, vomitaba) y era patente que N. Z.S. no tenía absoluto dominio de su cuerpo ni era libre en su voluntad, por lo que no puede inferirse que su libre consentimiento fue dado en la relación sexual, más aún si a ello le sumamos las lesiones intra vaginales que presentaba la joven, que marcan, al menos, la falta de lubricación que conlleva un estado de excitación.

Por todo lo expuesto, encuentro acertada la responsabilidad penal endilgada a F. O. V. respecto del delito de Abuso sexual con acceso carnal por el que fuera condenado y la sentencia tal como está en relación a ello, debe confirmarse, no advirtiendo arbitrariedad alguna en la valoración de la prueba realizada por los Judicantes, quienes han demostrado el análisis intelectual desarrollado para descartar la hipótesis de descargo traída por la Defensa.

Dicho esto, he de decir que disiento con la valoración que hacen las Juzgadoras acerca del monto de pena impuesto, el que encuentro desmedido. Doy razones.

De acuerdo a las pautas que mandan los artículos 40 y 41 del CP, las Judicantes coinciden en que, resultan circunstancias atenuantes que F. O. sea un condenado primario y no cuente con antecedentes penales condenatorios.

Luego, en su análisis, parten del mínimo de la escala penal elevando el monto de seis años, coincidiendo en circunstancias agravantes, las que encuentro desacertadas y, en aras a la economía procesal, brevemente reseñaré sus argumentos sin ocuparme de cada voto en particular, ya que se expresan en similares términos.

Le reprochan al señor O. V. que al acceder sexualmente a N. Z.S. se aprovechó de su estado de embriaguez, actuando *“sobre seguro”* –Vid Voto Dra. Flores fojas 88/vta y el estado de debilidad o indefensión consecuente a la borrachera –Vid voto Dra. Reyes fojas 99-.

Tal accionar, es una circunstancia que tenemos por acreditada al ocuparnos de la autoría y materialidad, pero ponderarla en este estado, sería incurrir en una doble valoración ya que se encuentra contenida en el tipo penal *"aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción".*

En igual yerro incurren al reprocharle que la conducta disvaliosa se desarrolló cuando T., la amiga de N., se retiró de la vivienda y F. y N. quedaron solos. La experiencia nos indica que este tipo de delitos, los llamados *"de alcoba",* no suceden frente a testigos, los que hubieran impedido el accionar del encartado o se hubieran convertido en prueba de cargo. No se comprende el fundamento de esta agravante.

En relación a la lesión intravaginal que sufrió la joven con el acometimiento, que fue sanada mediante una intervención quirúrgica, no es ajustado achacársela al imputado como una circunstancia agravante. Si bien esta herida fue producida por su accionar, forma parte de un hecho único donde no puede tenerse por acreditado que O. tuvo el dolo de lesionarla en el interior de su cuerpo, ni siquiera que haya tenido conocimiento que estaba provocando tal herida interior, por lo que este plus, debe desecharse.

Para finalizar, el daño psicológico del que dio cuenta la Licenciada P. al deponer y también manifestó la joven, a la luz de tales probanzas, no puede soslayarse que también parte de su aflicción se debía a su entorno familiar y cultural. Los hermanos dejaron de hablarle ante lo ocurrido ya que le habían anunciado que la violarían si se vestía de esa manera –ella los definió como de

“mente cerrada”-, su madre también dejó de hablarle y no la acompañó a las citaciones judiciales, además que en lo personal, se encontraba de novia al momento del suceso y ello le generaba cierta culpa.

Todo esto, también formó parte de su perturbación emocional luego del hecho; por lo que resulta extralimitado cargarle a O. todo el malestar posterior como *“extensión del daño causado”* como parte del reproche, sin tener en cuenta que el desconsuelo de N. Z.S no obedece solamente al delito del que fue víctima.

Así las cosas y en atención a las circunstancias atenuantes ya ponderadas por el Tribunal de juicio, aunado a la actitud del encartado posterior al hecho al demostrar ciertos miramientos hacia la víctima, me llevan a proponer disminuirle la pena al mínimo de la escala penal.

Conforme se ha expuesto, la prueba rendida en el debate se ha analizado en forma integral y correcta, y los jueces de la instancia han dado razones suficientes y han demostrado el camino lógico llevado a cabo para llevar a la certeza positiva requerida en una sentencia de condena, cumpliendo de forma acabada con lo prescripto por el art. 25 del CPP y 169 de la CN, por lo que he de rechazar la impugnación ordinaria interpuesta y confirmar parcialmente la sentencia en lo que concierne a Autoría y Materialidad y disminuir la pena en dos años. Así lo voto.

Entiendo justos los honorarios del Sr. Defensor Particular Dr. D. M., fijados por el Juez del primer sufragio. Así voto.

El Juez Rafael LUCCHELLI dijo:

Voy a remitirme, en su integridad, a la reseña del caso que se hiciera al inicio de la presente, en atención a la puntillosa descripción de la misma. -

Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación deducida por el Defensor de confianza del imputado, Dr. C. G. D. M., contra la sentencia en que el Tribunal del Juicio, condena a F. O. V. a la pena de ocho años de prisión,

accesorias legales y costas por ser el autor, penalmente responsable en orden al delito de Abuso sexual con acceso carnal (artículos 45 y 119 tercer párrafo del Código Penal).-

En la audiencia a tenor del artículo 385 del C.P.P. el Defensor explico sus agravios, ratificando en un todo el escrito oportunamente presentado. Asimismo, la Titular de la Acción Pública también ratifico su responde.

El hecho traído a consideración fue el ocurrido entre la noche del 02 de Febrero de 2019 y las 10:00 horas del día siguiente, en circunstancias de encontrarse en el domicilio de la hermana de F. O. V., sito en Barrio S. M., M. Nº X., lote X., intersección de las calles M. A. y A. de esta ciudad, O., prescindiendo de la voluntad de la menor, quien se encontraba alcoholizada, la accede carnalmente vía vaginal con la suficiente fuerza brusca y traumática penetrante provocándole un desgarro en el fondo de la vagina de 3 cm de diámetro y de 1 de profundidad, razón por la que debió ser intervenida quirúrgicamente quedando internada en observación, recibiendo el alta dos días después, el 10 de febrero de 2019 a las 16 horas, aproximadamente.-

El primer agravio que señala la Defensa es la carencia de motivación y fundamentación suficiente, ya que, a juicio del Defensor, el Tribunal de Juicio no explica qué lo llevó a condenar a su pupilo lo que le impide controlar la rectitud del pensamiento de los Magistrados en la sentencia apelada, por lo que considera que la misma, deviene arbitraria.

Indica, además, que el Tribunal de anterior instancia ha dejado de lado prueba decisiva que, a su juicio, determinaba la realidad de los hechos. En ese sentido,

explica que fue la propia víctima, en la Cámara Gesell quien dijo: “Capaz yo quise en ese momento”. Por otro lado, critica que no fuera correctamente analizado el hecho que el imputado fue quien le contó a la joven lo que habría ocurrido esa noche.

También señala que se ha omitido valorar lo dicho por el médico especialista que intervino quirúrgicamente a N.Z. quién a preguntas realizadas por la Defensa explicó que la lesión que el galeno debió suturar pudo haber sido producido porque se trató de la primera relación sexual que tuvo la joven.

Por último, se queja el esforzado Defensor, por la ponderación de la pena que hiciera el Tribunal, solicitando a todo evento, que se lo condene a su asistido por el mínimo de la pena que la figura legal establece.

Seré breve. Puesto a resolver el presente recurso, disiento con la solución que propician mis distinguidos colegas. Doy fundamentos.

No tengo duda alguna que entre la noche del día 02 de febrero de 2019 y las 10:00 hs del día siguiente, en la casa ubicada en el B° S. M., M. N° X., lote X. de esta ciudad, F. O. V. tuvo relaciones sexuales con la niña N.S.Z (quien era virgen), y se encontraba alcoholizada. El acceso carnal vía vaginal, le provocó un desgarro a la niña en el fondo de la vagina de 3 cm. de diámetro y de 1 cm. de profundidad razón por la que debió ser intervenida quirúrgicamente quedando internada en observación.

También tengo acreditado como explicara la Magistrada Asaro en su sufragio sobre las secuelas psicológicas de la joven que: *"... nos brinda su relato la Licenciada M. P. Señala que a N. se le practicó el psicodiagnóstico, realizándose entrevistas de evaluación, una semi-dirigida y, por otro lado, se le aplicaron test de evaluación psicológica, como Bender, HTP, Rorscharch. Durante las*

entrevistas noto la soledad de la niña respecto a la denuncia que había radicado, así como sentimientos de angustia y de vulnerabilidad. Los Test aplicados mostraron un algo índice respecto a las vivencias traumáticas, la intensidad emocional la desbordaba, lo cual la llevaba a tener ideas de muerte, un alto índice de riesgo de suicidio, presencia de indicadores emocionales destructivos que la llevaban a fallas cognitivas y un intenso malestar por la imposibilidad del psiquismo de reorganizarse frente a este impacto traumático. Las técnicas aplicadas daban cuenta de un estado de estrés, alteraciones en el sueño, sensación de temor, inseguridad hacia el entorno. También manifestaba sentimiento de culpa por lo sucedido y como impactaba en el entorno familiar, lo cual aumentaba su malestar. Este sentimiento de abandono y soledad, se pudo corroborar al no asistir su madre al debate, ni tampoco a las entrevistas del psicodiagnóstico."

También tomó nota de lo dicho por la Dra. B., quien al intentar explicar las lesiones que sufriera la niña explica que "*son compatibles con coito violento, maniobras violentas de penetración, sin preparación previa, sin lubricación adecuada"* indicando con relación a este tópico que: *"la falta de lubricación en las relaciones sexuales tiene incidencia en que la vagina no se encuentra preparada, por lo cual los órganos del suelo pélvico empiezan a subir para hacer lugar a la penetración. En este caso, la evidente falta de preparación fue determinante para ocasionar el cuadro lesional antes descripto".-*

Toda la prueba apuntada indica, con un alto grado de probabilidad positiva, que los hechos ocurrieran como lo señalara el Ministerio Público Fiscal. Sin embargo, cuando analizamos la totalidad de la prueba a la luz de la Sana Crítica racional -

favor rei mediante- la probabilidad queda solo en eso. Y no puede llegar a la certeza que una sentencia condenatoria requiere.-

El principio *in dubio pro reo, como derivación lógica del principio de inocencia, goza de raigambre constitucional, y como enseña el maestro Maier: "Su contenido, al menos para el Derecho procesal penal, es claro: la exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. Precisamente, la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o aun la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución." (Maier, Julio, "Derecho Procesal Penal, I Fundamentos", Ed. Del Puerto, pág. 495).-* Sabemos que el día 2 de febrero de 2019 N.S.Z. instada por su amiga T. fue a la playa con ella, el imputado y otro joven. En la playa comenzaron a beber alcohol y se trasladaron a la vivienda dónde, cuando quedaron solos el imputado y la denunciante, se produjo el hecho que se investiga.

A excepción de T. (quien a la sazón se encontraba embarazada) y no consumió mucho alcohol, los demás integrantes del grupo lo hicieron. Sin duda alguna, la más afectada en cuanto a los efectos del alcohol fue N.S.Z. La Dra. F. cuando analiza el testimonio de T. lo transcribe: *"¿Ustedes dónde estaban? estábamos en la casa de la hermana de F., estábamos en el living, estábamos hablando de su pareja y yo de la mía. Estuvimos un buen rato hablando en el living y después me tuve que ir. ¿Vos habías tomado? Si. ¿F. había tomado? Si.*

¿Cuánto? La que más tomó fue N. ¿F.? No estábamos tan tomados como N. ¿Fue al baño? Si, estaba vomitando y se cayó. La sentamos en la silla e igual se cayó.

¿Hablaba? No. ¿Estaba consciente de lo que pasaba? No sabría decirte. ¿Participaba de la charla? No. La sentamos y después la llevamos a la cama y planchó."

Ahora bien, las Magistradas hacen hincapié en que el modo comisivo que habría adoptado el imputados fue aprovecharse "de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción", pero, para justificar que el imputado efectivamente se "aprovechó", caen en argumentos ex post. En ese sentido la magistrada Reyes señala que: "...*Ahora bien, como puede válidamente entenderse que la víctima pudo consentir la acción, como puede válidamente decir el acusado que entendió según su interpretación que la joven tenía la clara intención de realizar un acto sexual cuando no estaba consciente de lo que pasaba a punto tal que no recordaba nada de lo ocurrido..."*. En ese sentido, valdría la pena preguntarse que si T., bajo juramento, no supo decir si la joven era consciente o no de lo que sucedía cuando la acostaron, porqué el imputado debía saber que la misma no tenía la libertad suficiente para consentir o no un acto sexual. Por otro lado, pensar que el imputado la desvistió a la joven, para luego volver a vestirla, la accedió en contra de su voluntad y después le contó cuando ella le preguntó si había pasado algo, transgrede el principio lógico de razón suficiente. Aquél principio de la lógica que el filósofo Leibniz llamó el gran principio: "todo tiene su razón de ser", vale decir, siempre existe un porqué. Ahora bien, si la desvistió contra su voluntad o estando inconsciente y aprovechándose de ello, la accedió y la volvió a vestir (según el principio antes aludido sería para que no se dé cuenta) ¿por qué luego le contaría que había pasado lo que pasó? Es más lógico pensar que

el imputado, creyó que la joven quiso tener relaciones (probablemente por tener los frenos inhibitorios menguados) pero así y todo, consentidas. A través de gestos o palabras le dio a entender al imputado su deseo en ese sentido. Por otro lado, en su Cámara Gesell, la joven (a partir del minuto 23:46) expresó: "...*Hablé con ella, y ella me decía que la denunciara pero yo decía que no porque...capaz el estaba en pedo, no lo sé, yo creía que sí estaba en pedo y seguro se dieron las cosas así. O no sé, capaz, yo si quise...*". Ahora bien, utilizando el principio de razón suficiente, ¿por qué la joven señala que pudo haber querido? y lo que resulta más importante y que diera cuenta el Sr. Defensor, si los dichos de la joven - que plantea la posibilidad de una relación consentida y por ende no punible- no merecieron ningún tipo de explicación por parte de las Magistradas, ¿cómo esa circunstancia no probada juega conforme la regla del *favor rei* antes indicada?. Para contestar esto, una vez más, debo acudir a Julio Maier quien explica que:" *Conviene aclarar que la falta de certeza se puede presentar tanto respecto de la imputación y sus elementos (las circunstancias fácticas o, incluso, los elementos normativos o culturales fundantes de la acción u omisión típicas, la participación del imputado y su culpabilidad), como en relación a las causas de diverso orden que excluyen la condena y la pena.* ***Sólo que, cuando se trata de una causa que excluye la condena o la pena, la falta de certeza opera en forma inversa:*** *la falta de certeza sobre la existencia del hecho punible conduce a su negación en la sentencia: en cambio la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación, de inculpabilidad o de impunidad de existencia probable, según el caso, conduce a la afirmación...." (Maier, Julio, Opus cit., pág.500, la negrita me pertenece).-*

Así las cosas, favor rei mediante, considero justo absolver al imputado por el hecho por el cual fuera condenado, toda vez que no se ha descartado de manera

certera la posibilidad que la relación sexual haya sido realizada de manera libre y consentida. Así lo voto.

Toda vez que he quedado en minoría con relación a la postulación que realizara corresponde adentrarme al agravio concerniente a la determinación de la pena.

En ese sentido concuerdo con los colegas en que corresponde ajustar la misma al mínimo de la escala penal.

Ello, así toda vez que se ha ponderado como agravante las secuelas que tendría la joven, sin discriminar cuanto de ello le es achacable al entorno familiar. Digo esto, ya que lejos de acompañar a la joven luego de la experiencia que ella calificara como "amarga", la criticaron incluso, algunos integrantes de su familia no le hablaron más, culpabilizándola por lo ocurrido. Todo ello, sin duda alguna, no puede serle achacado al imputado. También considero desajustado las consideraciones que realizara la Jueza Flores al no tener como atenuantes la edad del imputado, ni el consumo de alcohol como factor que menguo su ámbito de autodeterminación.

Así las cosas, considero ajustado a derecho, conforme lo establece los artículos 40 y 41 del Código Penal, reducir la pena hasta el mínimo legal. Así lo voto.

Con relación a los honorarios profesionales, concuerdo con los distinguidos colegas que me preceden ya que han sido mensurados conforme la ley que regula el asunto.

Concuerdo con la regulación de honorarios fijados en el primer sufragio, pues resulta ajustada a la ley que regula el asunto. Así voto.

Con lo que se dio por culminado el Acuerdo, pronunciándose por mayoría el siguiente:

FALLO:

I) RECHAZAR PARCIALMENTE la impugnación ordinaria del Defensor Particular Dr. C. G. D. M., con costas (Art. 385 del CPP).

II) CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia glosada a fs. 59 a 100, de fecha veintinueve de junio del 2021, registrada bajo el Nro. 1792/2021 OFIJU-PM, **modificando la pena impuesta a F. O. V., la que quedará en SEIS años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29 inc. 3º, 40 y 41 del C.P.)**.

III) REGULAR los honorarios profesionales, por su labor en esta etapa, del Sr. Defensor Particular Dr. C. G. D. M. en (30) JUS (Arts. 5 y 7 de la Ley XIII N° 4, antes N° 2200, y Art. 59 de la Ley V N° 90, antes N° 4920, y Arts. 239, 240, 241 del CPP.). -

IV) REGISTRESE, protocolícese, notifíquese mediante sistema informático a las Partes, ello a los fines de su publicidad.

L. Marcelo PITCOVSKY **Rafael LUCCHELLI**

Juez de Cámara Presidente de Cámara

Flavia Fabiana TRINCHERI

Juez de Cámara

Ante mí:

Corina Franco
Secretaría de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº 17/21 CPPM DEL AÑO 2021. CONSTE.-

Corina Franco
Secretaría de Cámara