

SENTENCIA N° cuatro /2020.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los **diecisiete días del mes de febrero del año dos mil veinte**, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por los Señores Magistrados **Dres. Richard Trincheri, Florencia Martini y Fernando Zvilling**, presidido por el último nombrado, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación en el caso judicial **MPFNQ 116.991 Año 2018** identificado como "**L...., I..... S/ABUSO SEXUAL**" caso seguida contra **I..... E..... L.....,**, titular del D.N.I. nro., nacido en la Provincia del, el,, con instrucción, con domicilio en Barrio de la localidad de

Intervinieron en la instancia de impugnación los Dres. Andrés Azar (Fiscal del caso) y Pablo Gutiérrez (Querellante particular) y por la defensa técnica lo hizo el Dr. Juan Manuel Coto, encontrándose presente además el propio imputado.

ANTECEDENTES/REFERENCIAS:

I.- Por sentencia del 16 de septiembre de dos mil diecinueve, los Jueces Cristian Piana, Ana Malvido y Daniel Varessio resolvieron, por unanimidad, declarar a **I..... E..... L.....** autor penalmente responsable, en orden al delito de Abuso Sexual con acceso carnal en

perjuicio de G..... O.....conforme artículos 119 párrafo tercero y 45 del Código Penal.

Los mismos magistrados, el día 25 de noviembre de 2019, impusieron al nombrado la pena de seis (6) años de prisión de efectivo cumplimiento más accesorias legales (art.12 CP) y costas del proceso.

El Dr. Juan Manuel Coto, interpuso en tiempo y forma impugnación ordinaria contra ambas sentencias, aunque en la audiencia ante esta Sala solamente se agravió de la declaración de responsabilidad. Realizó una breve exposición sobre la admisibilidad formal y los antecedentes del caso. Así, efectuó un rápido recorrido de las posiciones asumidas por las partes respecto al contenido de la imputación en las distintas instancias, incluidos los alegatos de apertura y clausura del juicio, poniendo énfasis sobre la referencia de las partes a "estado de inconciencia" y "ebriedad", adelantando con ello parte de los motivos de agravios, y describió sintéticamente lo declarado por la víctima y algunos testigos como así también los argumentos expuestos por la jueza ponente, Dra. Ana Malvido, al fundar la sentencia impugnada (p.1/13).

A continuación expuso sobre los motivos de agravios, los cuales totalizan tres, siendo el primero de ellos: **"... Nulidad de la Sentencia de Responsabilidad por**

haberse dictado violando la garantía de correlación entre acusación y sentencia..." (p.13/18). Sobre ello el impugnante expresa que L..... fue acusado de haber llevado a cabo el hecho valiéndose del estado de inconsciencia de G....., que no le permitió consentir libremente el acto pero, la sentencia de responsabilidad, lo condenó por haberse valido del estado de embriaguez que la misma tenía y que le impedía consentir libremente el acto. Agregó que su parte produjo prueba en ese sentido y argumentó respecto de ello. El defensor resaltó que se verifica la violación de tal garantía al demostrarse la existencia de la variación fáctica aludida, porque "...durante toda la investigación y en el control de acusación..." se le hizo saber a L..... que cuando accedió carnalmente a O.... ésta estaba inconsciente mientras que se lo condenó por haberla accedido carnalmente mientras estaba en estado de ebriedad. En uno de los hechos no hay consciencia mientras que en el otro la hay, vale decir son dos hechos distintos.

Sigue diciendo el letrado que no importa aquí la mención que hacen los acusadores sobre la imposibilidad de consentir libremente el acto, porque esa es la subsunción jurídica al reproche penal. En cualquier caso que no haya podido el sujeto pasivo del delito consentir libremente el acceso carnal habrá delito sexual, ahora bien, expresa el Dr. Coto que ello no significa que

todos los hechos fueran iguales. Reproduce lo que habría expresado el fiscal del caso con adhesión del querellante en la formulación de cargos, lo cual se habría repetido en el control de acusación. El defensor manifiesta que llegado el juicio advirtió al Tribunal en el alegato inicial sobre tal circunstancia y lo repitió en el alegato final pero la sentencia desatendió las variaciones en el discurso fáctico de la acusación. Más allá que una embriaguez aguda pueda llegar a causar una inconsciencia en un caso hay voluntad (discutiéndose qué tan viciada está) y en otro no la hay. Agregó el impugnante que esta variación repercutió en la defensa puesto que, por estar defendiéndose de otro hecho, no cuestionó la embriaguez o la vinculación entre la misma y el consentimiento puesto que el hecho que la acusación sostuvo fue la inconsciencia. La Dra. Malvido expresó que la defensa no cuestionó la embriaguez y ello se debió a que no se defendió de este extremo puesto que no se cuestionó la ebriedad porque la acusación era por el estado de inconsciencia.

Seguidamente, el defensor sostuvo que en todo caso la fiscalía debió probar dos extremos: no solo la ebriedad sino la imposibilidad de haber brindado un consentimiento válido, algo que no discutió porque la acusación era otra pero que igualmente el tribunal dio por cierto. Por ello también recordó en el alegato final que

los acusadores tuvieron múltiples oportunidades para definir qué es inconsciencia y sin embargo no lo hicieron. Y en ningún momento se probó tampoco que G..... estuvo en estado de inconciencia. Asimismo la variación en la acusación provocó la imposibilidad que la defensa produzca evidencia que contradiga la afirmación que, en definitiva, termina haciendo el Colegio de Jueces al señalar que *"el estado de embriaguez fue lo que impidió libremente la acción"*.

El segundo motivo de agravio planteado por el defensor es la **"arbitraria valoración de la prueba"**, cuyo efecto pretendido también es la declaración de nulidad de la sentencia de responsabilidad (p.18/35). Dice el Dr. Coto que se violentó la regla establecida por el Art.21 del CPP. Más adelante también califica de absurda la valoración de la prueba por parte del Tribunal de juicio. En principio el impugnante realiza "consideraciones generales", cargando a los jueces de haber minimizado el condicionamiento negativo de varios testigos hacia L....., cuando allí se encuentra parte de la explicación de la presión efectuada sobre O.... para denunciar. Expresa que la sentencia valora arbitrariamente el testimonio de la denunciante, al considerarlo como "fuente de verificación confiable" de la acusación presentada, criticando el defensor que se considere confiable la declaración de alguien que se

encontraba en estado de ebriedad al momento de comisión del hecho, considerando que se omitió responder a este "argumento central" que su parte brindó cuando analizó la prueba. La propia terapeuta de la joven dijo que la memoria no retiene precisamente todos los detalles ni es capaz de recordarlos de modo exacto en cada ocasión. Si a esto, propio de cualquier persona, se le suma el estado (de ebriedad) en que la misma se encontraba, el análisis sobre el valor de su testimonio se ve notoriamente afectado. Sin embargo la Dra. Malvido -según el impugnante- minimizó el valor de esa aseveración.

Agregó la defensa que la propia decisión cuestionada establece que la joven sólo tenía "*flashes*" de lo sucedido, o sea, un testimonio que, además de percibido en estado de ebriedad, reconstruía el hecho de manera fragmentada. La testigo no recordaba cómo fue que se quedó sin ropa, tampoco recordaba otras cuestiones pero sí pudo afirmar que, de lo que recuerda, en ningún momento le manifestó a L.....que no tenía su consentimiento y ello solo sucedió en el Hospital y resulta algo que no merece un reproche penal, puesto que lo que la ley reprime es el hecho de ir en contra del consentimiento de la persona cuando esto es conocido de antemano o durante el acto, lo que suceda después, o que el imputado pueda enterarse luego, no le es reprochable. Tampoco valoró la sentencia lo

dicho por G..... a sus amigos y a la licenciada Mamani sobre que había padecido un ataque de pánico. Así señaló que estaban ante una doble limitación a la percepción pero el Colegio de Jueces no trató esta argumentación. No es posible con este testimonio descartar que el acusado hubiera tenido el consentimiento expreso de la joven y que eso haya sido manifestado en alguno de los momentos que no recordó. Aun así, pese a que había olvidos y contradicciones, en aquellos momentos que la testigo recuerda pudo afirmar a preguntas que esta defensa le formuló que no le manifestó en ningún momento a L..... que no le prestaba su consentimiento.

Siempre según el Dr. Coto, se *omitió analizar las contradicciones internas y externas del relato de G.....* Dice que para la vocal preopinante el relato fue persistente pero esto es una afirmación que presupone una valoración arbitraria de la prueba dado que se ha fragmentado ese testimonio. En la decisión impugnada se afirma la existencia de persistencia en el relato de la joven pero por otro lado se reconocen desacoples y sin explicar en qué consisten tales desacoples ni por qué razón no tienen valor para enervar la persistencia que el relato tiene según este mismo voto. El primer dato de la coherencia interna del testimonio que se omite considerar se vincula con lo que la propia G..... señaló que le

relató a su madre, ella afirmó categóricamente haberle dicho a su mamá en el hospital que existió una relación sexual consentida. Esto se suma a otra contradicción que se omitió absolutamente valorar pero sí fue reseñada en los antecedentes del caso y tiene que ver con lo que G..... le dijo a D.... L..... luego que esta se fue del Hospital. Más allá que aquí sí se recopiló esa información en la decisión, no se valoró por lo cual corresponde la misma crítica. La mención que la Dra. Malvido hace respecto a que "a D..... L..... se lo contó en la primera oportunidad que tuvo y pudo hacerlo" es equivocada puesto que omite valorar que, inmediatamente después a esa oportunidad hubo otra comunicación donde contradujo todo aquello que le había contado (acá el defensor se refiere al intercambio de mensajes entre G..... y L.....).

Otra crítica es que -de acuerdo al Dr.Coto- la decisión judicial en cuestión *omitió analizar la presión para realizar la denuncia que ejercieron los compañeros de colegio de G.....* La parte considera que esta afirmación es arbitraria y omite considerar todo lo sucedido entre que D.... L..... se anotició del hecho y la denuncia formulada luego de la visita que sus compañeros le hicieron a su casa. Se puede decir que no hubo problemas entre la denunciante y L..... de antemano pero L..... tenía múltiples problemas con quienes fueron a la casa de O.... a

convencerla para que efectúe la denuncia, identificando a F..... C..... como quien la convenció de hacer la denuncia, al punto de decirle que si no accionaba O.....lo haría ella misma. Desde el punto de vista defensorista, también fue arbitraria la valoración de los testimonios de D..... L..... y F..... Z..... Ambos testigos estuvieron en el lugar donde el hecho se produjo sin advertir la ocurrencia del mismo. Es un dato que contradice la hipótesis acusatoria. En este sentido está claro que los testigos no escucharon lo que, según G....., a ella le ocurrió. Esto es llamativo dado que los jóvenes escucharon distintos momentos entre los cuales estuvo el momento en que lo escuchan a L..... bajar, ni ellos tampoco bajaron durante el tiempo que L..... estuvo abajo. Sólo lo hicieron una vez que él mismo ya estaba arriba, cuando oyen el ruido del golpe de G..... contra el piso. Sobre L.... reitera lo descrito más arriba en su relación.

El extenso segundo motivo de agravio de la defensa incluye lo que sería -desde su visión- una incorrecta valoración de los testimonios de las psicólogas que declararon durante el debate, porque la evidencia vinculada a la experticia psicológica no tendría el valor que la decisión recurrida le atribuye. La perito forense Mamani afirmó una serie de características sobre la personalidad de G..... y de los adolescentes en general.

En este sentido destacó de su personalidad la necesidad de aprobación de los demás, algo que la defensa consideró como una explicación de las razones que la hicieron mantener la denuncia pese a su posición. Amén de ello Mamani no hizo un rastillaje de traumas como para poder establecer si los padecimientos que halló se vinculan al hecho denunciado o a otro que haya sucedido anteriormente por lo cual es evidente que debe descartárselo a la hora de valorar la existencia o no de evidencia que convalide el relato. En relación a Jorgelina Brito, afirmó que la memoria no era una videgrabadora y también, a preguntas que la defensa hizo, quedó demostrado que intervino como terapeuta y ese análisis es diferente al pericial. Así, a la luz de no haber recibido un relato preciso de los hechos, no es posible considerar su testimonio.

Finalmente, también sería incorrecta la valoración de la evidencia médica relativa al estado de salud de G....., única prueba que se recibió de parte de un profesional sobre el estado de la denunciante en el momento de los hechos: el testimonio de Silvia De La Vía Herbas demostraría que G..... no estaba inconsciente y que no le respondía a la profesional porque no quería. También habría sido incorrecta la valoración de la evidencia médica relativa a la lesión equimótica dado que los magistrados expresaron, en relación a los testimonios de Combina y

Cozzarín, que "Del análisis de tales testimonios observamos que ambos facultativos encontraron lesiones en la parte del brazo izquierdo de G....., lo que corrobora sus dichos cuando dijo que N.... la había agarrado del brazo", descartándose la explicación que la defensa realizó sobre la posible etiología de esa equimosis porque G..... tuvo que ser subida a la camilla y para esa faena, toda vez que estaba en el piso, tuvo que ser levantada de sus extremidades para llegar a la camilla. Esta explicación no fue rebatida ni tampoco tratada cuando se valoró la lesión que sí tuvieron los jueces por acreditada y que, en definitiva, consideraron que abonaba el testimonio de la denunciante pese a que solo lo mencionó en ocasión del debate oral. Con anterioridad, pero dentro del mismo motivo de agravio, la defensa señaló contradicciones entre lo que la denunciante declaró en el debate y lo que relató al Dr. Cozzarín. Así, no habría quedado debidamente establecido si L..... utilizó o no preservativo durante el acto sexual ni tampoco si eyaculó en la cavidad bucal de O... o no.

El tercero y último motivo de agravios fue enunciado por el defensor como **"Incorrecta aplicación de la ley sustantiva en virtud de haberse considerado incorrectamente la tipicidad de la conducta a la luz del Art.119 del C.P."** (p.35/38), en subsidio al primer motivo de agravios. Manifiesta el defensor que para el Colegio de

Jueces "el estado de embriaguez fue la circunstancia que le impidió consentir el acto" y la parte considera que en este caso particular se demostró la capacidad de decidir voluntariamente que tenía G..... pese a su estado de embriaguez. Con cita de doctrina que entiende aplicable, el impugnante considera que, aun cuando pudiera considerarse que el hecho que debe considerarse es la embriaguez, no se probó durante el debate que G..... se haya encontrado imposibilitada de decidir sobre su libertad sexual y por ello la afirmación sobre la tipicidad de la conducta comportó una incorrecta aplicación del derecho sustantivo. Más bien se habría probado el extremo contrario; esto es, que la denunciante tenía capacidad de decidir en los momentos en que el hecho se habría producido. Está fuera de discusión que no hay ninguna mención expresa de G..... sobre la negativa al consentimiento en el acto sexual. Esto surge no sólo de la declaración de responsabilidad sino también del interrogatorio que la defensa le hizo a la querellante. Es decir que, en los momentos que recuerda, no menciona ninguna referencia expresa sobre negar el consentimiento y señaló que eso sólo lo dijo en el Hospital cuando L..... fue a verla. El Dr. Coto recordó haber señalado que "...G..... toma una decisión voluntaria que es quedarse a dormir en la casa de L.....esperando el colectivo...ella habló con su mamá y como la mamá no la podía

buscar nos íbamos a volver en colectivo. Entonces, estas acciones, son acciones voluntarias. Tienen un propósito. No fue casualidad que discó y habló con la mamá para ver si la buscaba...esto nos está hablando de una persona con capacidad de tomar acciones voluntarias...". Este momento inmediato anterior sobre el cual la defensa argumentó fue omitido absolutamente por los magistrados y el tratamiento del mismo sería una prueba respecto de la capacidad de decisión de la denunciante al momento del hecho. La contracara de ello es que no hubo aprovechamiento por parte del acusado. Incluso N..... L..... dijo que la joven no quiso subir y decidió quedarse en el sillón durmiendo, lo que suma para afirmar que tenía capacidad de decisión, recordando además que la médica De La Vía Herbas manifestó que G..... no respondió a sus preguntas por propia decisión. La acusación no realizó esfuerzo alguno para demostrar que, estando en estado de ebriedad, no podía consentir libremente la acción.

En su petición, el abogado defensor pidió la nulidad de la sentencia impugnada, haciendo reserva de impugnación extraordinaria y del caso federal.

II.- En función de lo dispuesto por el artículo 245 del CPP se convocó a las partes el día 3 del corriente mes y año a audiencia oral, en la que se

escucharon los argumentos a favor y en contra de los agravios sostenidos por la parte impugnante.

Dio inicio el defensor quien ratificó los lineamientos de la impugnación escrita, cuyo contenido fuera descripto precedentemente, reiterando que se violentó el principio de congruencia; se valoraron arbitrariamente varias testimoniales, se fragmentaron ciertas declaraciones, se ignoró la presión que existió para que G..... realizara la denuncia contra su defendido I..... E..... L..... sobre quien había animadversión, principalmente de F..... C..... quien dijo que convenció a O... para accionar. El testimonio de G..... fue valorado arbitrariamente, no surge de la sentencia de qué forma la capacidad viciada por el alcohol afectó su consentimiento, reiterando también la cuestión del ataque de pánico. Las contradicciones internas y externas de G..... no surgen de la decisión judicial atacada porque el testimonio fue fragmentado. Repite las contradicciones escritas en la impugnación y que los jueces denominan desacoples, resumiendo la parte que se trata de una única testigo directo con muchas contradicciones, reiterando sus críticas respecto a cómo se valoraron los testimonios de los compañeros de G..... que estaban en la casa de L..... cuando ocurrió el hecho, como asimismo de las psicólogas y de las evidencias médicas. Sobre el tercero de los motivos

de agravios, reiteró que no se probó que su defendido hubiera aprovechado el estado de G.....-

El fiscal del caso, a su tiempo, dijo que se allanaba a la admisibilidad formal de la impugnación aunque se opuso a su procedencia, defendiendo la sentencia de responsabilidad dictada. En relación al primer motivo de agravios dijo que se trataba de una mera disquisición terminológica o semántica, está claro que el imputado se aprovechó del estado de embriaguez. Recordó la posición del Ministerio Público Fiscal en cada estado del proceso. Dijo que en el alegato de apertura del juicio sostuvo que su parte iba a probar como el imputado se aprovechó del estado de embriaguez. Toda la prueba de cargo apuntó a eso. La defensa supo de lo que tenía que defenderse, nunca la fiscalía debía definir qué era estado de inconsciencia porque nunca fue tal el medio comisivo por el cual se acusó. Las proposiciones fácticas nunca cambiaron y atendiendo a lo que significa la congruencia existió identidad de sujetos, de acción típica y de medios comisivos.

En referencia al segundo motivo de agravio, manifestó que evidentemente existieron desacoples en el testimonio de la víctima debido a la agresión sexual que sufrió y que se encontró en estado de ebriedad. Sin embargo resaltó el testimonio de L... y Z..... que

declararon que bajaron apenas sintieron el ruido cuando G.....cayó, existiendo coherencia interna en el relato de la denunciante lo cual es destacado en la sentencia. También explicó satisfactoriamente la joven porqué a su madre le expresó que la relación sexual fue consentida (existencia de miedo) y que la sentencia remarcó que el testimonio era veraz sin perjuicio de los precitados desacoples. F..... C..... manifestó que G..... tenía vergüenza de contar la agresión sexual a sus padres, la víctima primero minimizó el hecho pero no lo negó. El Dr. Azar recordó la cantidad de personas presentes en el juicio cuando la víctima fue interrogada sobre los detalles de la agresión sexual sufrida, justificando la crítica que efectúa la contraparte en referencia a la declaración del Dr. Cozzarín, resultando una cuestión de sentido común según el funcionario. No es lo mismo decir que no recuerda a directamente negarlo.

Sigue diciendo el fiscal del caso que lo que señala la defensa, esto es, que la víctima no habría expresado su falta de consentimiento al acto sexual, resulta peligroso de aceptar porque sería exigir la presencia de defensa vigorosa, activa, por parte de la víctima para que se considere que no hay consentimiento a la relación sexual ("manual de la buena víctima"). Sin embargo el fiscal del caso manifiesta que la ausencia de

consentimiento es autosuficiente para acreditar las exigencias del art. 119 del CP. El Tribunal apreció la prueba en forma conglobante, no de manera aislada.

Dada la palabra a la querrela el Dr. Pablo Gutiérrez adhirió a lo dicho por el fiscal del caso, sin perjuicio que resaltó algunas cuestiones puntuales. Dijo que la defensa trata de extraer algunas partes de la decisión judicial que lo favorecen para mostrar aspectos parciales pero se debe mostrar "la película completa". En relación al primero de los motivos de agravios, coincidió con el Dr. Azar en que la acusación fue siempre la misma, en que se trató de una víctima (G.....) imposibilitada de consentir el acto por estar privada de sentido. Lo que se dijo de "estado de inconciencia" no tiene relación con el art.34 del CP (inimputabilidad). El querellante citó al autor Edgardo Donna refiriéndose a distintos supuestos sobre los medios comisivos del art.119 del CP, resaltando que el encuadrable al caso es el de la víctima privada de sentido, aunque el letrado recuerda que en ciertos casos el mismo autor habla de "estado de inconsciencia" al referirse a la privación de sentido, o sea en algunas ocasiones particulares existe equivalencia. No puede la defensa sentirse "sorprendida". Sobre esto destaca que en ocasión de hablar en el alegato de apertura en el debate expresó

que L....."aprovechó el estado de ebriedad de la señorita O.....".

El querellante defendió la sentencia de responsabilidad impugnada atento a que los magistrados realizaron un análisis global de la prueba rendida en el debate. Respecto a las características del hecho abusivo, los testigos declararon y contaron que G..... quedó durmiendo en el sillón atento el estado de ebriedad en que se encontraba, que I.... L..... luego bajó y después escucharon el ruido cuando cayó la víctima y bajaron, observándola con algunos cambios, por ejemplo con el pantalón desabrochado. Ya sobre el segundo de los motivos de agravios, el Dr. Gutiérrez manifestó que tanto L.... como Z..... son coincidentes cuando describen los tiempos, momentos, formas en que se encontraba G..... Por otra parte, F..... C..... contó lo que habló con la víctima, primero telefónicamente y luego en forma personal, G..... siempre dijo lo mismo sobre el hecho. También mencionó la intervención que tomó el asesor pedagógico del Colegio. El querellante reiteró lo expresado por la fiscalía en relación a lo que primero la denunciante le dijo a su madre. Y también que quedó claro que la joven le dijo a L..... que no había tenido su consentimiento cuando la accedió carnalmente.

El querellante disintió con la visión del impugnante sobre el contenido del intercambio de mensajes entre L..... y la víctima debido a que nunca G..... manifestó que los abusos no ocurrieron. También rechaza el abogado lo señalado como contradicción por el impugnante cuando se refiere a los dichos de la denunciante sobre cómo llegó a la puerta del baño, siempre la víctima dijo que fue tomada por L..... del brazo y llevada adentro del baño. Respecto al uso o no del preservativo por parte de L..... fue él quien se lo dijo a O..... y, en referencia a lo que dijo Cozzarin sobre el particular, el querellante recuerda que el forense dijo "por lo que tengo entendido" fue dentro de la cavidad bucal que eyaculó el imputado pero no expresó que G..... le manifestó eso ni tampoco formó parte del informe respectivo. Igualmente, la denunciante explicó cómo fue convencida por F..... C..... para accionar pero no manifestó que existió presión, solamente pensó en las mujeres menores de la familia de L..... que les podría pasar lo mismo pero no existió coacción. Tampoco hubo presión del grupo de amigos o compañeros de G..... para accionar. Quedó claro que había algunos de un lado y otros del otro bando pero no surgió que se hubiera obligado a la víctima a denunciar el abuso de L....-

El Dr. Gutiérrez sostuvo que quedó totalmente justificado que ni L.... ni Z..... hubieran

escuchado ni visto la agresión sexual, dado que subieron y había música y ruidos siendo imposible que pudieran escuchar. En cambio sí participaron y son coincidentes en cuanto a lo que sucedió cuando escucharon a G..... caer del sillón. En cuanto a lo declarado por la médica nunca ella dijo que la víctima deliberadamente no quiso contestarle sino que fue una apreciación personal de la testigo. Esto no significa que G..... haya consentido libremente la acción. En referencia al último agravio, no coincide con lo que la defensa menciona como acciones de la denunciante que indicarían que aquella estaba consciente. Ni ella ni L.... le pidieron a L..... quedarse a dormir en su casa. Una cuestión muy importante sobre cómo estaba G..... en el momento previo a sufrir el ataque sexual lo manifiestan L.... y Z.....: la dejaron en el sillón y no la subieron por el estado de ebriedad en el que se encontraba, no la pudieron subir.

En su derecho a réplica, refiriéndose al tema estado de inconsciencia-ebriedad, el Dr. Coto - reiterando un dato ya expresado por él- dijo que lo primero que hay que ver es lo que su parte advirtió al Tribunal en relación a la disquisición de los acusadores (la precisó en 09 horas 01 minuto del registro audiovisual). Remarcó que existe violación a la garantía de congruencia. La misma sentencia reconoce que la defensa no controvertió el estado

de ebriedad. Critica que la fiscalía sostenga que su parte exige a G..... un comportamiento contenido en un "manual de la buena víctima". Reitera que hay que observar su alegato dado que dijo que el testimonio de la denunciante es sincero pero, teniendo en cuenta el estado de capacidad receptiva en que se encontró, existieron contradicciones en su relato que no fueron respondidas. Insistió en su mirada sobre la situación que generó la denuncia de G..... Por último, en relación al art.119 del Código Penal (agravio tercero), si se sigue la posición de los acusadores sería un tipo abierto. No se dio la definición que refiriera anteriormente y entonces había que demostrar la cuestión volitiva. Durante el momento del hecho G..... no le hizo saber a L..... que no prestaba el consentimiento para el acto.

Dada la palabra al imputado I..... E..... L..... dijo que fue condenado por algo que no hizo. Expresó que se dijeron (principalmente desde fiscalía) cosas que no son ciertas. Se van a encontrar denuncias con gente afectada como él. La charla en el hospital no fue esa. Tampoco lo que se dijo de L..... que fue a su casa. Lo están acusando de algo que no hizo.

III. Habiendo sido escuchadas las partes, este tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia (art. 246 del C.P.P.N.), por lo que cumplido el

proceso deliberativo y efectuado sorteo entre los magistrados resultó que los Sres. Jueces debían observar el siguiente orden de votación: En primer término el **Dr. Richard Trincheri**, en segundo lugar la **Dra. Florencia Martini** y, finalmente el **Dr. Fernando Zvilling**.

CUESTIONES: I. ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por la defensa?, II. ¿Qué decisión corresponde adoptar? III. ¿corresponde la imposición de las costas?.

VOTACIÓN:

I.- A la **primera cuestión** el **Dr. Richard Trincheri**, expresó:

En lo que a la admisibilidad de la presente impugnación respecta, y sin perjuicio que no existió oposición de los acusadores, se advierte que la vía recursiva intentada satisface exigencias de impugnabilidad, tanto en la faz objetiva como subjetiva. El recurso fue presentado por parte legitimada, revistiendo el pronunciamiento censurado carácter definitivo pues la sentencia atacada pone fin al caso judicial imponiendo una pena de prisión de cumplimiento efectivo. (Cfr. arts. 227, 233, 236 y 239 del CPP). Es mi voto.

La **Dra. Florencia Martini**, manifestó: Comparto lo manifestado en el voto del vocal preopinante por coincidir con los argumentos. Mi voto.

El **Dr. Fernando Zvilling**, dijo: Hago propio lo expuesto por el colega que liderara el sufragio. Así voto.

II.- A la segunda cuestión el **Dr. Richard Trincheri**, expresó:

Adelanto que de la atenta lectura de la sentencia de responsabilidad impugnada, como asimismo del contenido del litigio entre las partes llevado adelante ante esta Sala, no se observan los agravios señalados por la defensa.

Nunca resulta ocioso recordar que el Tribunal Superior de Justicia desde inicio de la implementación del Código Procesal Penal vigente ha establecido que el Tribunal de Impugnación Provincial debe: *"a) comprobar que los magistrados del juicio hubieran dispuesto de la correcta actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que la prueba se hubiese incorporado bajo la vigencia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad ("juicio sobre la prueba")*; *b) comprobar la existencia de elemento probatorios con suficiente consistencia para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia ("juicio sobre la suficiencia de la prueba")* - el destacado en negro me pertenece-; y *c) verificar que el tribunal de juicio haya cumplido con el deber de*

motivación, es decir, que se haya concretado de manera real el fundamento de la convicción del juzgador y que este convencimiento se base en parámetros lógicos y razonables ("juicio sobre la motivación y su razonabilidad"), labor que también se extiende a una función valorativa de pruebas no comprometidas con la inmediación pero que se desarrolla, en este último tipo de pruebas, bajo el control de la racionalidad de las inferencias realizadas, censurándose las fundamentaciones ilógicas o irracionales, absurdas y, en definitiva, arbitrarias" (Tribunal Superior de Justicia, Sala Penal, en Acuerdo Nro.33/2015 de fecha 16 de octubre de 2015, caso **"PALAVECINO PABLO ESTEBAN S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO..."**).

A continuación se dará respuesta al primero de los motivos de agravios. En principio se transcribirá lo escrito por los magistrados en la sentencia en cuestión: **"...En el caso que nos ocupa, en primer lugar, no observamos alguna variación en la plataforma de los sucesos fácticos, como lo pretende señalar la defensa, toda vez que las acusadoras siempre hicieron mención que el estado de embriaguez fue lo que impidió consentir libremente la acción y que esto fue lo que aprovechó el imputado; es verdad que se aclaró que la pérdida de sentido de G..... no llegó a un estado de inconsciencia y que de manera alguna cuando se habló de tal estado tampoco se**

hacía referencia al estado mencionado en el art. 34 del C.P. El estado de embriaguez en definitiva no resultó cuestionado, ni siquiera por el esforzado defensor puesto que su argumento central giró en torno a que G..... no dio un relato confiable porque percibió todo esto en un estado de ebriedad..." (p.29/30).

De acuerdo a la petición del impugnante, la decisión judicial debería ser anulada por esta Sala, debido a que según su visión se violentó el principio de congruencia establecido en el primer párrafo del art.196 del CPP, a respetar por los jueces en tanto ordena que: "la sentencia sólo podrá dar por acreditados hechos o circunstancias contenidas en la acusación...". Está claro que de producirse tal conculcación se vulneraría la defensa en juicio (Eduardo Jauchen, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo III, Rubinzal-Culzoni, p.510, ed.2012). Sin embargo, como se asentará a continuación, en el caso tratado no existe esa falta de correlación entre acusación y sentencia aducida por la defensa en la impugnación.

El Dr. Coto había adelantado su queja en oportunidad de alegar en el juicio, como lo explicó en la audiencia ante esta Sala y, en verdad, los jueces dieron una concluyente respuesta en la parte transcripta y resaltada y además, como señalaron los acusadores en la litigación de la audiencia del art.245 CPP, siempre el

imputado y su defensor supieron fehacientemente en qué consistía la acusación. Aun así, deben señalarse algunas cuestiones sobre "estado de inconsciencia" y "ebriedad o embriaguez", principalmente enseñanzas de calificada doctrina que -al abordar los medios comisivos del primer párrafo del art.119 del CP- utiliza dichos términos, relacionándolos en ciertas ocasiones en la conceptualización, si bien no los iguala porque la ebriedad o embriaguez es privación de sentido y no estado de inconsciencia absoluta, es en todo caso estado de consciencia perturbada. Sin embargo, traigo esto a colación porque la existencia de dicha relación terminológica relativiza de alguna forma la absoluta incompatibilidad que plantea el defensor. Así Donna ("Derecho Penal Especial", Rubinzal-Culzoni, T.I, p.547/648, ed.2011). También Buompadre, quien afirma que "...una víctima está privada de sentido cuando se encuentra ante la imposibilidad de comprender el acto que realiza, sea por padecer un estado de inconsciencia o estar con la conciencia gravemente perturbada..." ("Derecho Penal Parte Especial", T.I, Mave, p.356, ed.2000). Asimismo Ricardo Nuñez: "...la víctima está privada de sentido si...por causas fisiológicas que no afectan la normalidad de sus facultades, no puede discernir lo que le pasa por falta de conciencia. Es lo que sucede con la persona dormida, ebria, desmayada, etc."("Manual de

Derecho Penal Parte Especial", edición 1999, actualizada por Víctor Reinaldi, Marcos Lerner, p.105). Andrés D'Alessio dice: "...se encuentra privada de sentido quien esté en una situación de inconsciencia no patológica, como podría ser el sueño, ciertos grados de ebriedad, el desmayo" ("Código Penal de la Nación, comentado y anotado", T.II, La Ley, ed.2011, p.235). Como corolario a lo que se viene apuntando, otro prestigioso penalista de segunda mitad del Siglo anterior y primeros años del presente, Eduardo Aguirre Obarrio, refiriéndose a la previsión legal del artículo 119 CP "...cuando la persona ofendida se hallare privada...de sentido..." (derogada luego por Ley 25087 del 14/5/99) la consideraba "técnicamente impropia" y proponía cambiarla por: "en estado de inconsciencia" ("Los Delitos" T.I, TEA, p.427/428, ed.1996).

Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, lo cierto es que el motivo de agravio no se observa porque desde el control de acusación en adelante siempre se le hizo saber a L..... que había aprovechado el estado de ebriedad de G..... O.... para accederla carnalmente sin su consentimiento. Y no puede dejarse pasar una contradicción bastante visible en el discurso del defensor. Por un lado el Dr. Coto sostiene que no discutió la cuestión de la ebriedad en el juicio (según dijo porque el medio comisivo imputado era otro) pero, al mismo tiempo,

y lo repitió varias veces, da por sentado que la denunciante estaba ebria y trata (con insistencia) de hacerlo valer en su apoyo cuando cuestiona la credibilidad que a tal relato adjudica la sentencia porque - arguye el mismo impugnante- O.... se encontraba en estado de ebriedad. Es decir, como se verá más abajo en el análisis de la valoración probatoria del Tribunal de juicio, todas las personas que observaron a la accionante la noche del hecho testimoniaron en el debate que G..... se encontraba en estado de ebriedad y convencieron de tal extremo con suficiencia a los jueces pero, y esto es relevante, también persuadieron de ello al abogado defensor.

Por lo demás, y esto también es irrefutable, el querellante (como se escribió más arriba) expresó en la audiencia ante esta Sala que en su alegato inicial del juicio advirtió el aprovechamiento- por parte de L.....- del estado de ebriedad de G..... al momento de la comisión del hecho, sin que pudiera ser ello rebatido por el defensor, no obstante lo cual, lo afirmado por el Dr. Gutiérrez fue confirmado con la observación de la video filmación referida en la parte pertinente. Corresponde entonces el rechazo del planteo referido a la conculcación del principio de congruencia.

Previo a entregar los fundamentos al segundo motivo de agravios del impugnante, corresponde

asentar lo declarado por la denunciante de acuerdo a la sentencia en cuestión: "...G..... L.... O..... declaró que el 31 de julio de 2018 organizaron con los compañeros de su curso una juntada, a pesar que no se llevaban del todo bien, la juntada sería en la casa de I..... L....., estuvo A....., F....., D....., L..... entre otros; la juntada comenzó como a las 10 u 11, luego hicieron tragos, después algunos se fueron al casino a bailar y otros se quedaron, tipo 2 o 3 de la mañana A....., P.... y otros se fueron al casino; estuvo tomando y de ahí sólo tiene flashes de lo ocurrido: I..... la agarró del brazo y la llevó al baño, la casa era de dos plantas, arriba dos dormitorios, abajo baño, cocina y un living-comedor, la cocina era chica y estaba al lado del baño; recuerda que la tenía agarrada de la cabeza, lo mordió o le hizo algo porque recuerda que I..... le dijo "más despacio"; otro flash: tenía el pantalón bajo, la estaba penetrando, tiene la imagen de verlo a través del espejo del baño, ella estaba contra la pared al frente del espejo, después recuerda haber estado en el sillón y caerse; en el baño tiene una imagen de que I..... estaba parado o arrodillado en el baño, le tiraba el pelo; lo debe haber lastimado porque recuerda que dijo "más despacio" no recuerda si lo mordió; no recuerda si decía algo ella o él; el sillón estaba en el living, comenzó a escuchar a los chicos; no podía moverse porque le

agarró un ataque de pánico, recuerda que le mojaron la cabeza y que L..... decía que había hablado con su mamá que era médica, F..... Z..... decía que llamarán a un médico; otro recuerdo que tiene que un policía le preguntaba si había tomado o consumido drogas; ese día no consumió drogas, sí alcohol y mucho, vodka, melón con speed, cree que también fernet, pero lo que más tomó fue vodka; después recuerda haber estado en la ambulancia; habían como tres personas, a D..... no la vió; la llevaron al hospital Castro Rendón (aquí vale aclarar que si bien la testigo señaló este lugar se debió a un error involuntario, porque en definitiva quedó determinado por el resto de las testimoniales que fue al Bouquet Roldán, extremo debidamente aclarado por la fiscalía); la bajaron en una ambulancia, le dieron ganas de ir al baño, D..... L..... la acompañó y ahí le contó que L..... la había abusado; "N.... me violó", D..... la abrazó y le preguntó si estaba segura, que iba a estar en todo momento con ella; después fueron a la sala del hospital; después vinieron sus padres, pero le dijo que había estado con I..... pero el hecho había sido consentido; lo dijo así porque tenía miedo y vergüenza, en esos momentos no tenía ganas de hablar; después de eso en el grupo de whatsapp vio que I..... había mandado una foto, en el que estaban los dos en el hospital, la mandó para que el grupo estuviera tranquilo;

luego reconoce que mandó un mensaje a D..... diciéndole que todo estaba bien; cree que fue retirado en una camioneta S10 con sus padres; al otro día no fue a la escuela, no tenía ánimo; sus padres creyeron que había sufrido un ataque de pánico, porque había sufrido un episodio así en una oportunidad en que discutió con su novio, al principio del año pasado, se largó a llorar y no pudo moverse ni hablar; no recuerda cuando volvió a cursar pero no fue en lo inmediato; se enteró que D..... le había contado a F..... y éste a L..... C.....; cuando volvió a la escuela la llamaron para que cuente, primero lo contó a F..... C.....; F..... y D..... vieron cosas que no le cerraban por eso querían saber la verdad; sus compañeros fueron a su casa, donde les terminó de contar todo lo que recordaba; sus padres se enteraron cuando fueron llamados por los directivos de la escuela; no tenía mucha relación con I....., era agrandado, no hablaban nada entre ellos; nunca pasó nada entre ellos antes del hecho, nunca se le insinuó; I..... estaba de novio con A..... S....., los comentarios eran que la maltrataba, ella una vez lo vio que la tiró del brazo; se le exhibieron capturas de pantallas de mensajes enviados por ella diciendo que con I..... estaba todo bien, que fue una confusión y una fotografía de los dos sonrientes; todos estos extremos fueron reconocidos por la testigo; ante preguntas

formuladas por la querrela dijo que recuerda que I..... la tomó del brazo, estaban cerca de la cocina y el baño, del brazo izquierdo, después vio que tenía un moretón, lo vio su mamá; recuerda que eran las 3 y 4 de la madrugada y tomaban con G..... y D.....; recuerda que los chicos bajaron, D..... y F....., le mojaron la cabeza; sintió miedo a todo lo que iba a generar el hecho y cómo la iban a tratar; hubo profesores que la miraban con lástima, otros decían que había mentido y compañeros que no le creyeron, la molestaban a cada rato; se enteró que los compañeros hicieron sentadas en la escuela para que I..... no asistiera; se dispuso desde la escuela una organización para que no se encontraran durante el dictado de clases, pero recuerda que un día fue I..... hizo una sonrisita y se fue, era un día que no debía asistir a la escuela; yendo a la psicóloga superó el miedo, fue alrededor de dos meses, se llama Brito, luego a una particular, actualmente sigue en tratamiento; se arrepiente no haber hablado antes; ante preguntas de la defensa dijo que hizo la denuncia el 2 de agosto de 2018, entregó fotos y le revisaron su celular; la novia de I..... fue a la juntada; su novio por ese entonces era P..... daba clases en la escuela, se enteró del hecho por ella; I..... le dijo en el hospital que usó preservativo, pero en el momento del acto no recordaba esto, no podía hablar, no recordó cómo quedó sin ropa; ante

contradicciones señaladas por la defensa, aclaró que lo de la mordida y los dichos de I..... "más despacio" no lo dijo cuándo efectuó la denuncia; que fue en la puerta del baño que la agarró del brazo; el kit de profilaxis se lo dieron después en el hospital, pero el día que la trasladaron en ambulancia no le dieron nada porque no contó el abuso; después fueron unos compañeros a su casa, ella contó, algunos lloraron y otros estaban desconcertados; F..... C..... le dijo que pensara bien lo que iba a hacer; la primera vez que lo contó fue en el baño del hospital a D..... L.....; la foto con I..... fue sacada en forma voluntaria..." (p.18/32).

Luego de observar el contenido de la declaración de la víctima, corresponde transcribir el razonamiento volcado por los magistrados en la sentencia y, finalmente, analizar si, como sostiene el impugnante, se registra arbitrariedad o absurdidad en la valoración probatoria. La Dra. Malvido, seguida sin agregados por sus colegas, consideró verificados en el caso los criterios orientadores tenidos en cuenta generalmente cuanto se aborda la declaración de víctimas: Inexistencia de motivos espurios, persistencia y coherencia. En ese sentido escribió: "...Mencionamos al principiar el análisis del testimonio de la víctima cuáles eran los criterios para su análisis, entre otros, la inexistencia de motivos espurios:

en tal sentido, cabe preguntarse: qué pudo motivar a G..... a denunciar un hecho como lo relatado y que en definitiva sólo le trajo angustias y depresión? En primer lugar es verdad lo argumentado por la defensa que la comunicación "formal" fue el dos de agosto (fecha de la denuncia) pero si ha quedado debidamente acreditado, que a D..... L..... se lo contó en la primera oportunidad que tuvo y pudo hacerlo (hospital cuando los médicos se retiraron). Se descarta cualquier motivo espurio para denunciar a L.....: no era amigos ni enemigos, sólo compañeros de la escuela; no se acreditó ninguna animadversión de la víctima hacia el imputado; nadie dio cuenta de existencia de peleas previas al hecho. Hubo persistencia en su relato y el mismo fue corroborado, no sólo en forma indiciaria por los facultativos que la examinaron (digo en forma indiciaria porque también es cierto que en la zona vaginal sólo se halló un enrojecimiento, resultados negativos con el resto de los exámenes realizados, conforme la convención probatoria arribada por las partes) sino también por las psicólogas que intervinieron, quienes dieron acabada cuenta de los síntomas traumáticos que padeció G..... y que eran compatibles con la situación que dijo haber padecido. Todas las pruebas enervan los argumentos expuestos por la esforzada defensa en punto a que el relato no fue confiable

y dejan sin efecto lo que pueda llegar e entenderse sobre la foto y los mensajes enviados por G..... a D..... Dijo el Dr. Coto que la licenciada Jorgelina Brito declaró que la memoria no es una videgrabadora; que existieron olvidos en los dichos de G..... y contradicciones entre lo declarado en el juicio y lo contado al Dr. Cozzarín, empero más allá que resulta verdadero que en su relato hubo ciertos desacoples, lo que fuera también advertido por el Sr. Fiscal del caso, ello de manera alguna enerva todo el cúmulo de datos que, en definitiva avalaron su versión; asimismo, no debemos perder de vista que se acreditó que la joven estaba en un estado de embriaguez, que lógicamente hacía que sólo recordara momentos del ataque sexual, flashes. Que la psicóloga Brito haya dicho que la memoria no es una videgrabadora, más allá de resultar a esta altura de la neurociencia una verdad de perogrullo, no quita ni agrega nada, toda vez que en sus aspectos nucleares y en la medida que su estado lo permitió, G..... siempre mantuvo los mismos dichos en relación al lugar, momento y los ataques sexuales que sufrió: sexo oral y penetración. Tampoco habré de coincidir que el relato primigenio que efectuó a D..... L..... no fue espontáneo; si bien es cierto que su amiga le hizo preguntas, ello de manera alguna lo torna inducido, porque más allá que fue validado por las especialistas en psicología, no se debe

perder de vista que en este supuesto, la víctima no fue un menor de edad. En punto a que resulta extraño a la defensa que los únicos testigos que estaban en esos momentos en la casa del imputado, F..... Z..... y D..... L....., no hayan escuchado nada, no es ilógico puesto que declararon que escuchaban música y veían televisión..." (p.26/28).

Cómo fácilmente se percibe, los magistrados -al resolver- no han prescindido de pruebas esenciales ni han apreciado aquellas con absurdidad como lo sostiene la defensa. El impugnante no ha podido demostrar (más allá de lo argumentado) que el sentido con el cual han sido utilizados los elementos de prueba en la sentencia de responsabilidad, para fundar la condena, no se correspondan con el sentido de la información recibida en el debate. Es decir no hay falsas percepciones o errores de percepción en el conocimiento incorporado como así tampoco existen errores inferenciales. En relación a lo primero, no obstante carecer esta Sala de la inmediación entregada a quienes fueron los jueces de juicio, se ha llegado a esta conclusión al cabo de analizar la videofilmación que registró la declaración de la denunciante y de los testigos en el debate, incluidos los expertos. Como adelantara, tampoco hay errores inferenciales en el razonamiento volcado por la Dra. Malvido en la fundamentación de su voto, la forma en que volcó lo percibido sobre el hecho

objeto del juicio ofrece un razonamiento sin deficiencias, esto es, a diferencia de lo afirmado por el defensor, ha seguido lo ordenado por el art.21 del CPP. Contrariamente a lo señalado por la parte impugnante, no es cierto que la sentencia haya omitido explicar cuáles son los desacoples existentes en el relato de la víctima o que haya fragmentado sus dichos. De la compulsas entre lo que declaró G..... O..... (resaltado más arriba) y lo tomado por la magistrada ponente en la valoración probatoria no se observa que haya recortado tales dichos. En todo caso debió el defensor explicar convincentemente a qué se refiere cuando declama "fragmentación" del testimonio de la accionante y qué relación guarda ello con la arbitrariedad que enuncia.

Otro aspecto que surge de la lectura de la sentencia de responsabilidad impugnada es que, determinados testimonios (en concreto, los expertos médicos y los psicólogos) resultan compatibles con la posición acusadora, la cual ha sido escogida por los jueces. Y ello provoca disconformidad en la defensa pero no autoriza tal circunstancia a descalificar el razonamiento efectuado por los magistrados en su relación. Así, los testimonios de las licenciadas Mamani y Brito como asimismo lo aportado por Combina y Cozzarin (en relación esto último a la lesión en el brazo de la denunciante). O sea, acordamos con el

defensor que podría darse otro sentido a la información aportada por tales personas pero en absoluto se avizora arbitrariedad o absurdidad en la exposición de la Dra. Malvido.

En la misma línea, no puede calificarse de arbitraria la sentencia en cuanto asigna credibilidad a la víctima más allá de los desacoples. Para tomar las quejas del impugnante: la valoración integral de toda la prueba rendida en el juicio autoriza a creer a la víctima a pesar de lo que ella misma asume como una versión distinta dada a su madre en el hospital. Sintió miedo y vergüenza. Respecto a lo que dijo o dejó de decir a D..... L..... asiste razón a lo afirmado por el querellante en la audiencia ante esta Sala. Nunca G.... O..... dijo a su amiga que el abuso sexual de parte de L..... no existió. Tampoco en los mensajes de whatsapp cuyo contenido la defensa pretende orientar a su favor. La accionante -en las primeras horas de acontecido el hecho- estaba más inclinada a no denunciar que a hacerlo y por ello luego de la visita del imputado a su habitación le manifestó a su amiga que no haría nada o que estaba todo bien. Pero ello no es equivalente a decir que L..... no abusó de ella, más aún en forma contemporánea le dijo en el baño a L.... que el imputado la había violado y enseguida al propio L....., en la habitación, le expresó que él sabía que no había tenido

su consentimiento para el acto sexual. Es decir, por un andarivel su versión de que fue abusada y por otro su decisión de accionar penalmente contra L..... Otro tanto respecto a que fue obligada o coaccionada o instada a denunciar, lo cual aduce el defensor. De un análisis de todos los testimonios relevantes para valorar ese punto (y la sentencia describe todos) se desprende que primero el accionar de O.... estuvo más bien gobernado por su personalidad (retraída), la vergüenza, el miedo, etc., lo cual se condice con la omisión de denunciar inmediatamente a la salida del hospital, para luego decidirse a la acción judicial contra L....., principalmente convencida por C.... pero no obligada ni coaccionada.

También se queja el defensor porque la decisión judicial impugnada justifica que ni L.... ni Z..... hayan escuchado la agresión sexual denunciada por O..... Sin embargo, resulta enteramente razonable que no lo hubieran percibido porque se encontraban no solamente en un distinto piso sino también escuchando música y mirando televisión. Si, como se verá al tratar el agravio siguiente, G.... O..... se encontraba ebria, dormida o semidormida en un sillón y desde allí fue llevada al baño por el agresor, el acto bien pudo transcurrir de acuerdo a la teoría del caso de los acusadores, esto es, en la

soledad del baño entre denunciante e imputado y sin ser advertido por terceros.

Por lo indicado hasta aquí también corresponde rechazar el segundo motivo de agravio.

Finalmente debe darse tratamiento al tercero de los motivos de agravios, relacionado con lo que entiende el impugnante como una *"Incorrecta aplicación de la ley sustantiva en virtud de haberse considerado incorrectamente la tipicidad de la conducta a la luz del Art.119 del C.P."*. Para facilitar la respuesta se transcribirá cómo se abordó la cuestión en la sentencia: *"...Finalmente quisiéramos detenernos en uno de los argumentos centrales del caso que tiene una clara repercusión en la teoría jurídica escogida por ambas partes acusadoras: el estado de embriaguez de la joven que fue la circunstancia que no sólo le impidió consentir el ataque sino que fue lo aprovechado por el imputado para accederla carnalmente. Para ello resulta necesario mencionar que los delitos contra la integridad sexual exigen como contexto de valoración la autodeterminación sexual de las víctimas; si hay algo en que los ordenamientos penales occidentales han otorgado significación jurídicopenal es la constricción de la libertad e integridad personal en el plano de las relaciones sexuales entre personas adultas, es decir está más o menos aceptado que la ley penal debe prohibir*

acciones que importen una limitación o anulación coaccionada de la capacidad de decisión de las personas a las que la ley les reconoce plena autonomía vital para el desarrollo de su sexualidad. Al respecto vale mencionar que el C.P. en la manda prevista en el art. 119 establece entre otros medios de consumación, el aprovechamiento de la víctima, cuando ésta, por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. Es claro que el objetivo de la norma es la de incluir supuestos en que el sujeto activo se aprovecha no solo de la inferioridad física de otro, sino también, cuando se abusa de las capacidades psíquicas en la que se encuentra el sujeto pasivo; es decir acciones sexuales no precedidas de violencia, intimidación, o resistencia expresa, que pese a no ser en sentido estricto, una constrictión coactiva de la libertad sexual del otro, deben ser interpretadas como hechos valorativamente equiparables, en cuanto suponen igualmente una limitación a la capacidad de decisión que en el plano sexual se les reconoce a las personas mayores . En otras palabras, el legislador ha prohibido comportamientos que, por un lado, no son necesariamente constitutivos de violencia o intimidación y, por otro lado, tampoco constituyen una privación total de sentido, pero que pueden ser estimados como supuestos de no consentimiento del sujeto pasivo; es

el caso de la imposibilidad de oposición, originada por una intoxicación de drogas o alcohol..." (p.28/32).

En esta parte de la impugnación, el defensor dice que de seguirse el criterio aplicado en la sentencia se trataría de un tipo legal abierto, que aun teniéndose a la ebriedad como medio comisivo igualmente la acusación debió probar que la denunciante negó su consentimiento a L..... en el momento de mantener el acto sexual o antes y ello no se acreditó, por el contrario, se demostró la capacidad de decidir voluntariamente que tenía G.....pese a su estado de embriaguez. Agrega el Dr. Coto que haberle dicho O.... a su defendido recién en el hospital que él sabía que no contaba con tal consentimiento no cambia la situación. Menciona el impugnante ciertas circunstancias que en realidad probarían que O.... tuvo capacidad para decidir no prestar el consentimiento al acto sexual y sin embargo no lo hizo. Más aun, en el contrainterrogatorio reconoció que no recordaba haber expresado a L..... esa negativa. Entre las precitadas circunstancias menciona lo declarado por De La Vía Herbas (que la denunciante no le respondía porque no quería) y que previo al hecho llamó a su madre para comunicarle que se quedaba a dormir en la casa del imputado.

De la parte transcripta se desprende una correcta explicación de la Dra. Malvido sobre la

tipificación a la que arribó, coincidiendo con la propuesta de los acusadores. Es cierto que se trata ("...o aprovechándose de que la víctima por cualquier otra causa no haya podido consentir libremente la acción") de una fórmula genérica que comprenderá los casos en que no exista consentimiento de la víctima a la realización del acto sexual cuando sean inaplicables los restantes medios comisivos previstos en el primer párrafo del art.119 CP. Antes de la sanción de la Ley 25087(B.O. 14/5/99) tener acceso carnal con persona privada de sentido tenía una previsión específica pero, sancionada la norma mencionada, la situación de la víctima privada de sentido pasó a ser contemplada por la precitada fórmula genérica acuñada al final del primer párrafo del art.119 del Código Penal.

Ahora bien, este motivo de agravio - planteado en subsidio del primero- tiene muy escasa entidad porque lo argüido por el impugnante para respaldarlo ha sido descartado en la sentencia y sin mucho esfuerzo. En principio, no es verdad que se haya probado que O.... tenía capacidad para decidir en el momento de sufrir la agresión sexual o inmediatamente antes, o sea, para prestar válidamente su consentimiento. Como lo señala la sentencia, tanto L..... como Z.....son contestes en afirmar que O.... se encontraba en estado de ebriedad y por ello no pudieron subirla con ellos al piso siguiente donde fueron

ambos en compañía de L..... Es decir, el momento en que habría llamado a su madre fue anterior a que la denunciante -afectada por el consumo de alcohol- quedara dormida o semidormida sobre el sillón, situación aprovechada por L..... No resulta lógico ni razonable (y en ese sentido se orienta la sentencia) exigirle a la víctima que se oponga al acto sexual. O.... no recuerda haberle dicho a L..... que no consentía pero -en el contexto de la ingesta alcohólica- tampoco pueda descartarse que lo hubiera hecho y no lo recuerde. Tampoco ostenta importancia lo señalado por el defensor sobre la declaración de De La Vía Herbas: pudo haber sido una apreciación personal de la testigo (como postuló el querellante en la audiencia ante esta Sala) y estar equivocada, o bien efectivamente no haber querido responder O.... afectada por la agresión sexual que acababa de sufrir y, encima, alcanzada por los efectos del alcohol. Como en la valoración de lo declarado por los otros profesionales (tratado en el motivo de agravio anterior) lo que dijo De La Vía Herbas no tiene la incidencia dirimente otorgada por el impugnante.

Por todo lo expuesto corresponde rechazar también este último planteo y confirmar la sentencia de responsabilidad impugnada en todos sus términos.

Es mi voto.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo: me pronuncio igual que el colega preopinante por coincidir con sus argumentos. Mi voto.

El **Dr. Fernando Zvilling**, dijo: adhiero a la solución propuesta por el vocal que principiara en la votación. Así voto.

III.- A la tercera cuestión el **Dr. Richard Trincheri**, dijo:

Sin costas, en función del derecho del imputado a obtener una revisión de su sentencia de condena (cfr. art. 268, segundo párrafo in fine del C.P.P.N.). Es mi voto.

La **Dra. Florencia Martini**, manifestó: Adhiero a lo manifestado por mi colega precedentemente. Mi voto.

El **Dr. Fernando Zvilling**, expresó: Comparto lo expuesto en el primer vocal opinante. Así voto.

De lo que surge del Acuerdo, por **unanimidad** se

RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano estrictamente formal la impugnación ordinaria deducida por la defensa particular de **I..... E..... L.....** (arts. 233, 236, 239 y 242 del C.P.P.N.).

II.- NO HACER LUGAR a la impugnación ordinaria deducida por la defensa de **I..... E..... L.....** y, en su consecuencia, **CONFIRMAR** en todos sus términos la **sentencia** dictada en su relación el día 16 de septiembre de 2019 autor penalmente responsable, en orden al delito de Abuso Sexual con acceso carnal cometido en perjuicio de **G..... O.....** conforme artículos 119 párrafo tercero y 45 del Código Penal. Asimismo, **CONFIRMAR** la sentencia dictada el día 25 de noviembre de 2019, que impuso al nombrado la pena de seis (6) años de prisión de efectivo cumplimiento más accesorias legales (art.12 CP) y costas del proceso.

III.- Firme que sea comuníquese al Registro Provincial de Identificación de Personas Condenadas por Delitos Contra La Integridad Sexual (RIPECODIS), de acuerdo a Leyes provinciales 2520 y 2927 y Ley Nacional 26879. También **firme** que sea comuníquese a la víctima respecto al derecho establecido en el art.11 bis de la Ley 24660 sobre planteos a realizar por el imputado en la eventual ejecución de la pena.

IV.- Tener presente la **Reserva** del Recurso Extraordinario Federal.

V.- SIN COSTAS en esta instancia (cfr. art. 268, segundo párrafo in fine del CPP).

VI.- Regístrese y notifíquese por medio de la Dirección de Asistencia a la Impugnación en la forma de rigor.

Reg. Sentencia N° 04 T° I Año 2020.-