



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Tribunal de Casación Penal

Registrado bajo Nro.684

64.346

En la ciudad de La Plata a los 14 días del mes de octubre de dos mil catorce, se reúnen en acuerdo ordinario los señores jueces integrantes de la Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires doctores Martín Manuel Ordoqui y Jorge Hugo Celesia, para resolver el recurso de casación interpuesto en la causa N° 64.346 seguida J. E. M. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: CELESIA-ORDOQUI.

A N T E C E D E N T E S

El 18 de marzo de 2014 el Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 del Departamento Judicial San Martín en la causa n°1861, resolvió condenar a J. E. M. a la pena de ocho años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, por resultar coautor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por acceso carnal.

Contra ese pronunciamiento, el defensor del imputado, P. J. M., interpuso el recurso de casación que figura a fs. 30/65 del presente legajo.

Efectuadas las vistas correspondientes y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este tribunal decidió plantear y votar la siguiente:

C U E S T I O N

¿Corresponde hacer lugar el recurso de casación interpuesto?

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Celesia dijo:

I. El recurrente denuncia que el sentenciante incurrió en arbitrariedad al formar su sincera convicción.

Señala que el Tribunal consideró que su asistido cometió el ilícito juzgado en base a la declaración de la víctima sin tener en cuenta las pruebas que en su criterio dieron ampliamente por acreditada la ausencia de conducta de parte de M. y en consecuencia su ajenidad al hecho.

Considera que los dichos de la víctima en cuanto a que fue abusada sexualmente por el imputado utilizando una jeringa que contenía un narcótico son insuficientes para determinar la responsabilidad de su asistido.

Entiende que dicha confirmación surge del testimonio del médico legista quien en la audiencia manifestó que consignó esa conclusión debido a que la denunciante se lo había transmitido.

Añade que tampoco se describió con precisión a qué hora sucedió el evento ni se pudo determinar el lugar.

Sostiene que no existen elementos de convicción suficientes que permitan inferir la participación criminal de su pupilo. Señala que no hay testigos que puedan acreditar la participación de M. en el delito que se le enrostra.

Interpreta que en base los dichos del médico V., las declaraciones de la denunciante y el informe que se detalla en la historia clínica del cual surge que no era necesario aplicarle ninguna inyección a la paciente, no es posible determinar que el acusado abusó sexualmente de T.

Argumenta que no se valoró la declaración testimonial de A. R. M. quien manifestó que el médico le dijo que le habían aplicado un calmante a su madre. Considera que ello explica el presunto pinchazo que la víctima poseía en la zona de los glúteos, circunstancia que no fue tomada en cuenta por el sentenciante.

Asimismo, entiende que el Tribunal invierte los dichos del testigo V. quien consignó en el informe que por la lesión no se puede saber que medicación se suministró.

Afirma que el testimonio de T. se contradujo con los que prestó en sede instructoria. Sostiene que T. apesadumbrada por la noticia de infidelidad de parte de su esposo mantuvo un encuentro sexual ocasional consentido con M. como modo de vengarse de su marido. Dice que luego T. radicó la denuncia sin tener en cuenta las consecuencias dañosas que iba a generar debido a la posibilidad de que M. G., conocido de la familia que trabajaba en el hospital, se enterara del affaire y lo transmitiera a la familia.

Menciona que hubo dos momentos señalados por la propia denunciante en los cuales no opuso resistencia, circunstancia que a su

entender no se condice con la conducta que T. tuvo al anoticiarse de la infidelidad de su marido.

Como otra contradicción, señala que T. se esforzó en sostener que a la fecha del hecho no fumaba, situación que fue desmentida por sus hijos y su cónyuge quienes afirmaron que la mencionada fumaba diariamente dos o tres cigarrillos por día.

Destaca que estas circunstancias fueron obviadas por el juzgador.

Dice que el a quo no valoró el informe de fs. 297, incorporado por lectura.

Entiende que quedó claro que no se estableció que tipo de sustancia se le habría suministrado a T., circunstancia que debió ser aclarada por el Ministerio Público mediante la realización de una pericia de sangre u orina.

Considera que la ausencia de prueba sobre el punto impide conformar una plataforma fáctica de acusación y de responsabilidad penal en violación a lo establecido en el art. 106 del C.P.P., negligencia que acota no puede sopesarse en contra de M.

Por otra parte, señala que no se extrajo una placa fotográfica de la lesión que la denunciante supuestamente presentaba con motivo de la inyección intramuscular, circunstancia que a su entender afecta el correcto ejercicio de la defensa.

Añade que según el experto la data de la inyección se mantiene en la piel por espacio de una semana durante la cual la víctima pudo colocarla en su cuerpo con anterioridad al hecho.

Concluye que con respecto a la inyección que la supuesta víctima tenía en el glúteo derecho, no se pudo determinar cuándo fue colocada ni dónde.

Argumenta que los testimonios de V., G., G., R. LI., S. y C. robustecen la declaración que su asistido prestó a tenor del art. 317 del C.P.P.

En cuanto a C., afirma que el médico de guardia desarrolló sus tareas en el mismo horario que M. quien manifestó que de la historia clínica no surgía que se hubiera sedado a la paciente.

Afirma que los mencionados testimonios permiten corroborar las circunstancias señaladas por el imputado en cuanto a que se fumaba en sectores determinados, que M. le pidió a G. cigarrillos, que no se encontraban a disposición de los enfermeros psicotrópicos, ansiolíticos ni narcóticos, dependiendo su obtención de un procedimiento administrativo reservado para los médicos.

Sustenta que la apreciación que hicieron los jueces de ese tramo de los hechos es ilógica, ya que en todos los sectores del hospital existe una reglamentación para obtener un narcótico y nadie señaló que M. hubiera abandonado el nosocomio para adquirirlo. Añade que de haber salido del hospital, M. habría comprado preservativos.

Sumado a ello, dice que el sentenciante no valoró el informe de fs. 289/299 del que se desprenden que no se detectaron perturbaciones en el área sexual con respecto al acusado.

Afirma que tampoco se realizó un informe psicológico respecto a T. con la finalidad de determinar si posee algún tipo de alteración en su psiquis o si fabula.

Como falencias de la investigación, indica que no se aclararon los puntos señalados por el médico forense a fs. 297 y 302; que el Hospital Mercante tampoco remitió una copia certificada de la hoja de indicación de enfermería del sector de guardia correspondiente a los días 2 y 3 de mayo, ni remitió el report de enfermería del mes de mayo de 2005; y no se recabaron los datos de pacientes que hubiesen estado internados en la sala de guardia los días 2 y 3 de mayo del año 2005.

Sostiene que en el caso en que la intención de M. hubiese sido la de abusar de T., se habría colocado un preservativo para no dejar rastros o habría utilizado la vía endovenosa que se encontraba colocada descartando la vía intramuscular.

Esgrime que con motivo de las negligencias del instructor no se pudo contar con el nombre de los pacientes que se encontraban alojados la noche

del 2 de mayo en el Hospital Mercante y a quienes T. pudo pedir ayuda ante la supuesta agresión sexual.

Entiende que lo que efectivamente interesa es saber si el estado en el que se encontraba T. le impedía resistir o exteriorizar alguna resistencia frente al aprovechamiento de M., y si el mencionado lo advirtió o si pudo haber interpretado dicha pasividad como consentimiento.

Sostiene que T. se encontraba en condiciones de resistir la supuesta agresión sexual, pero no lo hizo.

Alega que se trata de un caso concreto de error sobre un elemento configurativo del tipo penal que excluye la responsabilidad de su asistido.

Postula que se declare la nulidad de la sentencia en su totalidad en tanto el a quo obtuvo su decisión haciendo mérito exclusivo de la prueba de cargo y omitió valorar la de descargo.

Considera que se violaron los principios de contrariedad, defensa en juicio e igualdad al efectuar el sentenciante una valoración arbitraria de la prueba.

Concluye que no se encuentra acreditada la autoría de M. y que por aplicación del art. 1 del C.P.P. debe absolverse a su asistido.

II. A su turno, toma intervención la Sra. Fiscal Adjunta ante este Tribunal Alejandra Marcela Moretti quien postula el rechazo del recurso interpuesto.

Entiende que la autoría de M. quedó contundentemente acreditada con la declaración de la víctima, corroborada por el informe del Dr. V. y de la abundante prueba testimonial.

Considera que la crítica del impugnante no pasa de ser una mera discrepancia en relación a los elementos probatorios ponderados por el Tribunal para acreditar los hechos y la autoría responsable del encartado.

III. Adelanto que el recurso no puede prosperar.

No se comprueba en el caso la violación a las normas legales denunciadas por el recurrente, siendo la sentencia que se recurre una

resolución suficientemente fundada a la vez que respetuosa de las reglas de la lógica que deben gobernar los actos jurisdiccionales.

El sentenciante detalló la prueba utilizada y realizó un correcto desarrollo lógico sin evidenciar duda alguna en sus conclusiones ya que la forma en que se valoraron los distintos testimonios y la prueba incorporada al juicio no aparece infundada, sino todo lo contrario, en tanto se describe lo que cada prueba aportó y en qué medida contribuyó a conformar la convicción del a quo.

El recurrente cuestiona el valor que el tribunal asignó al relato efectuado por la víctima del suceso juzgado E. R. T.

El primer avance en la construcción de la certeza se ubica en la credibilidad que irroga quien se dice víctima de un abuso, que en la instancia de revisión del producto resultante del juicio oral, como es la casatoria, ineludiblemente comienza con el análisis del fallo donde los jueces de mérito dan a conocer la impresión personal que el testigo les infundió durante su declaración y la incidencia que ello tuvo en la conclusión sentencial (causa nº 38.690 "Grassi, Julio s/ rec. de casación").

No se podría abordar el tratamiento de este agravio sin antes advertir que los jueces de mérito al apreciar las declaraciones testimoniales en el debate guardan para sí, indefectiblemente, las impresiones provenientes de la forma en que se recepciona la prueba con la frescura y transparencia que ofrece la inmediatez. Y en virtud de la dificultad de transmitir tales percepciones a quienes no estuvieron en ese privilegiado lugar, la mayor o menor credibilidad que a ellos les merezca un testigo configura un ámbito reservado del juzgador que el control casatorio sólo podrá criticar a través del análisis de racionalidad de los motivos que se expresen al fundar la convicción para otorgar valor a esas impresiones subjetivas, o bien cuando las restantes premisas que integran el razonamiento sentencial evidencien un absurdo lógico si la consideración de la totalidad de las probanzas resultantes del juicio demuestra, con objetividad, el menor, o aún inexistente, valor probatorio de las impresiones personales.

Sostuve asimismo en el mencionado antecedente (causa nº 38.690) que “Cuando, en casos como el de autos, la certeza que requiere todo pronunciamiento condenatorio se basa primordialmente en la declaración de un sólo testigo, el juicio de valor que a su respecto se emita debe superar el tamiz de diferentes filtros de prevención intelectual, clasificables en dos grupos que podrían denominarse subjetivo y objetivo”, principios que considero resultan aplicables en el presente evento donde, como bien señala la recurrente, en la resolución cuestionada las declaraciones de las víctimas constituyen un elemento relevante para tener por acreditada la materialidad ilícita y la autoría del imputado.

Dentro del ámbito que en la apreciación de un testimonio denominamos subjetivo, se ubica la convicción acerca de la credibilidad del testigo, que se conforma, principalmente, con la impresión que el declarante infunde directamente a los jueces al ofrecer en el debate sin mediación su testimonio, que les permite observar la manera en que el testigo se expresa, su espontaneidad, la fluidez del discurso, su coherencia interna y el acompañamiento gestual de la exposición.

Este aspecto de la valoración de la prueba testifical que se deriva de las impresiones personales obtenidas mediante la observación del testigo es un elemento determinante de la convicción que los jueces del recurso, que no estuvimos en el debate, sólo podemos juzgar a través del análisis de las causas que los sentenciantes deben expresar para justificar el grado de credibilidad que otorgan a un testimonio, porque el sistema de valoración de la prueba que rige nuestro proceso penal exige además de la expresión de la convicción sincera sobre la verdad de los hechos, el desarrollo escrito de las razones que fundan esa convicción.

Los motivos que llevan a los jueces a otorgar mayor o menor credibilidad a un testigo en los procedimientos orales no derivan de consideraciones jurídicas sino provienen sustancialmente de la experiencia humana, del desarrollo de ciertas aptitudes de apreciación de la verdad en las relaciones interpersonales que cada sujeto tiene según la altura de sus

años o la perspicacia particular de sus observaciones y que los jueces perfeccionan mediante el ejercicio funcional de sus jurisdicciones, desde que la práctica constante de los debates orales necesariamente contribuye a afinar y enriquecer el contenido de las apreciaciones subjetivas en la difícil tarea de establecer la verdad a través del relato de las personas.

Las impresiones personales utilizadas para establecer la credibilidad de un testigo si bien son el resultado de la actividad psíquica del juzgador, pueden someterse al control casatorio mediante el análisis lógico de racionalidad de los motivos que llevaron a los magistrados a valorar el testimonio como veraz.

También las conclusiones de opiniones periciales sobre la capacidad del testigo o la observación de ciertos rasgos característicos de su personalidad pueden resultar útiles en la apreciación probatoria desde el plano de la consideración subjetiva.

En cambio, desde lo objetivo, corresponde determinar la compatibilidad del testimonio con el resto de las pruebas colectadas en el juicio, de cuyo cotejo podrían obtenerse tres posibles conclusiones: una adecuación total de los dichos con el plexo probatorio, una conexión neutra en virtud de la inexistencia de apoyaturas derivadas de los hechos probados, pero que tampoco genera contradicciones y, finalmente, una incongruencia integral entre ambos, siendo recién este último análisis el que permitiría eliminar, sin más miramientos, la validez del testimonio.

Considero que en el caso se encuentran superadas las exigencias subjetivas, ya que los magistrados entendieron que no existían motivos para descreer del relato de la Sra. T. quien pormenorizadamente aportó los datos referidos al horario y a los lugares en que ocurrió el suceso.

En el plano objetivo, aparece suficientemente ponderada la ausencia de discordancias sustanciales entre las manifestaciones testificales y el resto del material probatorio reunido.

Adelanto que en el amplio marco de revisión probatoria que habilita este recurso de casación, no se advierte que la impresión obtenida por los

jueces del juicio respecto de la veracidad de la víctima en lo sustancial de sus imputaciones, como primer avance en la superación de los mentados resguardos, deba desecharse por ser arbitraria sino que se asienta en fundamentos que revelan una apreciación razonable efectuada en el marco legítimo de las atribuciones que la ley otorga a los magistrados.

El Tribunal tuvo por acreditado que “el día 2 de mayo de 2005 en horas de la noche, en circunstancias en que E. R. T. se encontraba internada en el hospital Gdor. Mercante sito en la calle René Favaloro nro. 4750 de la Localidad y Pdo. De José C. Paz, el aquí imputado quien en esos momentos se desempeñaba como enfermero de dicho nosocomio, ingresó a la Sala y mediando violencia sobre la persona de E. R. T. –toda vez que le aplicó una inyección que la adormeció-, la trasladó en una silla de ruedas hacia otra habitación del mismo nosocomio, lugar donde aprovechando que la víctima por su condición y por la aplicación del narcótico no podía ofrecer resistencia, abusó sexualmente de aquélla accediéndola carnalmente vía vaginal”.

En el juicio, la Sra. T. manifestó que un enfermero de ambo verde le dijo que la iba a revisar. Que pensó que era normal. Afirmó que esa persona le aplicó una inyección en la nalga y se durmió, que sintió que la levantó de la cama y la puso en una silla de ruedas. Recordó que recorrió los pasillos en la silla de rueda mientras esta persona la llevaba. Detalló que terminaron en un lugar donde había un escritorio y una camilla azul, momento en el que el enfermero cerró la puerta. Dijo que se apoyó contra un escritorio con las dos manos hacia delante, que el sujeto la agarró de atrás, le bajó la bombacha y la accedió. Afirmó que no podía gritar, que se caía y la ayudó a sentarse en la silla de ruedas, que la tapó y le dijo “ahora si vas a dormir tranquila”. Agregó que le colocó un apósito y le llevó a la cama siete donde se quedó dormida. Manifestó que al oscultarla le tocó los genitales y los pechos, que se quedó dura y el sujeto le preguntó si le gustaba. Expresó que en la cama de al lado no había nadie y que luego llevaron a un hombre. Refirió que el sujeto era medio rellenito, pelado y que lo indentificó en el

reconocimiento aunque se había dejado los bigotes. Añadió que M. también fue quien le cambió el suero que la lastimaba debido a que se había infiltrado. Explicó que no pudo gritar debido a que se le cerró la garganta ya que era la primera vez que la tocaba otra persona que no fuera su marido.

En cuanto a las contradicciones que señala el recurrente, se desprende de la sentencia y del acta de debate que no fueron incorporadas por lectura las declaraciones que T. prestó en la investigación preparatoria, circunstancia que impide efectuar en esa instancia cualquier valoración sobre el punto.

Tampoco se advierte que T. haya negado que fumaba para le época en la que se cometió el hecho. En el juicio si bien manifestó que el día del hecho no había fumado, aclaró que lo hacía ocasionalmente. Por otra parte, y más allá de las afirmaciones del imputado, no se advierte qué incidencia pudo tener dicha circunstancia para acreditar la existencia del abuso sexual y la responsabilidad del acusado.

Al declarar en el debate, el imputado manifestó que alrededor de las 21:30 horas T. le dijo que le dolía el suero que tenía en la mano, a lo que el declarante le respondió que se lo cambiaría. Recordó que cuando fue a buscar los elementos, la señora le solicitó fumar un cigarrillo. Dijo que como no tenía, le pidió uno a A. G. y luego acompañó a la señora hasta el baño para fumar. Recordó que la llevó a la cama y le cambió el suero. Que cerca de las veintidos horas la señora le dijo que tenía una molestia en el tórax, que se retiró y regresó cerca de las doce que era el horario de la medicación. Afirmó que al acercarse, T. le pidió otro cigarrillo, que por ese motivo fue nuevamente a pedirle a G. Que como el baño estaba cerrado le preguntó a T. si quería ir al consultorio de enfrente a fumar, que como le dijo que sí le encendió el cigarrillo. Refirió que la señora le seguía diciendo que persistía la molestia que tenía en el pecho. Afirmó que le dijo que podía ser el corpiño o que se había golpeado. Recordó que T. le contó que había ingerido pastillas y que se había peleado con el marido, que entonces le indicó que se desabrochara el corpiño ya que la molestia podía deberse a

ello. Expresó que T. se lo desabrochó y que la empezó a revisar tocándole los senos, que le preguntó si le gustaba, que T. se puso de pie frente al escritorio y se bajó la ropa interior. Que el declarante hizo lo mismo pensando que T. quería tener una relación sexual. Dijo que mantuvieron una relación sexual, que T. se colocó un apósito y que el declarante se limpió. Que luego la llevó a la cama siete y no volvió a tener más contacto. Afirmó que para su sorpresa se enteró que la mujer se había fugado del hospital y que lo había denunciado por violación. Refirió que entendió que la relación fue consentida. Negó haberle aplicado alguna inyección a la señora y refirió que sólo le dio la leche de magnesio. Agregó que no usó preservativo debido a que no pensó que iba a tener una relación con una paciente. A preguntas del fiscal, dijo que le preguntó si le gustaba debido a que sintió que le había gustado. Que cuando le tocó los pechos al principio fue involuntario, pero cuando continuó con la palpación le preguntó si le gustaba y en ese momento T. se paró y se bajó la ropa interior. Que creyó que lo estaba provocando.

Contrariamente a lo que opina el recurrente, entiendo que la denuncia de T. resultó corroborada por los restantes elementos probatorios arrimados a la causa.

Así, el Tribunal valoró la prueba biológica incorporada por lectura al debate de la cual surge que dentro del cuerpo de la Sra. T. se encontraron rastros de semen del imputado.

Asimismo, como otro elemento de prueba que corroboró la versión de la víctima, el sentenciante tuvo en cuenta el informe del examen médico al que fue sometida T. El Dr. V. constató una lesión puntiforme en la región de la nalga producida por una inyección intramuscular.

Al respecto, no advierto que la ausencia de placas fotográficas sobre la lesión que presentaba T. haya afectado el correcto ejercicio de la defensa, máxime si se tiene en cuenta que el recurrente se limita a invocar en forma genérica un supuesto menoscabo sin especificar los derechos que se vio impedido de ejercer.

La lesión fue relevada y descripta en el informe confeccionado por el médico de policía V., encargado de realizar un examen ginecológico a la señora T., quien además lo ratificó en el debate.

Tampoco surge de los testimonios vertidos en el juicio que la lesión puntiforme que presentaba la víctima haya sido provocada con anterioridad al hecho, ya que ni el esposo de T., ni sus hijos y tampoco su hermana refirieron que estuviera sometida a algún tratamiento en virtud del cual debía inyectarse en la semana anterior al día del suceso.

Entiendo que resulta acertada la conclusión a la que arribó el sentenciante cuando en respuesta a los cuestionamientos que el quejoso reitera ante esta instancia, destacó que –salvo las propias manifestaciones del acusado- nada indicaba que la droga que utilizó fue sustraída o tomada por el imputado del sector de la Guardia del Hospital Mercante, circunstancia que entendió resultó certificada por los propios galenos quienes explicaron que el medicamento se podía obtener de otros sectores del nosocomio o bien adquirirse fuera del establecimiento.

Tampoco puedo acompañar al quejoso cuando afirma que los testimonios de V., G., G., R. Ll., S. y C. robustecieron la versión del acusado.

Por el contrario, V. dijo que nunca vio que a algún paciente se le permitiera fumar en el hospital, información que resulta conteste con lo declarado por T. quien negó haber fumado el día del hecho. Aclaró que sus compañeros fumaban en el patio ubicado en la parte de atrás del hospital.

A. R. G. refirió que M. solía pedirle cigarrillos y que esa noche se los pidió. Explicó que fumaban en el office de la enfermería, en la puerta del servicio de emergencia o en un patio trasero que había.

M. G. dijo que en el hospital no se podía fumar. Que estaba permitido en el hall de afuera y en el star donde comían. Destacó que a veces algún paciente se escapaba a fumar pero no era algo habitual. Si bien manifestó que había visto a T. fumar alguna vez, sin brindar mayores precisiones al respecto, detalló que no tenía conocimiento que algún enfermero o empleado del hospital le diera cigarrillos a un paciente.

Por su parte, P. S. refirió que sólo se fumaba en los patios del hospital. Que en el año 2005 había un office de enfermería donde se fumaba y que a los pacientes no les daban cigarrillos ya que no se encuentran autorizados a fumar. Agregó que nunca había escuchado que un personal le permitiera a un paciente fumar.

El médico G. C. expresó que en el hospital la gente fumaba fuera del ámbito donde estaban los pacientes, aunque afirmó que fumaba todo el mundo, profesionales y pacientes.

Respecto a las restricciones que los declarantes manifestaron que existían para la obtención de psicofármacos, entiendo que ello por un lado evidencia la existencia de un procedimiento tendiente a prevenir los faltantes de la medicación que se manipula en un hospital, circunstancia que permite vislumbrar que es factible apoderarse de la medicación o al menos otorgarle un destino distinto a aquel que se encuentra establecido por la normativa interna del nosocomio. Por otra parte, tal como lo concluyó el Tribunal, nada indica que la medicación fue sustraída de la guardia pudiendo obtenerse de otros sectores o en tal caso, haber sido adquirida fuera del establecimiento.

Con respecto a la pericia que menciona el recurrente según la cual se evaluó que M. no presenta perturbaciones en el área sexual, tengo dicho que distintos autores que se dedican a investigar este tema desde otras áreas del conocimiento afirman que si bien las características de los abusadores sexuales han sido estudiadas en una serie de investigaciones (Weinberg, 1955; Finkelhor, 1984; Langevin, 1985), hasta el momento no se presentaron suficientes evidencias de carácter específico, siendo que se han esbozado diferentes hipótesis acerca de variables de personalidad desde el punto de vista individual, como la inmadurez, la baja autoestima, el sentimiento de inutilidad, entre otras que trataron de superar la originaria hipótesis de que los abusadores sexuales necesariamente deben presentar alguna patología psíquica.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el sistema de valoración de la prueba de la sana crítica racional contenido en los arts. 210 y 373 del

ritual, faculta a los jueces a meritar libremente las probanzas de acuerdo a su sincera convicción y a las reglas de la lógica y consecuentemente a elegir un elemento probatorio en desmedro de otro sin que ello implique por sí mismo la incursión en vicios de absurdidad o arbitrariedad, y por último no sobra señalar que los elementos probatorios obrantes en la causa no necesariamente deben ser valorados en el sentido propuesto por la parte que los ofrece sino que el juzgador tiene la facultad de meritarlos conforme su sincera convicción.

El recurrente se encarga de señalar distintas medidas probatorias que en su criterio debieron producirse en la investigación.

Debe tenerse en cuenta que la actividad probatoria es llevada a cabo en el proceso por todos los sujetos que intervienen con la finalidad de introducir todos los elementos que puedan servir de base a la decisión jurisdiccional y que revisten aptitud para producir conocimiento acerca del objeto a probar.

En este sentido es función de la defensa introducir los elementos de convicción que estime útiles a sus intereses particulares procurando demostrar su aptitud para poner en evidencia el fundamento de las pretensiones esgrimidas o la falta de fundamento de las deducidas por la parte contraria.

Lo contrario, implicaría negar el principio contradictorio que impone la posibilidad para las partes de analizar la relevancia de las pruebas producidas sin su participación y al mismo tiempo, la posibilidad de ofrecer pruebas que puedan desacreditar los extremos que aquéllas parecerían acreditar. Los principios de contradicción e igualdad de armas permiten participar directamente en la formación de la prueba y ejercer el control de la prueba ya existente. Asimismo, dicha actividad es la que plantea la división entre pruebas de cargo y de descargo que de otro modo perdería sentido, siendo que la propuesta de unas y otras, corresponderá respectiva y principalmente a la acusación y al imputado.

En definitiva, la defensa tuvo la oportunidad procesal para solicitar que se practicaran en el curso de la investigación penal preparatoria las pruebas que considerara pertinentes con la finalidad de cuestionar o refutar la prueba de cargo.

Al apreciar la declaración del imputado, el Tribunal consideró que la misma se orientaba a buscar una mejor situación en el proceso. Así, concluyó que no vislumbraba ni un mínimo indicador que pudiera conducir a M. a creer que T. había insinuado una invitación o prestado su consentimiento. Por el contrario, consideró que el descargo del acusado hacía más creíble la versión de la damnificada quien no sólo estaba intoxicada por la medicación que le inyectó M. sino también por la que ingirió y le ocasionó la internación.

Asimismo, el a quo advirtió la impunidad que sentía M. en su obrar al referirle a T. una vez consumado el abuso sexual “ahora si vas a dormir bien”, teniendo en cuenta que se encontraba en un extremo estado de vulnerabilidad que le ocasionó la imposibilidad de defenderse.

Encuentro acertadas las conclusiones a las que arribó el Tribunal.

En primer lugar, no puedo soslayar que en su descargo el propio acusado admitió haber realizado actos que no sólo se encuentran por fuera de las atribuciones que como enfermero del Hospital Mercante podía desempeñar en clara violación a sus obligaciones establecidas en la ley 12.245 para el ejercicio de la enfermería, sino que además constituyeron actos que afectaron las partes pudendas de la víctima y que tuvieron una indudable finalidad de satisfacer los deseos sexuales del imputado. Así, M. en su descargo admitió que revisó a T. oportunidad que aprovechó para tocarle sus senos y preguntarle si le gustaba, circunstancia que resultó conteste con lo expresado por T. quien afirmó que el acusado la oscultó y le tocó los genitales y los pechos preguntándole si le gustaba.

La ley 12.245 establece en su art. 10 que “Son obligaciones de los profesionales o auxiliares de la enfermería: a) Respetar en todas sus acciones la dignidad de la persona humana sin distinción de ninguna

naturaleza. b) Respetar en las personas el derecho a la vida y a su integridad desde la concepción hasta la muerte. c) Prestar la colaboración que le sea requerida por las autoridades sanitarias en caso de epidemias, desastres u otras emergencias. d) Ejercer las actividades de la enfermería dentro de los límites de competencia determinados por esta Ley y su reglamentación. e) Mantener la idoneidad profesional mediante la actualización permanente, de conformidad con lo que al respecto determine la reglamentación. f) Mantener el secreto profesional con sujeción a lo establecido por la legislación vigente en la materia. g) Promover la donación de órganos mediante la correcta información y el incentivo de la solidaridad social” y el art. 11 determina que “Les está prohibido a los profesionales y auxiliares de la enfermería: a) Someter a las personas a procedimientos o técnicas que se aparten de las prácticas autorizadas y que entrañen peligro para la salud. b) Realizar, propiciar, inducir o colaborar directa o indirectamente en prácticas que signifiquen menoscabo de la dignidad humana. c) Delegar en personal no habilitado facultades, funciones o atribuciones privativas de su profesión o actividad. d) Ejercer su profesión o actividad mientras padezcan enfermedades infecto-contagiosas o cualquier otra enfermedad inhabilitante, de conformidad con la legislación vigente, situación que deberá ser fehacientemente comprobada por la autoridad sanitaria. e) Publicar anuncios que induzcan a engaños del público”.

En lo que aquí interesa, el tercer párrafo del art. 119 C.P. ha tenido en cuenta por un lado la libertad individual en lo atinente a la integridad sexual de las personas como una capacidad de libre disposición del propio cuerpo en el sentido de brindar consentimiento para mantener un trato sexual de acuerdo al libre albedrío; y por otra parte, a esa misma capacidad, para negarlo (libertad sexual). Es decir, que el delito en consideración afecta el derecho de las personas a un consciente y voluntario trato sexual.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la enumeración de medios del art. 119 del C.P. no es taxativa ya que el párrafo final hace referencia a

cualquier causa por la cual la víctima no haya podido consentir libremente, es decir, en pie de igualdad.

Al utilizar la fórmula “aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción” la reforma pretendió introducir todos los casos en que no existe consentimiento por parte de la víctima.

La norma se complementa con el art. 78 del C.P. que confiere al intérprete una pauta para tener por configurada la fuerza o violencia. En el caso, se determinó que el imputado empleó un medio que suprimió la voluntad de T. y la posibilidad de resistirse al abuso sexual del cual fue víctima, por lo que a diferencia de lo que plantea el recurrente no es posible sostener que medió el consentimiento de la damnificada cuando se ejercita una violencia que suprime la libertad del individuo.

Acertadamente el a quo entendió que M. debía responder como autor del delito de abuso sexual agravado por acceso carnal en los términos de los arts. 45, 78 y 119 tercer párrafo del C.P. en tanto consideró que no le quedaban dudas que el imputado había aprovechado de la situación de vulnerabilidad en la que había colocado a la señora T. luego de aplicarle un medicamento inyectable para accederla carnalmente sin su consentimiento.

Contrariamente al criterio sustentado por la defensa, la revisión de la plataforma fáctica del fallo me impide sostener que el Tribunal haya incurrido en un desconocimiento grave de las leyes de la lógica, la experiencia común y el recto entendimiento humano, por el contrario el sentenciante expresó cuáles fueron las razones que surgidas de las pruebas determinaron la decisión adoptada indicando cuál fue el camino deductivo seguido para llegar a esa conclusión, no logrando el autor de la queja conmovier con sus argumentos la logicidad de la fijación de los hechos antes descriptos. Por lo que frente a la alegación de que se habría violado el art. 1 del C.P.P., no surge de la ponderación objetiva de la prueba un estado de duda capaz de conmovier el resolutorio impugnado, a la luz de las probanzas analizadas previamente.

En consecuencia, propicio el rechazo del recurso interpuesto.

Así lo voto.

Arts. 1, 210, 373, 448, 530 y ccdtes. del C.P.P. y arts. 78 y 119 del C.P.

A la misma cuestión planteada, el señor Juez doctor Ordoqui dijo:

Adhiero al voto del Sr. Juez Dr. Celesia en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala V del Tribunal

R E S U E L V E:

I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por los motivos expuestos, con costas.

Arts. 1, 210, 373, 448, 530 y ccdtes. del C.P.P. y arts. 78 y 119 del C.P.

II. Regístrese, notifíquese a la Defensa y al Ministerio Público Fiscal y devuélvase para el cumplimiento de las notificaciones pendientes.

FDO: JORGE HUGO CELESIA – MARTIN MANUEL ORDOQUI

Ante mí: María Espada