

///nos Aires, 28 de noviembre de 2018.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Intervenimos en la apelación interpuesta por la defensa de *F. D. C.* (fs. 150/156), contra los puntos I y III del auto de fs. 142/147 que lo procesó como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal y trabó un embargo por cincuenta mil sesenta y nueve pesos con sesenta y siete centavos (\$50.069,67).

II. De la situación procesal

M. D. y *F. C.* se conocieron la noche del pasado 6 de abril en el local bailable “C.”; se besaron y fueron juntos al domicilio del imputado ubicado en la calle

Allí tomaron unas cervezas y mantuvieron relaciones sexuales con protección, porque esa era la condición que había impuesto la nombrada. Finalmente se fueron a dormir.

Antes de que sonara la alarma, *D.* despertó con *C.* encima de ella penetrándola vía vaginal y, ante su rechazo, él manifestó “*espera, espera que ya acabo, ya acabo*”, lo que efectivamente ocurrió. Luego lo escuchó decir “*ah tomate la pastilla del día después porque acabé adentro*”.

Toda esa situación le generó angustia y se retiró rápidamente de la vivienda. No quería saber nada más de él (cfr. fs. 1 y 16).

Desde ya habremos de adelantar que se homologará el decisorio atacado, el cual respeta las condiciones previstas para su dictado y no se vislumbra vicio alguno en su estructura interna; sólo se observa una simple disconformidad con su contenido.

El artículo 123 del Código Procesal Penal de la Nación fulmina la *ausencia* de motivación, y no cuando ella es sólo imperfecta o defectuosa. Tampoco se ve viciada por el sólo hecho de que sea breve y aun brevísima o escueta, siempre que sea eficaz (CFCP, Sala III, causa nro. 3874, “G., F. R.”, reg. 380.02.3 del 15/7/02 y Sala II, causa nro. 1582 “C., J. R.”, reg. nro. 2074.2 del 8/7/98).

La damnificada fue contundente al afirmar que la última vez que tuvieron relaciones sexuales fue sin su consentimiento.

Es más, la licenciada M. L. M. H. del Cuerpo Médico Forense corroboró este punto al destacar que su relato es lógico, coherente y que *“puede dar cuenta de su génesis, desarrollo y conclusión así como se observa que es concomitante con un estado afectivo sumamente displacentero”*, descartando en su persona toda exacerbación patológica de la imaginación (cfr. fs. 133/137).

Ahora bien, la figura en la que el juez subsumió el hecho protege la libertad sexual, esto es *“la capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo a efectos sexuales, o a la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos. En la vertiente negativa, es la posibilidad de negarse a ejecutar él mismo o a tolerar la realización por otros de actos de naturaleza sexual que no desee soportar”* (Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte Especial Tomo I, cuarta edición actualizada y reestructurada, Editorial Rubinzal – Culzoni, página 524). En el caso, D. dormía cuando percibió que el imputado la penetró, por lo que jamás pudo expresar oposición y nada autoriza sostener que el permiso primigenio se extendía a esa ocasión. Otro dato importante es que cuando exigió que cesara no lo hizo.

Es que indudablemente el análisis del caso se circunscribe, según contiene el artículo 119 del Código Penal, a si el autor llegó al resultado buscado *“aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”*. Así quedan desplazadas las otras modalidades comisivas de la figura.

Pero lo transcendental es que C. sabía que su acto no sería consentido sin el uso de un preservativo, ya que expresamente D. lo había puesto como condición necesaria horas antes. El estado de sueño en que se encontraba entonces fue aprovechado, justamente, para consumir la relación de una manera que aquélla expresamente no autorizó. Evidentemente la voluntad prestada por la mujer fue excedida al desconocerse esa circunstancia.

Bajo este panorama su intención de vulnerar la esfera de intimidad de la víctima queda evidenciada. La nueva concepción del bien jurídico protegido, recordemos, es la facultad del sujeto de *“auto determinarse respecto al uso de su propio cuerpo en la esfera sexual”*.

El disenso de *D.* frente a la forma en que el imputado pretendió ejecutar el acto, bajo un contexto en el cual no pudo oponer ninguna resistencia al menos en su iniciación, no cabe duda que termina por configurar un abuso de su libertad sexual.

Basta citar que nos encontramos frente a un delito de acción e instantáneo, lo que nos permite afirmar que su consumación ocurrió, en el caso en examen, con la penetración sin el uso del preservativo y cuando la mujer no era consciente del acto.

Nuestra doctrina ya consideró al sueño como privación del sentido y, así, que el abuso ocurriera en la forma descripta muestra que la denunciante no tuvo oportunidad de decidir libremente, lo que constituye uno de los elementos primordiales para la tipificación ya que *“el consentimiento se manifiesta, en estos casos, como un presupuesto negativo de la tipicidad, toda vez que su ausencia o presencia implica la delimitación de lo penalmente relevante”* (Tratado de Derecho Penal, Jorge Eduardo Buompadre, Tomo I, tercera edición, Editorial Astrea, página 394).

Desde el punto de vista probatorio, la falta de aprobación de mantener relaciones sexuales bajo otras condiciones se infiere de las capturas de pantalla de la conversación que mantuvieron vía “Instagram” –iniciada por él- al día siguiente del evento, donde la denunciante de manera clara exhibió su postura al remarcar *“en qué momento me preguntaste si quería coger”* (sic).

La indiferencia de *C.* al deseo de la víctima procediendo sin el cuidado debido lo exterioriza cuando expresa *“perdón por acabarte no me pude contener”* (sic).

Si bien negó actuar contra la voluntad de la mujer porque presumió su aquiescencia, estimamos que el cuadro incriminante demuestra que ello no fue así y que hubo una concreta afectación de la intimidad de la damnificada que con preocupación inició numerosos estudios para determinar secuelas que podrían darse tanto por contagio de enfermedades como un posible embarazo.

Podemos así arribar a la siguiente conclusión: si bien todo el escenario que surge del legajo (que habían tenido sexo y dormían probablemente sin ropa en su cama), podría haber llevado al imputado a pensar

que, tal vez como juego de seducción o por lo ya ocurrido, estaba habilitado a reiniciar un contacto sexual, hacerlo cuando se hallaba dormida y sin utilizar un preservativo eliminó como válido todo consentimiento previo. Es que para que sea eficaz, la persona debe conocer y aceptar todas las circunstancias que rodean al hecho y el imputado ignoró una fundamental: la denunciante no hubiera tenido relaciones sexuales sin protección y él lo sabía; y no le importó.

Podemos afirmar así que D. careció de capacidad para auto determinarse en la esfera sexual.

“De la idea fundamental del consentimiento se desprende que éste sólo puede ser eficaz en la medida en que el acontecimiento se presenta, según baremos normativos, aún como expresión de la autonomía del portador del bien jurídico, como realización de su libertad de acción. En los errores relativos al bien jurídico falta esto, porque el que consiente no es consciente de en qué medida renuncia realmente al objeto de la acción” (ver Claus Roxin, Derecho Penal Parte General, Tomo I, La Estructura de la Teoría del Delito, página 545).

Si bien este caso puede presentar en una primera lectura aspectos que sugieren una relación sexual consensuada, la verdadera forma de garantizar la sexualidad de una mujer implica que la practique en la más absoluta libertad y ha quedado demostrado que el límite siempre estuvo en su práctica mediante un método que no sólo impidiera un eventual embarazo, sino la absoluta preservación de su salud al evitar el contagio por esa vía de toda enfermedad.

Vemos así que su consentimiento se vio quebrantado y su esfera de decisión afectada en los términos que exige el tipo para su realización.

En ese entorno entonces la circunstancia que hubiera efectuado la denuncia catorce días después del hecho de ningún modo resta credibilidad a su postura, pues afirmó que *“inicialmente (...) lo contaba nerviosa, incrédula hasta que fu[e] tomando dimensión de lo que había pasado”*, lo que sugiere que ello provocó la demora.

Así, difícilmente pueda sostenerse, como la defensa pretende, que se expidió con animosidad u odio; no se conocían de antes y sería absurdo suponer que se va a someter a un proceso -con todo lo que ello implica- si nada de lo que contiene su relato hubiere ocurrido.

III. Del embargo:

En lo que respecta a la medida de cautela real decretada, habilitada la instancia de este tribunal se advierte en el pronunciamiento la falta de discriminación en los términos del artículo 518 del Código Procesal Penal de la Nación, ya que estableció una suma total, sin distinguir los motivos que la justifican y sin acompañarla de una adecuada fundamentación (artículos 123, 404 inciso 2 del citado cuerpo legal), lo que impide su correcta valoración.

Por ello, se declarará la nulidad del embargo dispuesto.

En consecuencia, el Tribunal **RESUELVE:**

I. CONFIRMAR el punto I del auto de fs. 142/147 en cuanto fuera materia de recurso.

II. DECLARAR LA NULIDAD del embargo dictado en el punto III del auto de mención.

Regístrese, notifíquese y devuélvase las presentes actuaciones al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío.

Julio Marcelo Lucini

Mariano González Palazzo

Magdalena Laíño

Ante mí:

Ramiro A. Mariño
Secretario de Cámara