SENTENCIA:

Mar del Plata, 23 de marzo de 2023.

Cuestión Primera: ¿Qué calificación legal corresponde atribuir a los hechos punibles?

A la cuestión planteada el Sr. Juez Falcone, dijo:

Las partes acusadoras calificaron los hechos respecto de M. G. F. como abuso sexual con acceso carnal agravado por el suministro de estupefacientes y por resultar la muerte de la persona ofendida (CP, 124, art. 13 Ley 23.737) y femicidio (CP, 80 inc. 11), hechos que concurren idealmente entre sí (CP, 54) y que le imputan al nombrado en carácter de autor penalmente responsable.

Adelanto que coincido con la calificación legal escogida por la acusación, pero destaco que los fundamentos que permiten su imputación a F. resultan pasibles de ser –entiendo- mejor depurados con una técnica alternativa a la postulada por las partes acusadoras. Resulta evidente, asimismo, que en nada se ve afectada la congruencia que debe necesariamente ostentar la resolución del juzgador, ya que respetaré una total correspondencia en relación al hecho y calificación que la acusación le endilgara. La divergencia sólo se materializará en los fundamentos; en otros términos, en el por qué de la imputación.

Antes de ingresar en el análisis teórico referido, debe reseñarse lo postulado por la defensora del imputado F. respecto del presente tópico. La Dra. Solari, en su alocución final, sostuvo que de ninguna manera se logró probar que F. haya obrado con dolo en su accionar. Así, refirió que ayudó en todo momento a L., intentó reanimarla y brindó colaboración a los funcionarios policiales encargados de investigar el suceso, sin intención alguna de ocultar lo sucedido.

Sostuvo que, en caso de responsabilizar a F. por la muerte dolosa de L., se estaría vulnerando el principio de congruencia y el derecho de defensa en juicio, ya que en ningún momento se le imputó el homicidio a título doloso. Adujo que la Fiscal, al requerir la elevación de la causa a juicio, sostuvo que F. llevó a L. a su casa con la intención de abusar de ella, a sabiendas de su minoría de edad y su condición de consumidora, le suministró drogas y la abusó sexualmente, tras lo cual resultó su muerte. Al respecto, remarcó que la imputación para ser válida, además de ser clara, precisa y circunstanciada, debe abarcar la faz subjetiva del hecho, tal como lo estableció la CSJN en el fallo Sircovich.

Continuó exponiendo la defensora que el fin homicida no le fue imputado a F., sino sólo la voluntad de abusar sexualmente de L., por lo cual una condena por homicidio doloso resultaría anticonstitucional. Por último, manifestó que tampoco se logró establecer de ningún modo que F. le haya suministrado a la víctima la droga que consumió y, aún cuando haya sido así, el lamentable deceso no puede imputársele a su asistido, quien jamás pudo representarse el resultado fatal. Ello así atento que no es posible determinar cuánta cantidad de droga consumió L. o, al menos, impide atribuir sin lugar a dudas la relación de causalidad entre el consumo y la muerte. Concluyó que F. nunca tuvo dominio sobre el curso causal de la situación y que ni siquiera un médico podría haber dominado el curso causal en un caso como este.

El abordaje de la controversia planteada requiere seccionar el análisis en las tradicionales instancias dogmáticas de la imputación objetiva -perteneciente al tipo objetivo- e imputación subjetiva -en este caso perteneciente al tipo subjetivo, ya

que no se han presentado discusiones relacionadas a la categoría de la culpabilidad-. Así, en lo tocante al primero de los tópicos, resulta inevitable realizar una introducción sobre las posiciones de garantía y su recepción en la teoría penal.

1. Relaciones de garantía

Las posiciones de garantía en el Derecho penal ostentan una enorme relevancia teórica; paralelamente, la praxis forense es poco proclive a acudir a ellas. Observó NAGLER hace ya varios años que, en relación a los llamados delitos de omisión impropia, lo esencial resulta ser la resolución de un problema de adecuación típica, ya que la inactividad se exhibe aquí como una acción en el sentido del tipo, equiparándose a partir de ello a la actividad según la voluntad de la ley. Así, la identificación de la clase de omisiones que suponen una adecuación al correspondiente tipo de delito comisivo viene dada por el criterio rector de la posición de garante, dado que, hallándose quien omite la acción impeditiva del correspondiente resultado jurídicamente obligado a garantizar la indemnidad del bien jurídico cuya afectación es constitutiva de ese mismo resultado, la omisión del impedimento de tal resultado se encontraría jurídicamente en idéntico nivel que la actividad designada en el tipo legal. Por tanto, el garante podría quebrantar la respectiva norma prohibitiva de comportamiento no sólo por vía de una acción ejecutiva sino también por vía de pasividad (Véase a este respecto MAÑALICH, Juan Pablo; Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Año 21 n° 2 -2014-, p. 228. Radicalmente innovador sobre el punto NAGLER, Johannes; Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, en Gerichtssaal, vol. 111 -1938-, pp. 53 y ss.).

Si quisiéramos servirnos de parte de los aportes de la brillante tesis doctoral de Joachim VOGEL de 1993, quien encarara la fundamentación de los delitos de omisión impropia a partir del edificio dogmático propuesto por la teoría analítica de las normas, podríamos decir que los tipos de delitos comisivos se transforman en estos casos, habilitando la subsunción de supuestos de no ejecución de una acción que satisface –semánticamente- una determinada descripción en tales tipos. Pues, en los delitos de resultado, claro está –como bien señala MAÑALICH- que el condicionamiento de un resultado R es constitutivo tanto de una acción productiva de R como de la omisión de una acción impeditiva de R (Confróntese MAÑALICH en la obra más arriba citada, p. 234. También VOGEL, Joachim; Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, passim).

Si nos ciñéramos a la norma de comportamiento que prohíbe matar a otro o a otra, inferible de la norma de sanción del artículo 79 de nuestro Código Penal, lo cierto es que ninguna "cláusula de correspondencia" es necesaria para asimilar las acciones productivas de la muerte de una persona con las omisiones de acciones impeditivas de idéntica muerte por parte de quienes resultan garantes. Ello así dado que, en un plano normativo, acción y omisión dan cuenta de una unidad de sentido que excluye la posibilidad de un tratamiento punitivo diferenciado, por mucho que a tal postulado se opongan las visiones de corte fenomenológico. Por ello, resulta evidente que, al fundamentarse la responsabilidad de cualquier agente en la potencial adscripción a su respecto de la condición de garante, da lo mismo que éste quebrante su deber mediante acción u omisión; lo fundamental, más bien, es que sea en el caso concreto portador de un deber jurídico. Como conducta penalmente relevante, es indiferente el modo en que acción y omisión se presentan en su fenomenología; sólo es determinante la expresión de una unidad de sentido jurídico-penal que comunica el comportamiento en un contexto social concreto. Así, la cláusula de correspondencia resulta absolutamente superflua, ya que para nada responde a una sistemática que explique claramente cuál es el significado de un comportamiento en su relevancia penal (Véase, de modo similar, CARO JOHN,

José; Sobre la identidad de imputación a la acción y la omisión, en La Reforma del Derecho penal y del Derecho procesal en el Perú, Anuario de Derecho penal 2009, pp. 85 y ss.).

El punto de apoyo de la construcción dogmática de la posición de garantía lo advierte BACIGALUPO en la existencia de delitos tipificados que consisten en la omisión de una acción que hubiera evitado un resultado; ello permite, al decir del autor, solucionar el problema planteado por la falta de tipificación de los delitos impropios de omisión (Véase BACIGALUPO, Enrique; Manual de Derecho penal, Temis, Bogotá, 1996, p. 230.) Sin perjuicio de ello, lo esencial es que, según mi visión, tales "delitos especiales de garante" surgen -como ya expresé- del quebrantamiento de la propia norma de comportamiento penalmente reforzada, a partir de la realización de valoraciones despojadas de fenomenología. Recurriendo a un conocido ejemplo: ¿qué diferencia existe en que, si yo voy caminando con mi perro de raza pitbull y me cruzo a un acérrimo enemigo por la calle, azuce al animal para que ataque a este último o bien, contrariamente, no lo detenga cuando éste se dispone a hacerlo? La diferencia sólo estriba en lo fenomenológico; normativamente, la valoración resulta idéntica, ya que si tal ataque provocó la muerte de la víctima lo que habré quebrantado es la prohibición de matar a otro que emana del antes mencionado artículo 79 del CP. La discusión del título de imputación por el que habré de responder es, precisamente, un debate diferente que no debe confundirse con lo anteriormente señalado. La clave es advertir que el centro de nuestra atención debe estar depositado en la infracción del deber de administrar correctamente ámbitos de organización personales -concretamente, las competencias del autor-, con total independencia de si la infracción del deber es llevada a cabo mediante comisiones u omisiones.

Los deberes de garantía pueden presentarse bajo tres ropajes diferentes: aseguramiento, salvamento y asunción. La relectura que JAKOBS efectúa de los aportes del ineludible estudio de Armin KAUFMANN sobre la omisión -me refiero a Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1959- es seminal para la adecuada comprensión del tópico hoy día. Así, respecto de los mandatos en virtud de una competencia por organización entran en primer término en consideración los deberes de aseguramiento en el tráfico. Todo aquel que domine un objeto material debe cuidar de que los contactos de otras personas con el objeto permanezcan indemnes. Ello supone que deban asegurarse las tejas de un techo que amenazan, por caso, caerse y golpear a viandantes, y también todo dueño de un arma conoce el deber de no dejarla accesible a personas sin autorización. Por su parte, si el deber de aseguramiento nace especialmente de determinado comportamiento anterior, se habla precisamente de injerencia: quien excava una zanja en una calle pública debe asegurarla de tal forma que nadie caiga en ella, y quien enciende un fuego en el monte debe apagarlo antes de retirarse. El nacimiento de un concreto deber de salvamento no grava a todo el que ha causado un accidente, pero sí a quien lo ha causado mediante una organización antijurídica. Una fundamentación breve y clara sería: quien organiza algo prohibido debe evitar daños que sean consecuencia de tal organización, y quien organiza algo tan solo peligroso de igual modo debe evitar los daños, a no ser que otros hayan organizado algo de más importancia que lo simplemente peligroso. Estos son los deberes de garantía que se hallan en juego en el caso bajo estudio; el deber de asunción no ostenta en este contexto mayor interés ya que responde a premisas diferentes (Véase, en lo pertinente, JAKOBS, Günther; La imputación penal de la acción y de la omisión, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 31 y ss.).

En otros términos, los deberes de salvamento se activan para el portador de un deber de garante cuando de su ámbito de organización ha surgido un peligro que puede alcanzar a un tercero y lesionarlo en sus derechos, por lo que su deber es inhibir el peligro creado. Lo expuesto supone sostener que el obligado es garante

de retrotraer un curso dañoso a fin de que el peligro existente se mantenga al interior del riesgo permitido. El deber de garantía por injerencia se le activa a todo aquel que organiza algo peligroso -sería una "actuación precedente"-, debiendo evitar los daños que resulten de dicha actuación. Asimismo, si mediante un actuar precedente se usurpa un espacio de libertad ajeno, el salvamento exigido no tiene otro sentido que el de revocar dicha usurpación (Cfr. CARO JOHN, José, en la obra anteriormente citada, pp. 93 y sgte.).

PAWLIK, principal discípulo alemán de JAKOBS de la actualidad y quien escribiera una de las obras de filosofía jurídico-penal más importantes del siglo XXI hasta el momento -aludo a Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012- también hace referencia a los deberes de neutralización en el marco de su célebre teoría de las competencias. Dentro de las competencias de respeto, y como casos particulares del deber de neutralización, identifica tanto a la injerencia como a los deberes del tráfico. Cuando trata la primera de ellas, sostiene que "un ordenamiento jurídico tiene dos posibilidades radicalmente distintas a la hora de configurar el espacio de actuación del ciudadano: o bien el ordenamiento jurídico recorta este ámbito limitándolo desde un comienzo, para evitar así posibles daños y, en tal caso, el ordenamiento se puede permitir, a la inversa, vincular la responsabilidad penal de forma estricta a un comportamiento contrario a deber; o bien el ordenamiento jurídico concede al ciudadano individual un espacio para el desarrollo personal amplio, si bien, para compensarlo, debe desarrollar entonces reglas de responsabilidad diferenciadas. Desde los postulados de la libertad resulta preferible la segunda de las alternativas referidas…". Por ello es que en la injerencia la fuente de peligro que da lugar a los esfuerzos de neutralización, más allá de ser frecuentemente un comportamiento no permitido, podrá tratarse también de creaciones de peligro conforme a Derecho. En relación a los deberes del tráfico, por su parte, el ciudadano queda obligado a la neutralización no sólo de los peligros que traen causa de comportamientos, sino también de los peligros provenientes de cosas (Cfr. PAWLIK, Michael; Ciudadanía y Derecho penal, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 89 y ss.)

En el presente caso, F. tenía a disposición una fuente de peligro –estupefacientes altamente invasivos- y por ello tenía el deber de asegurarla, máxime conociendo el historial de policonsumo que L. presentaba desde la jornada anterior y su condición de menor de edad, con el concreto estadio de evolución madurativa que tal instancia supone, lo cual fue claramente explicado por la Lic. Bertarini. Es decir, en el decurso de su encuentro con finalidad sexual el encausado siguió suministrando droga a la víctima en forma excesiva, debiendo haber neutralizado ese peligro con una acción concreta: haber detenido o "cortado" el suministro en el momento decisivamente relevante. Entonces, la injerencia ilícita que anteriormente referenciara debió trocar en una neutralización del peligro generado.

Este deber de garantía por injerencia se le activó a F. en tanto fue quien organizó algo peligroso (suministrarle estupefacientes a una menor, que ya había consumido cantidades indeterminadas de variadas sustancias tóxicas durante el día y noche anteriores al hecho -todo lo cual conocía-, que estaba mal dormida -lo que también sabía-, mientras mantenía reiteradas relaciones sexuales bruscas con la misma en un corto intervalo de tiempo). En definitiva, fue el propio imputado, dado que ostentaba el control de la fuente de peligro -era un dealer, que por definición manipula todo el tiempo estupefacientes y conoce las consecuencias de su consumo-, quien debió neutralizar el mismo de manera exitosa a fin de evitar daños que sean consecuencia de su organización antijurídica.

Ahora bien, claramente lo señalado no sucedió: F. no detuvo el suministro de estupefacientes a L.; el mismo se "cortó", naturalmente, cuando la víctima se descompensó. Arribado a este punto, habiendo el peligro surgido del ámbito de

organización del portador de un deber de garante –F.- y habiendo dicho peligro lesionado en sus derechos a la víctima -quien se descompensó y comenzó -mientras estaba con el encausado- su proceso de muerte- el deber de F. pasó a ser de salvamento; un salvamento objetivo que logre retrotraer el curso dañoso de su accionar. Debe lograr un resultado exitoso, ya que es quien se injirió antijurídicamente en una esfera ajena. Ello tampoco sucedió.

Así, sin perjuicio de que, como señaló la defensa, el causante haya intentado reanimar a L. y la haya trasladado a la sala de salud, lo cierto es que dicha conducta se patentiza en un análisis ex post de su accionar, mientras que el deber de salvamento debió concretarse en el momento en que el daño provocado por la fuente de peligro controlada por F. estaba aconteciendo.

La defensa argumentó que no se logró establecer de ningún modo que F. le hubiese suministrado a la víctima la droga que consumió, extremo que, contrariamente, he tenido por probado, tal como fuera detenidamente analizado en el acápite de la materialidad delictiva. En efecto:

- Fue F. quien el día 7 de octubre le vendió a L. marihuana y cocaína;

- Surge de los chats mantenidos entre ambos que F. recibió variados indicadores de que ella consumía en considerable cantidad estupefacientes y mezclaba sustancias;

- El día del hecho F. advirtió que L. venía con vestigios de consumo de estupefacientes en el momento en el que se subió a la camioneta de O., cuando la pasaron a buscar;

- El ateneo pericial integrado por Cabrera, Tinto y De los Reyes aseveró que es indudable que existió consumo de marihuana y cocaína en las horas previas al fallecimiento -contemporáneo a la muerte-;

- Del informe de fs. 41/43 de peritaje químico legal sobre muestras remitidas del relevamiento del domicilio de … surge que las muestras correspondientes a las cucharas levantadas de la bacha de la cocina, dieron positivo para clorhidrato de cocaína y el envoltorio de nylon sin contenido dio positivo para principios activos del cáñamo –cannabis-.

- Las muestras de orina de la víctima dieron positivo para cocaína y derivados como así tetrahidrocannabinol –marihuana-. El informe de peritaje toxicológico realizado sobre pool de vísceras determinó la presencia de cocaína.

- El día siguiente al hecho, al efectivizarse la detención de F., se secuestró su mochila en cuyo interior se halló un envoltorio con 38,10 gramos de clorhidrato de cocaína; y, sobre el mismo asiento, del lado del acompañante, una bolsa de nylon con nueve envoltorios de nylon con 220 gramos -peso total- de marihuana.

- Surge de los chats -ya analizados- entre L. y . y entre L. y . M. del día 7 de octubre, que L. ya había consumido -al menos parcialmente- la droga que el imputado le había vendido ese mismo día; por lo que resulta implausible que la niña hubiese arribado al domicilio de … al día siguiente con su "propia" droga. Sostener esto resulta además contraintuitivo: no puede pensarse que la víctima va a ir a la casa del dealer a consumir su propio estupefaciente. Y si ese fuera –parcialmente- el caso, y hubiese existido algún sobrante de la adquisición de la jornada anterior, se trata exclusivamente de la droga que F. le vendió, con lo cual el argumento deviene de la misma premisa.

La racionalidad inferencial trabajada por el célebre filósofo neohegeliano de Pittsburgh Robert BRANDOM, no sólo en su monumental Haciéndolo explícito -me parece más atinada esta traducción de Making it explicit que la de su versión castellana: Hacerlo explícito- sino en otros trabajos complementarios, arroja luz sobre el punto (sobre el tópico confróntese PEREZ BARBERA, Gabriel; ¿Dolo como indiferencia?, en Revista En Letra: Derecho Penal Año VI, número 11, pp. 103 y sgte.). Ha sostenido el penalista cordobés, textualmente, que "Lo que está en el trasfondo de este planteamiento es un concepto inferencial de racionalidad, porque lo que es racional o irracional se determina en función de si, dado un estado de cosas, es posible, imposible o necesario inferir, de eso, otro estado de cosas. A mi juicio, la mejor fundamentación de este concepto de racionalidad es la que ofrece BRANDOM. De acuerdo con su explicación, que he seguido ya en otro lugar, lo que nos caracteriza como seres racionales es, en efecto, nuestra capacidad inferencial."

BRANDOM concretamente alude a lo siguiente: "Una consecuencia inmediata de esta delimitación inferencial de lo conceptual es que hay que tener muchos conceptos para poder tener por lo menos uno solo. Pues la comprensión de un concepto incluye la habilidad de saber hacer las jugadas inferenciales apropiadas que lo conecten con muchos otros: con aquellos cuya aplicabilidad se sigue de la aplicabilidad del concepto en cuestión y con aquellos cuya aplicabilidad lo excluye o queda excluida por él. No se puede tener sólo un concepto. Este holismo de los conceptos está en contraste con el atomismo que resultaría si los conceptos se equipararan con disposiciones a respuestas diferenciadoras (…) Considerar que estados o actuaciones poseen un contenido intencional en el sentido de que están conceptualmente articulados incluye considerarlos como situados dentro de una red de correctas transiciones inferenciales de un contenido a otro. Para orientarse en los hilos de la red que rodean un contenido conceptual y ser capaz de decir qué movimientos que conducen a él y parten de él en la práctica son necesarios, permitidos o prohibidos, hay que dominar las correspondientes inferencias adecuadas que rigen también el uso de otros conceptos y contenidos."(Véase BRANDOM, Robert; Hacelo explícito, Herder, Barcelona, 2005, pp. 156 y sgte.)

Así, todo lo expuesto hasta ahora, analizado de modo conglobado, fuerza a concluir en la inferencia de que fue F. quien le suministró a L. el material estupefaciente dentro de la vivienda de … que le provocó la muerte. Conforme lo anteriormente reseñado, tenemos probado que F. detentaba estupefacientes el viernes anterior, ya que en efecto le vendió los mismos a L. ese día. También, tenemos acreditado que F. detentaba una cantidad considerable de cocaína y marihuana el día domingo posterior, ya que munido de ellos lo detuvieron. Por ende, se impone la inferencia racional de que también los detentó el día sábado intermedio, mientras permaneció junto a L. en su domicilio.

Por otra parte, respecto de la muerte de la adolescente, la defensa postuló que la misma no puede imputársele a su asistido, quien jamás pudo representarse el resultado fatal. Como fundamento, agregó que no es posible determinar cuánta cantidad de droga consumió L. o, al menos, no es posible atribuir sin lugar a dudas la relación de causalidad entre el consumo y la muerte.

Nuevamente, debo decir que discrepo con lo señalado. Los peritos de la Asesoría Pericial de La Plata -Tinto, Cabrera y De los Reyes- concluyeron como altamente probable que la causal de la muerte de L. fue la congestión y edema pulmonar secundario a una intoxicación por cocaína. El hecho de no poderse determinar con la certeza científica pretendida por la defensa la cantidad de droga que efectivamente consumió L., no impide afirmar que dicho consumo fue excesivo, y que el mismo en el contexto ya reiteradamente valorado – con policonsumo previo de la víctima, mal descanso, y siendo sometida a reiteradas relaciones sexuales bruscas y violentas- le provocó la muerte.

A modo de resumen, se ha acreditado con la certeza que esta instancia requiere que M. G. F. abusó sexualmente con acceso carnal de L. P. M., contexto en el cual le suministró una cantidad indeterminada de estupefacientes que le provocaron la muerte, conducta que encuadra en el tipo penal previsto en el art. 124 del código fondal.

No me resulta ajeno que, técnicamente, se trata el presente de un caso de autoría mediata por autolesión del instrumento o de heterolesión en autoría mediata, ya que la persona de atrás –F.- es competente por el déficit de responsabilidad de la persona de delante que se autolesiona a partir del consumo de estupefacientes –L.-. Pero resulta la expuesta una opinión dogmática que puede no compartirse, y muestra cabal de ello suponen los permanentes esfuerzos de muchos académicos de hacer colapsar la autoría mediata en la autoría directa. Mi humilde opinión es que, a efectos de determinar el difícil problema del comienzo de ejecución de un delito, tales mundos no debieran confundirse, juzgándose correcta la llamada "solución global" para determinar el principio de ejecución en la autoría mediata. Sin perjuicio de ello, lo consignado implica una mera nota marginal que en nada modifica la conclusión a la que habré de arribar para resolver el caso, presidida por un respeto pleno al principio de congruencia entre acusación y fallo.

Habiéndose comprobado que la conducta de F. supuso un significado social perturbador al superar el riesgo permitido, y que este significado ha sido concretamente determinado, resta ahora analizar el tópico de la imputación subjetiva a su respecto, para lo cual, en primer término, me abocaré a sentar las bases de una intelección del dolo como concepto estrictamente normativo, argumentando luego cómo ello resulta de aplicación en el caso bajo estudio.

2. El dolo como concepto estrictamente normativo

2.1. La adjudicación de conocimiento como componente bastante

Lo primero que cabe decir es que, conforme nuestro Código penal, no existe impedimento alguno para el abordaje del título de imputación por defecto que constituye el dolo como un concepto normativo, alejado del psicologismo excesivo que mayoritariamente lo aqueja hace décadas. Sólo establece nuestro código de fondo que no es punible quien actúa con error de hecho no imputable (art. 34 inc. 1 del CP), lo que sin dudas es susceptible de conceptualización dogmática. Tampoco el dolo se halla definido en el artículo 42 de nuestro CP; sólo parece estarse refiriendo allí a que en la tentativa cabe exclusivamente un dolo de propósito, alejándose de la clara posibilidad dogmática de construcción de una tentativa con dolo eventual. Pero ello tampoco es unánime para nuestros científicos (Véase al respecto PEREZ BARBERA, Gabriel; El dolo eventual, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, pp. 50 y ss.).

Dicho esto, y como el título del acápite anticipa, lo que aquí habrá de postularse será una adscripción de dolo absolutamente divorciada de lo que concretamente sucede en la mente de cada sujeto a la hora de actuar, extremo que, por otra parte, resulta de imposible comprobación dado que en rigor constituye exclusivo patrimonio suyo. CARO JOHN nos recuerda que el penalista alemán Benedikt CARPZOV ya en el año 1635 en su Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium (Pars I) demostró que el conocimiento del dolo tenía que establecerse en un nivel de valoración sustraído a las peculiariades psico-biológicas del ser humano, toda vez que a éstas nadie las puede conocer ni probar. CARPZOV parte del ejemplo de que alguien, supuestamente para causar apenas una herida a otro, lo apuñala con una espada filosa, produciéndole así la muerte. Para el pensador alemán no cabe duda que el hecho corresponde al de un homicidio doloso, mas no

al de unas lesiones dolosas con resultado de muerte. Es un homicidio doloso sin más, porque "quien da una puñalada con una espada, a pesar de querer producir solamente una herida, actúa con dolo, porque él sabe o mínimamente debía saber que de esa forma la herida no podía ser causada" (Así en CARO JOHN, José A.; Imputación subjetiva, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales n° 7 -2006-, pp. 249/250.).

Los datos empíricos que serán de trascendencia para imputar el dolo a un determinado comportamiento son lo único "físicamente" perceptible, y ello es lo que nos permite aseverar que este concepto se halla teñido de una innegable normatividad, alejado de cualquier fenómeno psicológico que quiera intentar desentrañarse. La definición de dolo que vierte a la discusión Gabriel PEREZ BARBERA puede contribuir a clarificar el punto: dolo es, para este autor, una "especial clase de reproche objetivo que se efectúa a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar ex ante una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento" (Cfr. PEREZ BARBERA, Gabriel; El concepto de dolo en el derecho penal, en Problemas Actuales de la Parte General del Derecho Penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 539.). Tal postura se distancia de modo significativo del modelo otrora propuesto por FEUERBACH de una imputación de características exclusivamente psíquicas -por oposición a lo externo a la persona del injusto criminal- en tanto manifestación de una voluntad infractora de un deber o, si se quiere, contraria a una prohibición.

Partiendo de lo párrafo arriba expuesto no queda menos que esgrimir, desde ahora y con toda claridad, que el componente volitivo no ocupa ningún lugar en la definición del dolo como título de imputación (en caso de querer consultarse la distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación en Derecho penal puede verse, en lugar de muchos, HRUSCHKA, Joachim; Reglas de comportamiento y reglas de imputación, en Imputación y Derecho Penal, BdeF, Montevideo - Buenos Aires, 2009, pp. 11 y ss.; también MAÑALICH, Juan Pablo; Norma e imputación como categorías del hecho punible, en Revista de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile n°12 -2010-, passim.)

La posición que resalta en tal concepto la idea de decisión contra un bien jurídico, aduciendo que los elementos cognitivos son solamente algo necesario -porque no existen voluntades vacías de contenido- pero no suficiente -porque la decisión resulta ser algo más que mera representación y conocimiento-, desatiende -como una muestra de una gama amplia de ejemplos- el supuesto de hecho planteado por el célebre caso del tirador de Lacmann, en el que dos granjeros que practican tiro al blanco en una feria deciden apostar que pueden darle al sombrero de una niña que se encuentra veinte metros adelante sin herirla, obteniendo como premio la totalidad del patrimonio del perdedor. Cuando el primero de los contendientes dispara, ocurre lo indeseado: la chica resulta víctima de la agresión y muere. Claramente se advierte en tal caso que el tirador no quiso, en el sentido psicológico-descriptivo, el resultado. De hecho, fácilmente puede inferirse que tal consecuencia fue lo último que hubiese querido que suceda, dado que su acaecimiento implicó la pérdida de todo su patrimonio. No obstante, se entiende que a nadie se le ocurriría sostener con un mínimo viso de seriedad argumental que el tirador en ese supuesto actuó sin dolo, lo cual supone con toda nitidez que deban admitirse comportamientos dolosos aún en ausencia de una voluntad infractora de la norma (El supuesto fáctico, con una ligera variación respecto de su versión original, está tomado de GRECO, Luís; Dolo sin voluntad, en Revista Nuevo Foro Penal de la Universidad EAFIT (Medellín) Vol. 13, No. 88, enero - junio de 2017, p. 14.)

Sin perjuicio de ello, difícilmente se pueda aseverar que este mentado componente volitivo no tenga cabida en la teoría de la imputación; antes bien, es dable hallar a

la volición como parte integrante de toda acción humanaasí como también integrando una relación de dependencia frente al carácter cognitivo del contexto situacional en la imputación dolosa, en tanto todo autor que lleva a cabo una determinada conducta bajo unas determinadas circunstancias, conociendo el tenor de la acción y sus circunstancias, quiere también realizar tanto la conducta como las circunstancias en cuestión. HRUSCHKA, frente a tal escenario, remata diciendo que "cuando alguien ha realizado un hecho siendo consciente de tal realización y de sus circunstancias relevantes, pero sostiene que no quiso realizarlo, incurre en un venire contra factum proprium y, por tanto, en una autocontradicción pragmática" (Confróntense ideas de SILVA SANCHEZ, Jesús- María, Aproximación al Derecho Penal contemporáneo -2° edición ampliada y actualizada-, BdeF, Buenos Aires - Montevideo, 2010, p. 401; también de HRUSCHKA, Joachim; Sobre la difícil prueba del dolo, en Imputación y Derecho Penal, BdeF, Montevideo - Buenos Aires, 2009, p. 183).

Hecha tal salvedad, toca ahora adentrarme más pormenorizadamente en el conocimiento imprescindible para adscribir a un determinado comportamiento el calificativo de doloso. Y es aquí donde resulta decisivo para la capacidad de acción el conocimiento de las circunstancias del hecho y de la posible relevancia causal de la propia conducta para el advenimiento del resultado típico, dado que sin ese conocimiento el autor no podría evitar la realización del tipo penal; ello implica sostener, planteado a contrario, que si el autor posee el conocimiento necesario podrá esperarse de él , presumiéndoselo ciudadano fiel al derecho, la evitación de la causación del resultado (Confróntese a KINDHÄUSER, Urs; Acerca de la delimitación entre dolo e imprudencia, Revista Jurídica de la Universidad de Cartagena (Colombia) Volumen 4, Revista n° 1, Ejemplar n° 7 (2012), p. 13). Dicho esto, es aquí pertinente realizar una capital distinción en cuanto al lugar que ocupan en la adscripción del dolo las representaciones concretas del autor a la hora de actuar. Para ello, deben diferenciarse lo que constituyen las representaciones -de tinte subjetivo- de las evaluaciones -vinculadas precisamente a la idoneidad objetiva del método-. Tal como STRUENSEE sostiene, "lo decisivo es tan solo la estimación normativa acerca de la cantidad de factores causales representados. ¿Es suficiente la intensidad de la representación para fundar un dolo de causación? La representación de una probabilidad suficiente no constituye ninguna magnitud que pueda elegirse libremente, no es una estimación librada al criterio del sujeto actuante, sino que está sujeta a un juicio objetivo orientado en leyes causales y reglas de la experiencia." (Véase STRUENSEE, Eberhard; Consideraciones sobre el dolo eventual, In Dret, Barcelona, 2009, p. 12).

Así, a modo de ejemplo, es a todas luces imprescindible que el autor doloso se haya representado al apuntar al pecho de la víctima con su pistola previo a disparar que el arma en cuestión se hallaba cargada; ahora bien, la evaluación de esa conducta a los efectos de la imputación dolosa estará vinculada a que, conforme reglas generales de actuación prescriptas por la experiencia cotidiana, tal comportamiento implica un método idóneo para matar, con total independencia de lo que acaeciera en la mente del autor previo al disparo -vgr., puede haber querido darle a la víctima el susto de su vida pero sin representarse concretamente la posibilidad de acabar con ella, lo cual es indiferente en materia imputativa-. Ello así dado que el dolo se configura a partir de lo que el sujeto debía saber -conocimiento normativo- y no meramente de lo que sabía -conocimiento psicológico-. Lo que se debe saberse determina en función de la posición específica que ocupa el actuante en un contexto determinado de interacción, dado que precisamente esa posición permitirá saber cuál es el conocimiento exigible en esa particular situación (Confróntese CARO JOHN, José, Manual teórico-práctico de teoría del delito, ARA Editores, Lima, 2014, p. 136.).

De tal suerte puede decirse que, en el ámbito del derecho penal, en la premisa mayor aparece la evitación de la realización del tipo como el objetivo jurídicamente obligatorio; la premisa menor, en tanto, contiene los conocimientos y las capacidades del destinatario de la norma respectivo, mientras que la conclusión designa entonces el comportamiento adecuado a deber que ha de ser omitido -tratándose de una prohibición- o ejecutado -tratándose de un mandato-. Pero, nuevamente, la valoración del riesgo no puede depender de la efectuada por el propio autor en tanto éste no reflexione en absoluto sobre tal magnitud, o bien considere irreflexivamente su realización como improbable. Lo decisivo resulta exclusivamente si su conducta, leída como conducta de un ser racional, expresa la máxima de que la lesión de la norma debe ser o incluso puede ser. (Confróntense citas de KINDHÄUSER, Urs; El tipo subjetivo en la construcción del delito, Revista Jurídica In Dret, Barcelona, 2008, pp. 9 y ss.; también de PAWLIK, Michael; Ciudadanía y Derecho penal, Atelier, Barcelona, 2016, p. 144).

2.2. Situación riesgosa y evitabilidad:

Las anteriores consideraciones exigen aunque más no sea una breve referencia a dos nociones esenciales para entender estos postulados, cuales son la situación riesgosa -amenazante de la incolumidad de bienes jurídicos y vinculada a elementos pertenecientes al tipo objetivo- y la evitabilidad. En lo atinente a la primera, debe tratarse de una situación en que, según el estado de cosas correspondiente, la producción del resultado aparece como probable -o al menos concretamente posible-. Ello significa que lo que ha de evitarse es un comportamiento respecto del cual puede asumirse que, en las circunstancias dadas, su ejecución habrá de condicionar, con una cierta probabilidad, una producción del resultado. No se vincula a otra cosa que al pronóstico de un resultado, en circunstancias que el riesgo aumenta con la probabilidad de producción del resultado. A mayor probabilidad de la producción de un resultado a consecuencia de un comportamiento, mayor es el riesgo asociado a la ejecución del mismo (Confróntese idea de KINDHÄUSER, Urs; El tipo subjetivo…, cit., p. 26).

El concepto de probabilidad que aquí se sostiene es el presidido por las leyes de la lógica, donde el consecuente de un enunciado probabilístico -hipótesis o pronóstico de probabilidad en sí- se halla directamente vinculado a los datos incluidos en el antecedente, ámbito en el cual si un solo dato cambia o se excluye, o si se incluye algún otro dato, ello contará con su correspondiente repercusión inmediata en el consecuente, que variará en el grado de probabilidad que señale o directamente variará de signo (Cfr. idea de PEREZ BARBERA, Gabriel; El concepto…, cit., pp. 540 y ss. También SANCINETTI, aún desde un prisma subjetivista, se manifiesta partidario de la misma al sostener que "un riesgo ya reprobado, pero que se mantiene aún dentro de una escasa probabilidad de realización, tendría que ser de menor gravedad que un riesgo también reprobado, de alta probabilidad de realización". Ver al respecto SANCINETTI, Marcelo A.; Subjetivismo e Imputación objetiva en Derecho Penal (1° reimpresión), Ad Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 117.).

A partir de lo expuesto, deja verse nítidamente que la probabilidad de aparición del resultado es un criterio cuantitativo, y se estará ante un delito doloso siempre que el nivel sea tan elevado que -como ya se dijera- deba hacer desistir a un ciudadano que profesa fidelidad al derecho de su actuación. En esa línea, la diferencia entre el dolo eventual -forma básica de dolo- y el directo estará marcada por el par conceptual "consecuencia posible" y "consecuencia segura"; en tanto en el primero de los supuestos la consideración de la realización del resultado a partir de la conducta llevada a cabo por el autor será presidida por la posibilidad, en el segundo caso idéntica consideración se hallará gobernada por la seguridad.

Por su parte, en torno a la noción de evitabilidad como criterio normativo que informa la imputación subjetiva puede decirse que las consecuencias de los sucesos pueden, en un estado normal de cosas, calcularse o ponderarse, lo que implica que las personas al conducirse en la sociedad gobiernan una especial capacidad de evitar las consecuencias lesivas de su actuación. Ello constituye un criterio rector que separa la imputación subjetiva en materia penal -tanto en forma de dolo cuanto de culpa- de los resultados fortuitos, que al estar caracterizados por la imprevisibilidad carecen del desvalor subjetivo necesario para la atribución de responsabilidad (Confróntese idea de GARCIA CAVERO, Percy; La imputación subjetiva y el proceso penal, en Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia Vol. 26 Núm. 78 -2005-, p. 133).

Ahora bien, esa posibilidad de evitar, dirigida al autor concreto y no a un hombre promedio de laboratorio, halla sustento en tres tipos de capacidades diferenciables en una persona. En primer lugar, en la posibilidad que el autor tenga de motivarse de modo dominante a evitar el comportamiento, pudiendo formar una voluntad de evitación; también, en que pueda reconocer que la conducta que se propone realizar es aquella que se quiere evitar; finalmente, en que pueda aplicar dado el caso la fuerza física necesaria para evitar el comportamiento en cuestión. Ello permite concluir que la evitabilidad depende de las capacidades volitivas -o motivatorias-, intelectuales y físicas del autor. Debe tenerse presente, asimismo, que la capacidad de motivación del autor concreto no es tomada en consideración en este análisis, dado que la voluntad de evitar comportamientos antijurídicos constituye una presunción -recordemos que a todo ciudadano se lo presume fiel al derecho- que convertirá en eje central de la discusión probatoria si el autor, contando en concreto con la voluntad de evitar una determinada clase de comportamientos, habría podido reconocer que estaba precisamente ante la realización de uno de ellos pudiendo de este modo evitarlo (Véase CORDOBA, Fernando; Dolo y evitabilidad individual, en Revista Pensar en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires n°1, 2012, p. 217).

Así, teniendo en cuenta que nuestro derecho penal reprime defectos volitivos de la ciudadanía y no de inteligencia ni de capacidades físicas, la pregunta esencial a formularse es qué habría sucedido si el autor se hubiese motivado correctamente, formándose la correspondiente voluntad de evitación. Si puede responderse que la persona contaba con las capacidades físicas e intelectuales que le habrían permitido evitar, de haberlo querido, el comportamiento disvalioso, entonces el fundamento de la no evitación se halla en un déficit volitivo y merece ser sancionado. A contrario, si el comportamiento aun echando mano a su mejor voluntad le resultó al individuo física y/o intelectualmente inevitable, el mismo queda fuera de los contornos del derecho penal de culpabilidad (Cfr. CORDOBA, Fernando; Dolo y evitabilidad…, cit., p. 219.)

2.3. El dolo y su prueba en el proceso penal

Asimismo, para la adscripción del dolo en tanto imputación, y en atención a que el mismo en esencia se asemeja a un hecho "interno" que debe necesariamente diferenciarse de los externos que resultan asimilables a través de los sentidos y que, por ende, son constatables con la intermediación de los métodos que proponen las ciencias naturales, puede tal operación asociarse a ciertas reflexiones que toda persona emplea de forma cotidiana en la convivencia diaria. Por caso, cuando un individuo en una determinada situación se pone "rojo de cólera" deducimos que está furioso. Cuando otro sujeto palidece y empieza a temblar, deducimos que tiene miedo. También, cuando alguien se retuerce y profiere gritos inarticulados podemos deducir que algo le duele (Confróntese tal visión, con ejemplos complementarios, en HRUSCHKA, Joachim; Sobre la difícil prueba del dolo, en Imputación y Derecho Penal, BdeF, Montevideo - Buenos Aires, 2009, p.

190). Del mismo modo, a los efectos de la imputación de esta forma de conocimiento, cobrarán capital relevancia los datos externos objetivamente constatables que rodean la actuación de la persona, que supone la toma en consideración del contexto social concreto en que tal comportamiento tiene lugar. CARO JOHN, a modo de ejemplo y con el fin de clarificar el punto, sostiene que "una persona fumando un cigarrillo en la calle puede no representar un riesgo significativo para terceras personas, pero si lo hace cerca de una estación de gasolina es evidente que la conducta se torna altamente riesgosa" (Véase CARO JOHN, José; Manual…, cit., pp. 135 y ss.).

Sin perjuicio de ello, y dada la línea argumental que vengo trazando hasta el momento, claro queda que el objetivo no debe hallarse enderezado a la averiguación de pretéritas realidades psicológicas que, como ya se dijera, no son certeramente reconfigurables, sino que los esfuerzos deben apuntar a la meta de la "verdad construida" propia del proceso penal, con base en principios eminentemente normativos -lo que, en rigor, se trata de una discusión propiamente probatoria y no de verdad-. En este punto será esencial, naturalmente, la prueba de indicios -quizás pueda hablarse de concretos indicadores- presidida por las reglas de experiencia, ámbito en el cual como atinadamente señala FREUND pueden distinguirse enunciados que declaran segura la existencia de una realidad a partir de la prueba de determinados indicios, de otras reglas que establecen que, dados ciertos indicios, la existencia de un hecho sólo se considera probable. Por ello, desde este momento, serán las circunstancias que constituyen el contexto del caso concreto las determinantes a la hora de adscribir el dolo, señalándose frente a determinadas hipótesis de probabilidad alternativas racionales a las mismas, y verificándose luego de tal análisis si la hipótesis se mantiene o se refuta (Véase FREUND, Georg; Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung" Heidelberg, 1987, pp. 17 y ss. La posición del autor alemán está profusamente reseñada en RAGUES I VALLES, Ramón; El dolo y su prueba en el proceso penal, JM Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 307 y ss. También confróntese, de este último, pp. 290 y ss.).

No debe perderse de vista, finalmente, que el derecho penal cuenta con determinados fines que legitiman su existencia, principalmente gobernados por la respuesta ante la significación y comunicación que encierran los hechos punibles, garantizándose de este modo la vigencia de las expectativas normativas y, consecuentemente, la identidad de la misma sociedad. Así, el dolo del autor no puede divorciarse de un cierto "costado social", que tendrá su importancia a la hora de atribuir concreto sentido -conforme los extremos analizados- a la conducta particularmente desplegada por la persona.

2.4. La indiferencia como supuesto de dolo eventual o básico

JAKOBS dispara sobre el punto la reflexión. Traza una distinción entre dolo e imprudencia, en lo que a este acápite concierne, del siguiente modo: el autor doloso interpreta -al menos, en cuanto a las consecuencias accesorias-, de acuerdo con su valoración como autor, que el riesgo de realización del tipo no es relevante para la decisión en ningún modo, o que no lo es a la vista del contexto existente en la actualidad. Por el contrario, el autor imprudente, descuidado, define la situación en la que actúa de modo incompleto; esto es, sin el riesgo existente que tendría que haber sido considerado según su valoración, por lo cual esta toma en consideración podía haber solventado también en una decisión en favor del hecho: la decisión del autor imprudente se caracteriza por una base reducida y no porque hubiera evitado la realización del tipo en caso de dolo.

El autor indiferente -caso de dolus indirectus para JAKOBS- define también la situación de modo incompleto, pero no por descuido, sino porque lo no captado no

es relevante para la decisión desde un punto de vista subjetivo. La base de la decisión es, según su criterio, completa; lo que no se ha tenido en cuenta es ni más ni menos que indiferente. La línea divisoria que resulta determinante en la medida de la culpabilidad no discurre entre el conocimiento de la realización del tipo y su desconocimiento, sino entre la ausencia de relevancia para la decisión, desde un punto de vista subjetivo, de una realización del tipo conocida o cognoscible; y la relevancia para la decisión, también desde un punto de vista subjetivo, de una realización del tipo cognoscible. En resumen: se trata por eso de ausencia de relevancia para la decisión de una realización del tipo que al menos sea cognoscible versus un supuesto de error. Sigue diciendo que "… la irrelevancia para la decisión puede constituir un punto de partida cuando el conocimiento de la realización del tipo era tan fácil de percibir para el autor como la implicación de sus propios intereses que él ha tenido bastante en cuenta; y viceversa, existe un error cuando el autor no ha ponderado en su plan la implicación de sus propios intereses (…) existe indiferencia respecto a la realización del tipo cuando el autor, de un conjunto de cursos posibles, se guarda de aquellos en los que se ponen en juego sus intereses (…) y lo hace con una planificación precisa sin tomar en consideración una realización del tipo que le importunaría, la planificación para la persecución de sus propios intereses indica la indiferencia respecto a la realización del tipo. "(Véase JAKOBS, Günther; Indiferencia como dolo indirecto, en Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo Vol. 1, Marcial Pons, Madrid et al, 2004, pp. 353 y ss. Todos los resaltados me pertenecen).

PAWLIK reconoce, en idéntico sentido, que el honrar lo postulado en su hora por la gran maestra de Bonn Ingeborg PUPPE, quien propiciara un cambio de paradigma que transite del estado psicológico-fáctico del autor al valor expresivo de su conducta en el seno de una comunicación entre sujetos racionales, sólo puede producirse completamente si se enjuicia la situación de hecho in toto por medio de un baremo objetivo; si, por tanto, se equipara completamente el conocimiento realmente existente con el desconocimiento gravemente contrario a la incumbencia. Tal como JAKOBS afirma, "una responsabilidad que uno puede eludir en tanto no se ocupe de sus presupuestos por indiferencia no es responsabilidad". (Véase PAWLIK, Michael; Ciudadanía…, cit., pp. 144 y sgte. En Das Unrecht des Bürgers la cita puede hallarse, latamente, a partir de p. 393.) PEREZ BARBERA inclusive, partiendo de muy interesantes premisas alternativas de las que no puedo ocuparme por razones de espacio, sostiene que "si en un determinado supuesto de hecho es epistémicamente irracional que el agente no conozca algún aspecto de su conducta típicamente relevante, o que no se represente el resultado típico, es, como vimos, porque ya conoce lo suficiente como para poder evitar con suma sencillez. Por eso -por lo mucho que ya conoce, por lo robusta que es su base epistémica- en tales casos un agente está comprometido con lo que no conoció."(Cfr. PEREZ BARBERA, Gabriel; ¿Dolo como indiferencia?, en Pena, ilícito y culpabilidad. Una discusión con Michael Pawlik, Marcial Pons, Madrid et al, 2022, p. 198). Quisiera rechazar a partir de este breve desarrollo teórico el hecho de que los estándares de comportamiento esperados se delimiten únicamente a través de la perspectiva psíquica del autor. KELSEN, hace muchos años y con total claridad, expresó en el aludido sentido que el sujeto de la imputación no es la unidad zoológico-psicológica ser humano, sino una construcción específicamente normativa.

A modo de conclusión, entonces, de los veinte puntos abordados anteriormente para invalidar el consentimiento de L. -tratados en la cuestión primera del veredicto-, existen algunos de ellos intrínsecamente relacionados con la indiferencia de F. respecto del bien jurídico vida de . Mencionaré los correspondientes, sin ingresar nuevamente en su detalle: el punto 3 alude y prueba la venta de marihuana y cocaína por parte de F. del día 7 de octubre, anterior al hecho. El punto 4 aborda su rol de no consumidor en la relación, lo que le permite ostentar el control situacional. Los puntos 11, 12 y 13 prueban que ella el día anterior había

consumido marihuana, cocaína y LSD ("pepa"), y que esto era por él conocido. El punto 14 documenta que él advierte -porque se lo comenta a varias personas- que en la mañana del 8, cuando se sube a la camioneta de O., . se hallaba ya bajo los efectos de estupefacientes. Finalmente, el punto 15 prueba la prolongación del consumo de marihuana y cocaína durante su encuentro sexual.

Todo ello me permite imputarle a M. G. F. la muerte de L. a título de dolo eventual, dado que se trata con toda claridad de un supuesto de indiferencia, conforme los parámetros ya explicados. El modo de entender el dolo aquí plasmado brinda respuesta al embate de la Dra. Solari relacionado a la ausencia de imputación subjetiva de la muerte de L. a F., dado que, según mi posición, no se requiere en un caso como el presente, en la descripción fáctica, imputar finalidad homicida alguna a F. ni intención de matar, en atención a que no se trata de un supuesto de dolo de propósito sino básico, que el juez imputa basado en indicadores externos.

Antes de finalizar diré que, sin perjuicio de que mi colega Dr. Alexis Leonel Simaz realizará consideraciones más específicas, cierto es que cabe la viabilidad constructiva de la imputación de la figura del femicidio a título de dolo eventual, contrariamente a lo postulado por nuestra doctrina mayoritaria. Así, si uno pensara en el ejemplo de un marido que cada día le propina a su compañera de vida lo que perversamente considera palizas disciplinadoras, y como consecuencia de una de ellas su pareja encuentra la muerte, por caso, como consecuencia una caída y golpe posterior, ¿quién podría plausiblemente sostener que no estamos ante un caso de femicidio? Descartar la figura a partir de la ausencia de un dolo de propósito por parte del autor no resiste el menor análisis riguroso. En el ejemplo propuesto, es claro que no existe una intención homicida en el victimario sino una procura de subordinación; no obstante ello, la subsunción de tal comportamiento en el tipo penal de femicidio se impone. Ello le da pábulo a la posición aquí sostenida.

Este es mi voto, por tratarse de mi sincero y motivado convencimiento (CPP, 373 y 375, inc. 1º).

A la misma cuestión, el Sr. Juez Simaz, dijo:

Adhiero al voto del Dr. Roberto Falcone. Sólo quiero destacar -en consonancia con lo resuelto en la Investigación Penal Preparatoria por el Sr. Juez de Garantías, Dr. Gabriel Adrián Bombini, más precisamente en el auto de prisión preventiva-, que estimo correcta la concurrencia formal (CP, 54) entre las figuras de abuso sexual seguido de muerte (CP, 124) y femicidio (CP, 80 inc. 11°), ya que sólo existe una superposición de espacios típicos en lo que respecta a la muerte dolosa, no así con relación al abuso sexual y la violencia de género.

El fundamento del delito de femicidio reposa en la relación desigual de poder entre el hombre y la mujer, toda vez que el tipo penal exige que medie violencia de género. La materialidad delictiva se constata entonces cuando un hombre mata a una mujer en un contexto de violencia de género, lo que implica que el resultado muerte debe producirse en el citado contexto, esto es, en un ámbito específico en el que existe una situación de subordinación y sometimiento de la mujer por el varón, basada en la relación desigual de poder, ya referida (cfr. Arocena – Cesano, El delito de Femicidio. Aspectos político- criminales y análisis dogmático-jurídico, B de f, Buenos Aires, 2013, p. 86 y Buompadre, "Los delitos de género en la reforma del Código Penal", Jurisprudencia Argentina, 2013-I, disponible online en www.pensamiento penal.com.ar).

El régimen normativo en análisis es la consecuencia directa y/o respuesta a los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, en especial, los que

surgen del art. 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer (aprobada por la Ley 23.179) y del art. 7 inc. "c" de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, suscripta por la Organización de los Estados Americanos en Belém do Pará (aprobada por la ley 24.632). En dichas disposiciones normativas se establece que los Estados partes deberán tomar las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conductas de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios, las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres, y convienen en adoptar, entre otras cosas, la inclusión en la legislación interna de normas penales, civiles y administrativas que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

A su vez, el art. 2 de la Convención de Belém do Pará establece que se entenderá por violencia contra la mujer la violencia física, sexual y psicológica: a.) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, b.) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y c.) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

Este concepto se encuentra expresamente contemplado y ampliado en el art. 4 de la ley 26.485, que define a la "violencia contra la mujer" como toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. A su vez, el art. 5 de la citada ley establece el contenido de los distintos tipos de violencia contra la mujer, a saber: física, psicológica, sexual, económica y patrimonial, simbólica y política.

En tal sentido, con singular perspicacia explica Maqueda Abreu que: "No nos hallamos ante una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer), sino que es consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. El género se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignados bajo la etiqueta del género. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género…"(Véase Maqueda Abreu, La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social, en RECPC 08/2, año 2006, p. 2).

Conforme lo expuesto se desprende que es suficiente la existencia de un único ataque contra la mujer en el contexto indicado, sin que sea necesaria la existencia de violencia previa contra la mujer o que la misma se prolongue en el tiempo (ver en tal sentido el pronunciamiento de este órgano jurisdiccional, aunque con otra integración, en el caso B., B. . y R., P. S. s/ homicidio calificado criminis causae y femicidio, sent. del 25/02/2022).

La figura del femicidio puede darse aún en relaciones casuales, ocasionales, fugaces, transitorias, efímeras o pasajeras, bastando con la mera supresión de la

voluntad (ver el pronunciamiento de la Cámara de Casación Penal de Entre Ríos, "R., O. h. agravado por alevosía s/ recurso de casación", sentencia del 15/04/2015). No es menester la existencia de ciclos de violencia, sino que lo esencial, es el desprecio del hombre por la mujer que, al sentirla parte de su propiedad o al creerla como un ser carente de los mismos derechos que él, pretende someterla al cumplimiento de sus expectativas (ver fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala segunda, "D. C. M., A. S. s/ homicidio agravado", sent. del 28/04/2022).

A diferencia de otras agravantes especificas del homicidio simple, como por ejemplo la alevosía, el ensañamiento, empleo de veneno u otro procedimiento insidioso, aquí subjetivamente es suficiente el dolo eventual con relación al resultado mortal, aunque no en lo que respecta a la condición de mujer de la víctima (cfr. Arocena y Cesano, ob. cit. p. 94).

En definitiva, el desvalor de resultado –muerte de la mujer-, exige que ese resultado se haya producido en un contexto de género, esto es, en un ámbito específico en el que existe una situación de subordinación y sometimiento de la mujer por el varón, basada en una relación desigual de poder, todo lo cual, como bien lo ha analizado con detenimiento el colega que lleva la palabra en el acuerdo, se ha probado certeramente en el debate.

Con ese agregado, voto en igual sentido por compartir los fundamentos expuestos y por ser mi sincera y razonada convicción (CPP, 373 y 375, inc. 1º).

A la misma cuestión, el Sr. Juez Fissore, dijo:

1.- El fundado e ilustrado voto de mi colega Falcone se apoya en algunos argumentos propios del funcionalismo sistémico, lo cual me obliga a fundar mi respuesta jurídica aplicable al caso en manera independiente, por no compartir esas bases dogmáticas.

Pero además de la base filosófica de la que se nutre esa doctrina de la que me aparto, específicamente dejo a salvo mi opinión en cuanto a que considero que los sujetos responden por sus acciones o por sus omisiones (conductas), que resultan comportamientos diferentes e independientes en la base de la teoría del delito (acciones u omisiones pretípicas). Esas acciones u omisiones luego son receptadas por el primer "adjetivo" de la teoría del delito, es decir, dando paso a los tipos activos o a los omisivos. De los tipos activos -que son los que aquí escogieron los acusadores (CP, 80 inc. 11, 119 y 124)- derivan normas prohibitivas, las que sólo se pueden incumplir a partir de acciones positivas, pero no admiten desde mi perspectiva supuestas posiciones de garante o de deberes de evitación-abstención, como alguna doctrina pretende introducir para resolver los tipos activos, equiparando a ese fin las acciones prohibidas con la omisión de la acción impeditiva del resultado típico, porque generan serias afectaciones al principio de legalidad en nuestro Estado de Derecho y se amplía enormemente el ámbito de lo prohibido. En términos de habilitación punitiva y de máxima taxatividad legal no es lo mismo prohibir "no matar" que "garantizar la indemnidad de la vida".

Vengo sosteniendo que en el juicio de tipicidad de una conducta como la que aquí se le reprocha al autor principal –respetuoso del Principio de Legalidad- sólo debe verificarse la concurrencia de todos los elementos que el legislador previó para ese tipo penal doloso de comisión concreto (elementos necesarios –sujeto activo y pasivo; verbo típico; resultado como cambio en el mundo externo causalidad/imputación objetiva del resultado- y otros elementos particulares del tipo –circunstanciales; normativos; etc.), pero nunca un deber de evitación o una

posición de garantía en un tipo activo. "Abusar" o "matar" tiene un significado muy distinto a "deber de evitar el abuso" o "deber de evitar la muerte", y la norma prohibitiva que deriva de los verbos citados en primer término es muy distinta a la imperativa que deriva de los segundos supuestos.

2.- Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, va de suyo que suscribo el contexto de violencia de género que clara y contundentemente expone el Juez Falcone, con cita de instrumentos legales, doctrina y jurisprudencia, y en ese sentido resulta necesario dejar sentada la premisa que debe aplicarse esa perspectiva de género para comprender, interpretar y resolver este caso, en donde confluyeron las conductas de un varón adulto en una situación de dominación o poder con la de otra persona en una situación de vulnerabilidad múltiple (mujer, adolescente, con un consumo problemático de estupefacientes, deudora del varón proveedor de estupefacientes, y dependencia económica).

3.- Aclarado lo anterior e ingresando a la calificación jurídica de las conductas, me interesa subrayar que el día 19 de noviembre del 2019 tuve oportunidad de dictar sentencia en la causa nº 1789 del TOC 4, respecto de un caso que presentaba algunas semejanzas y también otras claras diferencias con el presente, pero lo relevante es que se trataba de un abuso sexual con acceso carnal mediando abuso de una situación de poder, alrededor de lo cual aparecen algunos conceptos que utilicé y que resultan aplicables al presente.

Comienzo recordando que en aquel fallo sostuve "…que la modificación del art. 119 del CPP introducida por la ley 25.087, al igual que el nombre del bien jurídico, tiene repercusiones prácticas. La antigua fuerza o intimidación fueron sustituidos y multiplicados por los medios comisivos de "...violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción..." (Así se mantiene hasta la fecha el primer párrafo del art. 119 del CP)…

…hay coincidencia en cuanto a que el proceso "...intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción" no resulta taxativo, ya que así surge de la última frase utilizada por el legislador (ver "Código Penal y normas complementarias", dirección de Baigún y Zaffaroni, ob cit, fs. 501 y sgtes)…".

La "situación de poder" es una circunstancia que se verifica en la realidad, generada a partir de diversos factores como pueden ser económicos, sociales, culturales, laborales, de género, etc., y la misma puede construirse o aprovecharse. En aquel caso que vengo citando fue "construida" por el acusado (manipulación, engaño y seducción), pero en el presente fue aprovechada por F. como lo evidenciaré más tarde, aunque mi colega que lleva la voz en esta votación ya lo adelantó con mucha claridad. Lo que resulta reprochable no se trata de la mera existencia de esa situación de poder entre víctima y victimario, como adujeron críticamente ambas defensas, porque de hecho esa circunstancia se puede observar en múltiples relaciones interpersonales, donde uno de los sujetos tiene una inofensiva situación de superioridad sobre el otro, porque lo que se criminaliza es abusar coactiva o intimidatoriamente de esa situación de poder, porque es allí donde se doblega el consentimiento de la víctima, y la conducta deja de ser inofensiva o irrelevante para transformarse en típica.

En relación a este punto dije en aquella oportunidad que "… no puede ignorarse discusiones dogmáticas vinculadas a este delito que han provocado cambios

interpretativos de varios elementos que integran el tipo penal como así también respecto del bien jurídico. Estoy aludiendo a cuestiones como el consentimiento, los medios comisivos como ya vimos y, en particular, aquellas situaciones en las cuales están en juego "desigualdades" de poder o personas vulnerables, es decir, supuestos de violencia sexual de género o violencia física o sexual contra los niños…", por lo que el derecho penal y el Estado de Derecho, enmarcado por la normativa constitucional propia y los tratados internacionales (Convención de "Belém do Pará") tienen el deber de prevenir, erradicar y combatir a este tipo de delitos, adoptando todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger a las niñas y mujeres contra toda forma de abuso físico, psíquico, sexual, explotación, etc.

Dije en ese precedente que el "consentimiento" es la piedra fundamental para resolver estos casos sensibles, pero que debe ser analizado desde la óptica del bien jurídico "Integridad Sexual", adelantando que incluso una persona puede participar de la práctica de un acto sexual, pero si su libertad se encuentra comprometida, ese acto resultará típico (ver De Luca y Casariego, en casos de "vis compulsiva", ob. cit., pág. 500, párrafo 5to; y ver casos de "situación de poder": ob. cit. pág. 503, primer párrafo).

Quiero transmitir contundencia en lo que sigue, porque a mi entender es el déficit que presenta la teoría del caso de ambas defensas técnicas, y ya dije en el precedente aludido que: "…Haber concurrido a la cita es haber consentido ese encuentro, pero no significa que consintió ser abusado sexualmente, porque constituiría un pensamiento precario o arcaico. Se confunden libertades distintas: la de presentarse a la cita y la de decidir si va a tener relaciones sexuales…". Para evitar repeticiones innecesarias, me remito a las plurales evidencias valoradas por el Juez Falcone, en el capítulo "EL CONSENTIMIENTO, EL ABUSO SEXUAL Y LA VULNERABILIDAD INTERSECCIONAL" del veredicto, que ponen de manifiesto el consentimiento viciado –o falta de consentimiento- por parte de L. P. respecto del abuso sexual agravado, todo lo cual complementa este aspecto central del caso a resolver.

Otra cuestión que dije en el precedente que vengo aludiendo y que tiene relevancia en el caso es que "… nada –aporta- a la solución del caso que la familia de P. se encontraba en una situación económica suficiente como argumentó el Dr. ……, intentando de esta manera excluir la posibilidad de una dependencia o vulnerabilidad económica. Nuevamente debe señalarse que la vulnerabilidad de los menores de edad en relación a casos de abuso sexual no se resuelve por el poder adquisitivo de la familia. En adolescentes de 14 y 15 años, que sólo estudian y no trabajan, como era el caso de P., las importantes sumas de dinero que le entregaba B. tiene incidencia -aunque no determinante- en ese contexto de desigualdad…". Observé que ambas defensas interrogaron a los progenitores y hermano de L. P. respecto de sus ingresos y capacidad económica, procurando con ello debilitar uno de los elementos de la desigual situación entre víctima y victimario, pero resulta un dato sin valor porque L. era una estudiante sin ingresos propios. F. tenía un bien oneroso para la situación económica de L. y necesario para el policonsumo problemático que padecía, y al mismo tiempo L. sabía que para adquirir esa sustancia prohibida no podía recurrir a sus padres, por lo que la capacidad económica de éstos en nada incide, y esto genera restricciones a la libertad de decisión, que no es más ni menos que una mayor vulnerabilidad. Esto lo refirió claramente la psicóloga Claudia Adriana Bertarini en la audiencia de juicio, al vincular las necesidades y vulnerabilidades de los adolescentes que además conviven con la problemática de las adicciones. La aludida dependencia económica la doy por probada con lo que informaron en el juicio M. M., G. P. y M. P., mientras que los chats de L. con sus amistades y el resultado de las pericias químicas complementarias de la autopsia acreditan su adicción a los estupefacientes.

Por otra parte, las defensas hicieron especial hincapié en la ausencia de la lesionología típica de los delitos de abuso sexual en el cuerpo de L. P. para concluir que entre acusado y víctima sólo hubo una relación consentida, pero debe subrayarse que aquella lesionología sólo se verifica en los casos donde el medio comisivo del abuso sexual es la violencia física y la víctima ejerce una heroica defensa física para evitar que se consume el acto, pero no resulta aplicable al caso que nos presentó la parte acusadora que se trata de un abuso coactivo o intimidatorio de una situación de poder. En relación a ello dije en aquel precedente que mediando abuso de esa situación de poder "...existe ese posicionamiento asimétrico del adulto frente al niño, sus ámbitos de manejo y experiencia no tienen ningún punto de comparación, y esta disparidad siempre será mantenida. Tan importante es este factor que su ejercicio... en general, hace innecesario el uso de la fuerza o violencia física para la concreción de los actos..." (Pedro Gutierrez en "Delitos sexuales sobre menores"; 2da. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Rocca. 2015, pag. 88). Por supuesto que no soslayo que aquel caso se trataba de un abuso de poder de un adulto de 60 años respecto de un menor de entre 14 y 15 años de edad, pero el posicionamiento asimétrico se mantiene cuando actúa un vendedor de drogas, varón, de 23 años de edad, respecto de una adolescente de 16 años, mujer, padece del consumo problemático de estupefacientes, deudora de aquel varón y dependiente económicamente de sus padres.

En ese contexto obsérvese que -como lo expuso el Juez Falcone en su fundado voto-, L. P. recién se reunió con M. F. cuando se hizo del dinero suficiente ($100) para saldarle la deuda contraída por la compra de marihuana y cocaína realizada el 7 de octubre de 2016, a la salida de la escuela. Sostener a partir de ese acuerdo que L. además consentía libremente mantener relaciones sexuales resulta propio de una inferencia machista -como ya lo dije-, porque se confunden libertades distintas, pero especialmente porque no se condice con: 1) la conversación que mantuvieron por WhatsApp L. y M. F., donde aquella en todo momento evadía cualquier encuentro que insistentemente le proponía el acusado -incluso llegó a diferir el mismo para días posteriores, domingo o lunes le propuso-; y 2) Con los datos que M. nos transmitió en su relato, que daban cuenta que L. pensaba retornar pronto a su casa: Facebook abierto; lavarropas encendido; la perra encerrada; y el equipo de mate al alcance.

Y una vez producido el encuentro entre ambos, M. F. abusó de la situación asimétrica de poder, y mediante el suministro gratuito de estupefacientes doblegó el consentimiento y la accedió carnalmente a L. P. Reitero que fue “gratuita” porque L. sólo tenía los cien pesos que, con destino distinto, le había entregado su mamá. Dije que “abusó” de esa situación de poder porque: 1) no fue una acción inocente o una entrega generosa de drogas por parte de F., ya que éste se dedicaba a su comercialización -fue condenado en este mismo proceso-; y 2) F. no consumía drogas –así lo reconoció en chats y también ante los testigos M. A. y P. B.-, por lo que el aporte que hizo de estupefacientes en ese encuentro solo tenía como finalidad que los consumiera L.

Por todo lo hasta aquí evaluado concluyo que la conducta de M. F. encuadra en el tipo de comisión doloso de abuso sexual, con acceso carnal vía anal y vaginal, agravado por usar estupefacientes para facilitarlo o ejecutarlo (CP, 119 párr. primero y tercero; ley 23.737, art. 13).

4.- La parte acusadora además le atribuyó a M. F. la muerte de L. P., a título de dolo eventual, y lo mismo hicieron las abogadas del particular damnificado, coincidiendo en la aplicación del tipo agravado del art. 124 del Código Penal en concurso ideal con el art. 80 inc. 11 del mismo texto legal.

Nos enfrentamos ante dos tipos penales que responden a una estructura de comisión dolosa, y al respecto ninguna duda cabe respecto al delito de "femicidio" (CP, 80 inc. 11), pero alguna discusión admite por su redacción el art. 124 del CP, en cuanto reza que del abuso sexual "resultare la muerte de la persona ofendida", al tiempo que del debate parlamentario pareciera admitirse incluso la muerte producida por caso fortuito o accidental. Empero, la pena de prisión perpetua que prevé esa norma nos obliga a realizar una interpretación racional y reductora, excluyendo cualquier posibilidad de responsabilidad objetiva contraria al derecho penal liberal y constitucional, para concluir que esta norma sólo resulta aplicable a los casos en que la muerte de la víctima se produce por dolo, en cualquiera de sus formas. En función de lo dicho, reitero, ambos tipos penales responden a la estructura de comisión dolosa.

Realizadas esas aclaraciones generales pasaré a resolver si este caso encuadra objetiva y subjetivamente en los tipos penales aludidos, es decir, en el 124 y 80 inc. 11 del CP, y siguiendo las reglas de la teoría estratificada del delito comenzaré por las estructuras objetivas de ambos, adelantando que en este aspecto no encuentro objeciones que formular respecto de la actuación de M. F. como veremos inmediatamente.

En relación al art. 124 del CP, habiendo probado ya el abuso sexual con acceso carnal y el uso de estupefacientes para lograrlo (CP, 119 primer y tercer párrafo), sólo queda indagar si el resultado "muerte" puede ser imputado objetivamente a la actuación del sujeto activo, reparando que L. P. murió por un paro cardiorrespiratorio provocado por una asfixia tóxica –me remito a la cuestión primera del veredicto-, reiterando que esa droga se la proveyó gratuitamente M. F. Es un problema de imputación objetiva determinar si el resultado muerte se le atribuye al comportamiento del acusado, y para ello voy a comenzar diciendo que ese suministro de drogas creó un peligro para el bien jurídico tutelado, en este caso "vida", basándome en el dictamen de los peritos Tinto y Cabrera, quienes dieron cuenta de los riesgos que genera el clorhidrato de cocaína en la salud de las personas. El segundo nivel de análisis es determinar si esa muerte es atribuible al riesgo creado por esa actuación, y la respuesta también es afirmativa ya que así lo dictaminaron por descarte los peritos referidos en el debate, como minuciosamente lo analizó el Juez Falcone en la cuestión primera del veredicto. Por último, ese resultado muerte responde al alcance de la norma (tipo penal), ya que ningún correctivo puede constitucionalmente admitirse cuando la muerte se produce mediando violencia de género sobre una menor de edad y mujer, porque queda excluido cualquier consentimiento libre de parte de la víctima.

En definitiva, el tipo objetivo del art. 124 estaría probado, porque el sujeto activo accedió carnalmente a la víctima mediando abuso violento de una situación de poder, y por el suministro de drogas del que se valió para doblegar su consentimiento, falleciendo por una asfixia tóxica provocada por esas mismas drogas.

En relación al art. 80 inc. 11 del CP digo que la estructura objetiva del tipo resulta sencilla, porque exige que el hombre cause la muerte de la mujer mediando violencia de género, y ambas circunstancias están debidamente probadas en este caso. F. fue quien le suministró las drogas de manera gratuita a L. P., falleciendo ésta por asfixia tóxica. Entonces, sintéticamente reitero que se le debe imputar objetivamente a F. la muerte de L. P. porque creó con su actuación un riesgo no permitido y, además, esa muerte se produjo por ese riesgo creado y no permitido, el cual no se encuentra cubierto por el fin de la norma (imputación objetiva).

Tampoco hay objeciones respecto a que se ha probado la concurrencia del elemento normativo constitutivo del tipo penal analizado que exige que la muerte debe producirse "mediando violencia de género", aludiendo a la sumisión histórica de la mujer hacia el varón basada en la supuesta inferioridad del género femenino frente al varón, lo cual responde a construcciones culturales para ejercer la dominación. En ese sentido ha sido elocuente el Juez Falcone en señalar –y también lo hice sintéticamente- todos los actos realizados por M. F. que significaron la cosificación de L. P. y el aprovechamiento de su situación de dominación frente a la interseccionalidad de la víctima, por lo que omito su reiteración.

Pasaré ahora a analizar el elemento subjetivo de ambos tipos penales, y adelanto que aquí mantengo con mis colegas una diferencia conceptual que me lleva a una conclusión distinta, porque discrepo que el dolo resulte estrictamente normativo como lo proponen y, por el contrario, abono que el dolo es conocer y querer realizar el tipo penal objetivo. En ese sentido resulta necesario analizar si el sujeto activo conocía que con su acción de suministrarle estupefacientes a una menor de edad, mujer y que padecía un consumo problemático de estupefacientes podía causarle la muerte, y sobre este primer elemento (cognoscitivo) no está el problema, porque todo ser humano tiene ese conocimiento efectivo de creación de un riesgo para la salud y la vida, y resulta claro que ese conocimiento lo actualiza en cada acto de suministro de drogas. El problema lo encuentro en el segundo elemento del dolo (conativo o querer), es decir, si F. "quería" provocarle la muerte a L. P., sea a título de dolo directo (de primer o de segundo grado) o dolo eventual.

Reitero que las partes acusadoras utilizaron el "dolo eventual", que consiste en que el sujeto activo se representó la posibilidad de producir el resultado típico (muerte), y pese a ello no renunció al plan por resultarle indiferente el mismo, ejemplificándose en doctrina con la frase "si ocurre mala suerte o no me importa". Este concepto llevado al caso concreto exige probar -más allá de toda duda razonable- que M. F. al momento de suministrarle la droga a L. P. para poder abusar sexualmente de ella se representó la posibilidad de que ésta muriera y dijo "no me importa".

No tengo elementos objetivos que me permitan admitir esa hipótesis, no sólo porque la evidencia da cuenta que F. hizo lo posible para que L. P. sea atendida en un centro de salud, sino porque la testigo C. T. nos informó en el juicio que aquel subió -con la ayuda de O. y M.- a . en la caja de la camioneta Fiat Strada en la que se movilizaban, explicándonos que F. gritaba "…L. despertate… cuando le pegaba no tenía ningún tipo de reacción, no le pegaba de forma violenta, sino pegándole como cuando alguien se desmaya, de un lado al otro…", intentando con ello reanimarla. La forma rauda en la cual se desplazaron en esa camioneta también denota que procuraron llegar a tiempo al Centro de Salud Serena para salvarle la vida a L. Por último, todos los testigos que observaron a M. F. en el referido Centro de Salud (J. L. G.; M. S.; M. R.) lo describieron preocupado y temeroso, asegurando que se quedó allí hasta que determinaron el fallecimiento de L. P.

Se tratan de graves contra indicios del alegado dolo eventual homicida, y no tengo razones plausibles para sospechar que F. en ese momento simulaba o teatralizaba, por lo que en este punto coincido con el destacado trabajo realizado por la Defensora Oficial María Laura Solari.

Por otra parte no se realizó una inmediata y minuciosa inspección por parte del personal de Policía Científica en la vivienda sita en la calle … de nuestra ciudad, porque allí se podría haber hallado evidencia de sumo valor para resolver si hubo o no dolo homicida. Ya dijo mi colega Falcone que las pericias químicas y toxicológicas fueron insuficientes para determinar la cantidad de droga que

gratuitamente F. le suministró a L. (ver punto "III.b" de la primera cuestión del veredicto), algo extremadamente difícil de lograr pericialmente según nos informara la perito Cabrera en la audiencia, pero seguramente habría sido más completa la información si la Fiscal interviniente hubiese ordenado la preservación de ese inmueble apenas tomó conocimiento del ingreso de L. al Centro de Salud Playa Serena, colocando incluso un custodio en la vivienda para que nadie pudiera acceder hasta tanto la Justicia de Garantías le autorizara el registro. Digo esto porque allí se hubiese hallado el o los envoltorios de la droga que sólo consumió L., y de esa manera se podría haber tenido un conocimiento más completo de la cantidad de estupefaciente que le proveyó gratuitamente F. a L. P., información valiosa para resolver si al acusado le daba lo mismo o no que L. falleciera.

Entonces, con las evidencias efectivamente presentadas por la acusación no alcanzan para tener por probado el pretendido dolo eventual homicida, por lo que en este punto me voy a apartar del voto de mis colegas.

La exclusión del dolo me obliga a dar tratamiento al tipo culposo del homicidio (CP, 84), el que puede concurrir idealmente (CP, 54) con el tipo penal que se tuvo por probado (CP, 119 primer y tercer párrafo; Ley 23737, art. 13). A ese fin comienzo analizando el aspecto objetivo del tipo penal, especialmente la violación del deber objetivo de cuidado y la imputación objetiva del resultado muerte. Queda claro que haber suministrado gratuitamente drogas a una menor de edad en una situación asimétrica de poder constituye una violación del deber de cuidado, ya que esa acción está prohibida por los reglamentos, en este caso la propia Ley 23.737 y la convención de Belém do Pará. El resultado muerte también es objetivamente imputable a esa violación del deber de cuidado, remitiéndome al análisis de imputación objetiva ya realizado anteriormente, porque el estudio resulta similar (creación de un riesgo para el bien jurídico –suministro de estupefacientes-, y el resultado es producto de esa creación del riesgo –muerte por asfixia tóxica-, no cubierto por el fin de la norma –ningún consentimiento de la víctima resultaría válido mediando violencia de género-).

Pasando al aspecto subjetivo del tipo culposo en cuestión (CP, 84) entiendo que M. F. actuó con una culpa temeraria, porque suministrarle estupefacientes en dosis letal a una menor de edad, a sabiendas que había consumido durante la jornada anterior -información con la que contaba a partir de la conversación que mantuvieran por WhatsApp y por haber sido quien se la vendió a la salida de la escuela-, a los ojos de un observador imparcial pareciera un plan destinado a provocar un grave daño a la salud de L. P. La culpa temeraria es la antigua culpa con representación, aquella que tiene un fino límite con el dolo eventual.

Esto me lleva a concluir que la muerte de L. P. debe ser atribuida a M. F. a título de homicidio culposo, que resulta un delito menor al atribuido por los acusadores, además de que no sorprende a la defensa atendiendo a que: 1) no se modifican los hechos; y 2) lo lindante que resulta con el dolo eventual.

5.- En definitiva, M. F. debe responder por la autoría del abuso sexual con acceso carnal -vía vaginal y anal-, agravado por haberse empleado estupefacientes para su ejecución, y homicidio culposo, ambos en concurso ideal. CP, 54, 84 y 119 párrafos primero y tercero; Ley 23737 art. 13.

6.- En relación a J. P. O., su comportamiento constituye una participación secundaria en un abuso sexual con acceso carnal, agravado por haberse empleado estupefacientes para su ejecución. CP, 46 y 119 párrafos primero y tercero. Ley 23.737, art. 13.

Para calificar su aporte doloso como secundario a la conducta típica y antijurídica del autor tuve en cuenta las consideraciones fácticas realizadas por el Juez Falcone en la cuestión primera del veredicto, tanto en su plano objetivo (colaboración al autor para ir a buscar a la víctima en su vehículo y trasladarlos hasta el domicilio de calle …) como en el plano subjetivo (tenía el conocimiento de: a: la condición de proveedor de drogas de F.; b: la calidad de menor, deudora y de policonsumo problemático de estupefaciente por parte de L. P.; c: Que F. quería mantener relaciones sexuales con la menor, porque así se lo había referido). Su aporte en una etapa preparatoria no puede superar a mi entender ese rol secundario.

La participación criminal es el aporte doloso al injusto doloso ajeno. En función de ese concepto –responde a la accesoriedad limitada- O. sólo podrá responder en relación al comportamiento doloso de F. (CP, 119), resultando inadmisible dogmáticamente cualquier tipo de participación criminal respecto del injusto culposo (CP, 84) atribuido al autor. Agrego a lo dicho que no observo de su actuación ninguna acción violatoria de un deber de cuidado en relación al bien jurídico "vida" del cual resultaba titular L. P., por lo que ningún tipo culposo puede atribuírsele en calidad de autor, al tiempo que destaco que –por el contrario- su actuación significó una disminución del riesgo, al conducirla rápidamente al centro de salud para procurar interrumpir el curso causal.

Así lo voto por ser mi sincera y razonada convicción (CPP, 373 y 375, inc. 1º).

Cuestión Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada el Sr. Juez Falcone, dijo:

En atención a lo resuelto en las cuestiones primera y segunda del veredicto, como también en la cuarta y quinta, propongo a mis colegas que en la parte dispositiva de este fallo se inserten las siguientes decisiones:

1°) En relación al planteo de la Dra. Solari respecto de la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua para el caso, con fundamento en que la misma no puede adecuarse a la culpabilidad de F. y que resultaría contraria a los fines de la pena y de la reinserción social (art. 5 inc. 6 de la CADH), requiriendo se meritúe en tal sentido la historia vital y la juventud de su asistido -pero sin invocar cláusulas constitucionales específicamente conculcadas-, debo decir que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto que debe considerarse como ultima ratio del orden jurídico y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con los preceptos constitucionales sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (CSJN, Fallos 311:394; 312:122; 322:842, entre varios).

Sentado ello, también habré de agregar que las normas de derecho penal son creadas, en virtud del principio de representatividad, por el legislador de la democracia. En tal contexto, una declaración de inconstitucionalidad es, como dijera, la ultima ratio, ya que supone un embate a lo que una ley democrática estipuló. Así, la contradicción que amerite una declaración de inconstitucionalidad debe ser palmaria, debiendo el juzgador despojarse de su parecer valorativo en relación a la norma; es decir, independientemente de lo que piense sobre ella, el análisis de su compatibilidad con la CN impone desacoplarse de extremos analíticos que no se ciñan estrictamente a tal examen. En esa tesitura, entiendo que la norma cuestionada no resulta arbitraria ni afecta los principios de racionalidad o razonabilidad normativa (CN, 28) que cuida especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las constitucionales "…de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución…" (Fallos 304:972,

308:418), sino que, en rigor, es el resultado de una decisión legislativa enmarcada en el ámbito de su competencia.

Así, cabe destacar que el paradigma de persona jurídico-penalmente responsable es la persona políticamente habilitada para tomar parte en la producción de las normas cuyo seguimiento leal es recíprocamente esperado de y por quienes, en tal medida, resultan vinculados por reglas que se dan a sí mismos (Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo, Responsabilidad, autoridad y democracia. Una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff, en Revista Discusiones XVII Autonomía y legitimidad, EdiUNS, Bahía Blanca, 2016, p. 181).

En el sentido expuesto, resulta esencial que emisores y receptores de normas se encuentren vinculados a partir de un reconocimiento de autoridad en sentido práctico; la intención de X en cuanto a que Y ejecute determinada acción podrá constituirse como razón de su ejecución en tanto Y reconozca autoridad a X. Al decir de Sciaraffa, tal reconocimiento de autoridad práctica en cuanto condición posibilitadora de la generación de razones resulta compatible con el ethos igualitarista característico del ideal democrático. (Cfr. SCIARAFFA, Stefan, On Content-Independent Reasons: It's not in the Name, en Revista Law and Philosophy 28, 2009, p. 252).

A partir de allí, por intermedio de la vía legislativa, el Estado de una comunidad política puede llegar a producir razones para la acción con pretensión de vinculatoriedad: el carácter jurídicamente prohibido o requerido de un tipo de acción, impuesto sobre los ciudadanos a través de la norma en cuestión, oficia de indicador institucional de la intención de que sean omitidas o ejecutadas acciones que ejemplifican ese tipo de acción, en cuanto intención atribuible a un agente artificial al cual se le reconoce, institucionalmente, autoridad práctica (Con suma claridad MAÑALICH, Juan Pablo, Responsabilidad…, cit., p. 201).

Sentado ello, debe decirse que los desacuerdos potencialmente existentes en relación al estatus normativo de determinadas acciones en una democracia se zanjan a partir de un procedimiento que legitima la decisión final, en tanto se ha honrado la posibilidad de igual participación pública en la toma de la misma. De tal suerte, la adecuada representación de cada sector social propia del sistema democrático de gobierno permite asumir que la regla finalmente instituida exhiba la ya mencionada pretensión de obligatoriedad, al ostentar la marca de la resolución públicamente justa de eventuales controversias, independientemente de la falta de adhesión sustantiva a la misma por parte de determinados destinatarios; en otras palabras, tal regla obliga también a quien queda, circunstancialmente, en la vereda de la minoría. De tales aseveraciones se desprende la conclusión ineludible de que la autoridad de las normas de conducta con reforzamiento penal no depende de un determinado contenido sino, antes bien, de un determinado procedimiento (Latamente MAÑALICH, Juan Pablo, Responsabilidad…, cit., pp. 202 y ss).

Lo señalado deriva ineludiblemente en el razonamiento de que la ciencia del derecho penal debe comprometerse, más allá de su potencial crítico, con el derecho vigente (Cfr. por todos KINDHÄUSER, Urs, Acerca del objeto y la tarea de la ciencia del derecho penal, en Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional n° 66,Legis, Bogotá, Enero-Marzo 2019, p. 16.)

Conforme el análisis efectuado precedentemente, la decisión de los casos no está sujeta a la libre discreción de los jueces, sino que el ejercicio de su poder jurisdiccional debe manifestarse de consuno con las normas de comportamiento y de sanción que fija el legislador, quien es, como ya expliqué, "uno de nosotros". Así, la compatibilidad de las normas de sanción que prevén para el caso la prisión

perpetua como consecuencia jurídica está dada, en primer orden, por el hecho de que no se encuentra esta última prohibida por ningún precepto de la Constitución Nacional ni vulnera tratados internacionales que la República Argentina suscribió; y, en segundo término, porque es el Congreso Nacional quien tiene –aún a riesgo de reiteración- la facultad constitucional de establecer las penas a través de la sanción de las normas que rigen la materia.

El establecimiento de la pena de prisión perpetua se trata de una atribución propia del Congreso de la Nación que, al instaurarla, vela por la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad de los hechos en relación a los que se impone, respetándose de este modo el principio constitucional de separación de poderes. En otro orden, resulta de interés mencionar -aunque no fue expuesto concretamente por la defensa en su petición- que el problema jurídico que podría plantearse, en todo caso, sería el de las disposiciones que excluyen toda posibilidad de obtención de la libertad condicional a los condenados por los delitos numerados en el art. 14 CP (en el caso concreto en los incisos 1° y 2° de dicha norma) o que han sido declarados reincidentes, y no de la regulación general de las penas de prisión perpetuas.

Una pena de prisión perpetua, fácticamente de por vida, que no permita en algún momento recurrir a una autoridad judicial para evaluar la posibilidad de obtener la liberación, sería contraria a la prohibición de imposición de penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, prohibición que tiene base en los arts. 7 PIDCP, 5.2 CADH, y 16.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Por eso, reitero, la discusión radicaría eventualmente en las limitaciones que surgen de lo normado en el art. 14 CP y no en la imposición de la pena de prisión perpetua en sí misma, debiendo ser las mismas evaluadas -en caso de ser jurídicamente cuestionadas- por el juez de ejecución que, llegado el momento, intervenga en el contralor de la pena eventualmente firme.

En definitiva, la defensa de F. no logró demostrar que la pena a imponerse colisione con las cláusulas constitucionales, ni con las normas de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados en el artículo 75, inciso 22 de la CN. Las alegaciones de la Dra. Solari tan solo consisten en expresiones de disconformidad con la solución legislativa, no ofreciendo ningún argumento sustancial para demostrar la existencia de una desproporción evidente entre la gravedad del injusto culpable acreditado y la pena fija estipulada por el legislador, por lo que el planteo de inconstitucionalidad esgrimido debe ser rechazado.

Sin perjuicio de ello, y siempre a resultas de conclusiones surgidas del debate democrático cuya caja de resonancia es el Congreso de la Nación, se atreve quien esto suscribe muy respetuosamente a sugerir que debiera someterse a discusión la permisión al juzgador de una ponderación de pena divisible en supuestos en los que el título de imputación a una persona por la muerte de otra sea no el dolo directo o de propósito sino el eventual o básico (como el del presente caso), título que –aunque resulte trivial decirlo- registra una inferior entidad de disvalor. Tal posición, pese a resultar mi opinión sobre lo que sería jurídicamente correcto, debiera ser validada democráticamente para hallar aplicación en la resolución de casos concretos.

2°) De conformidad con lo resuelto en las cuestiones anteriores, entiendo que el causante M. G. F. deberá ser condenado a la pena de PRISIÓN PERPETUA, accesorias legales y costas del proceso (CP, 12 y 29 inc. 3).

Asimismo, corresponderá imponerle a M. G. F. la pena única (CP, 58) DE PRISIÓN PERPETUA, accesorias legales, costas y multa de ciento treinta y cinco mil pesos

($135.000) comprensiva de la presente y de la pena de ocho (8) años de prisión y multa de ciento treinta y cinco mil pesos, con más las costas procesales (CP, 29, inc. 3°, CPP 531) y las accesorias legales (CP, 12) impuesta en causa n° 4974 (IPP 20776-16) del Tribunal en lo Criminal n°1 Departamental en fecha 26 de noviembre de 2018, actualmente tramitando bajo n° 8886 ante el Juzgado de Ejecución Penal n° 2 Departamental.

3°) Por su parte y en función de los atenuantes, agravantes y conducta que se ha dado por probada, propongo que se condene a J. P. O. a la pena de OCHO (8) AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales y costas del proceso (CP, 12 y 29 inc. 3°).

Asimismo, corresponderá imponerle a J. P. O. la pena única (CP, 58) de QUINCE (15) AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales, costas y multa de ciento treinta y cinco mil pesos ($135.000), comprensiva de la presente y de la pena de ocho (8) años de prisión y multa de ciento treinta y cinco mil pesos, con más las costas procesales (CP, 29, inc. 3°, CPP 531) y las accesorias legales (CP, 12) impuesta en causa n° 4974 (IPP 20776-16) del Tribunal en lo Criminal n°1 Departamental en fecha 26 de noviembre de 2018, actualmente tramitando bajo n° 8886 ante el Juzgado de Ejecución Penal n° 2 Departamental.

4°) Una vez firme, deberá comunicarse la sentencia dictada al Registro de Condenados por Delitos contra la Integridad Sexual dependiente del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (Ley 13.869 y res. 2.305/09 SCBA).

5°) Asimismo, deberá ordenarse, dentro de los cinco días hábiles de quedar firme la presente, la obtención del perfil genético de los condenados M. G. F. y J. P. O., disponiendo su remisión -dentro de los cinco días hábiles de recibido-, al Registro Nacional de datos genéticos vinculados a delitos contra la integridad sexual, junto con la información mencionada en el art. 3 de la Ley 26.879, con copia de este fallo (Ley 26.879 y Dec. 522/2017, art. 5).

6°) En lo atinente al requerimiento efectuado por las representantes de los particulares damnificados, con relación al inicio de actuaciones por la presunta comisión de los delitos de falso testimonio y falsificación de instrumento público respecto de P. D. L. C., por Secretaría deberá ponerse a disposición de las letradas el presente expediente como así también el registro de la grabación del juicio a los fines que estimen corresponder.

7°) Se regulen los honorarios profesionales de la Sra. abogada patrocinante de los particulares damnificados, Dra. M. F. P., atento la calidad de la labor por ella desarrollada, el resultado obtenido y en mérito a todas sus actuaciones en autos, en la suma de 50 ius, a lo que deberá agregársele el 10% en concepto de aportes de ley (CPP, 534; ley 14.967, arts. 9. I.3.u), 10, 15, 16, 22, 28, 33 y 54; y leyes nº 10.268 y 11.625).

8°) Por su parte, corresponderá diferir la regulación de honorarios profesionales de la Dra. V. H., en su carácter de patrocinante de los particulares damnificados, y de los Dres. R. M. y C. S., defensores particulares de J. P. O., hasta tanto los mismos se sirvan acompañar los correspondientes comprobantes de pago de los aportes de ley.

9°) Deberá tenerse presente el compromiso asumido por el Ministerio Público Fiscal de investigar la posible presencia de terceras personas en el domicilio de … , de esta ciudad, el día del hecho, en virtud de lo que surge del informe pericial del Laboratorio de Genética Forense de fs. 721/726 vta. de la IPP 20776-16 (punto

10), en consonancia con lo requerido por las representantes de los particulares damnificados.

10°) En relación al pedido que formulara la Dra. H. respecto del libramiento de oficio a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, para sugerir a modo de recomendación que la actividad pericial en casos como el presente se practique con perspectiva de género, debe tenerse en cuenta que se encuentra en vigencia la resolución 656/20 de la SCBA a través de la cual se designó al Instituto de Estudios Judiciales como órgano de implementación de la Ley Provincial 15.134 (Ley Micaela) de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado, en coordinación y cooperación académica con el Ministerio de las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual de la Provincia.

Sin perjuicio de lo expuesto, deberá oficiarse a la SCBA a fin de que evalúe -a través del área correspondiente- si corresponde modificar, ampliar o agregar algún tipo de capacitación específica en materia de género en lo que a la actividad pericial respecta.

Este es mi voto producto de mi convicción razonada y sincera (CPP, 209/10 y 375 inc. 2º).

A la misma cuestión, el Sr. Juez Simaz, dijo:

Voto en igual sentido por compartir los fundamentos expuestos y por ser mi sincera y razonada convicción (CPP, 209/10 y 375 inc. 2º).

A la misma cuestión, el Sr. Juez Fissore, dijo:

Voto en igual sentido por compartir los fundamentos expuestos y por ser mi sincera y razonada convicción (CPP, 209/10 y 375 inc. 2º).

POR TODO ELLO, este Tribunal en lo Criminal, por unanimidad, salvo en la cuestión atinente a la calificación legal en relación a M. G. F. -que lo es por mayoría de opiniones-, RESUELVE:

I) RECHAZAR LA INCONSTITUCIONALIDAD de la pena de prisión perpetua, por los argumentos expuestos en el punto 1° de la cuestión segunda de la sentencia.

II) CONDENAR a M. G. F., alias "…", argentino, nacido en San Francisco Solano el 17/09/1993, hijo de D. T. F. y M. S., DNI …, con último domicilio en … de esta ciudad, soltero, instruido, Prontuario del Ministerio de Seguridad … Sección AP, actualmente detenido en Unidad Penal n° 42 de Florencio Varela, por resultar autor (CP, 45) penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por el suministro de estupefacientes y por resultar la muerte de la persona ofendida, en concurso ideal con femicidio (CP, 54, 80 inc. 11 y 124, art. 13 Ley 23.737), ocurrido el 8 de octubre de 2016 en la ciudad de Mar del Plata y del que resultó víctima L. P. M. e imponerle la PENA DE PRISION PERPETUA, accesorias legales y costas del proceso (CP, 12 y 29 inc. 3°).

IMPONER a M. G. F. la pena única (CP, 58) de PRISIÓN PERPETUA, accesorias legales, costas (CP, 12, 29 inc.3°; CPP, 531) y multa de ciento treinta y cinco mil pesos ($135.000), comprensiva de la presente y de la pena de ocho (8) años de prisión y multa de ciento treinta y cinco mil pesos, con más las costas procesales (CP, 29, inc. 3°, CPP 531) y las accesorias legales (CP, 12) impuesta en causa n°

4974 (IPP 20776-16) del Tribunal en lo Criminal n°1 Departamental en fecha 26 de noviembre de 2018, actualmente tramitando bajo n° 8886 ante el Juzgado de Ejecución Penal n° 2 Departamental.

III) CONDENAR a J. P. O., alias "." o ".", argentino, nacido en Mar del Plata, el 18/03/1975, hijo de E. L. O. y de A. N. P., DNI … , con último domicilio en … de Mar del Plata, Prontuario del Ministerio de Seguridad … Sección AP, soltero, instruido, actualmente detenido en Unidad Penal n° 44 de Batán, por resultar partícipe secundario (CP, 46 y 47) penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el suministro de estupefacientes (CP, 119, párr. 3°, art. 13 Ley 23.737), ocurrido el 8 de octubre de 2016 en la ciudad de Mar del Plata y del que resultó víctima L. P. M. e imponerle la PENA DE OCHO (8) AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales y costas del proceso (CP, 12 y 29 inc. 3°, CPP 531).

IMPONER a J. P. O. la pena única (CP, 58) de QUINCE (15) AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales, costas (CP, 12, 29 inc. 3°; CPP, 531) y multa de ciento treinta y cinco mil pesos ($135.000), comprensiva de la presente y de la pena de ocho (8) años de prisión y multa de ciento treinta y cinco mil pesos, con más las costas procesales (CP, 29, inc. 3°, CPP 531) y las accesorias legales (CP, 12) impuesta en causa n° 4974 (IPP 20776-16) del Tribunal en lo Criminal n°1 Departamental en fecha 26 de noviembre de 2018, actualmente tramitando bajo n° 8886 ante el Juzgado de Ejecución Penal n° 2 Departamental.

IV) COMUNICAR, una vez firme, la sentencia dictada al Registro de Condenados por Delitos contra la Integridad Sexual dependiente del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (Ley 13.869 y res. 2.305/09 SCBA).

V) ORDENAR, dentro de los cinco días hábiles de quedar firme la presente, la obtención del perfil genético de los condenados M. G. F. y J. P. O., disponiendo su remisión -dentro de los cinco días hábiles de recibido-, al Registro Nacional de datos genéticos vinculados a delitos contra la integridad sexual, junto con la información mencionada en el art. 3 de la Ley 26.879, con copia de este fallo (Ley 26.879 y Dec. 522/2017, art. 5).

VI) PONER A DISPOSICION de los particulares damnificados las actuaciones a efectos de viabilizar lo resuelto en el punto 6 de la cuestión segunda de esta sentencia.

VII) REGULAR los honorarios profesionales de la Sra. abogada patrocinante de los particulares damnificados, Dra. M. F. P., atento la calidad de la labor por ella desarrollada, el resultado obtenido y en mérito a todas sus actuaciones en autos, en la suma de 50 ius, a lo que deberá agregársele el 10% en concepto de aportes de ley (CPP, 534; ley 14.967, arts. 9. I.3.u), 10, 15, 16, 22, 28, 33 y 54; y leyes nº 10.268 y 11.625).

VIII) DIFERIR la regulación de honorarios profesionales de la Dra. V. H., en su carácter de patrocinante de los particulares damnificados, y de los Dres. R. M. y C. S., defensores particulares de J. P. O., hasta tanto los mismos se sirvan acompañar los correspondientes comprobantes de pago de los aportes de ley.

IX) TENER PRESENTE el compromiso asumido por el Ministerio Público Fiscal de investigar la posible presencia de terceras personas en el domicilio de … , de esta ciudad, el día del hecho, en virtud de lo que surge del informe pericial del Laboratorio de Genética Forense de fs. 721/726 vta. de la IPP 20776-16 (punto 10), en consonancia con lo requerido por las representantes de los particulares damnificados.

X) LIBRAR OFICIO a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a fin de que evalúe -a través del área pertinente- si corresponde modificar, ampliar o agregar algún tipo de capacitación específica en materia de género en lo que a la actividad pericial respecta.

Regístrese. Notifíquese por Secretaría a las partes y a los progenitores de la víctima (CPP, 83, inc. 3º). Firme, practíquese cómputo de pena, háganse las comunicaciones de ley y comuníquese al Juzgado de Ejecución Penal n° 2 en relación a las penas únicas impuestas a los encausados.