

Número de Orden:44

Libro de Interlocutorias nro.:15

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los veinticinco **días del mes de enero del año dos mil trece**, reunidos en su Sala de Acuerdos los Señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, doctores **Pablo Hernán Soumoulou y Gustavo Angel Barbieri (art. 440 del Código Procesal Penal)**, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. nro. 11.177/I** caratulada "**A., C. R. incidente de Excarcelacion extraordinaria**" y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en este orden doctores **Barbieri y Soumoulou**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1º) ¿ Es justa la resolución apelada ?

2º) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Quien fuera en ese estadio procesal Defensor Particular del justiciable -Dr. Juan Eduardo Viera a fs. 1 y vta. -interpuso recurso de apelación contra la resolución de fs. 4 y vta. dictada por el Sr. Juez del Tribunal en lo Criminal Nro. 1 de la localidad de Azul -Dr. Gustavo Borghi interinamente a cargo del Juzgado de Garantías Nro. 2 de esa localidad- quien rechazara la solicitud de excarcelación extraordinaria.

En ese remedio puedo advertir una -un tanto confusa- cita de situaciones fácticas no acreditadas, valoraciones propias del cambio de calificación que intentara en la principal y que fuera denegado (fs. 108 y vta. de la principal que tengo a la vista), cuestiones relacionadas con riesgos procesales, etc.

Lo cierto es que el **beneficio que impetra** (al no ser posible la excarcelación ordinaria por el quantum de pena que prevé la figura del art. 119 tercer párrafo del C.P.) requiere de **circunstancias excepcionales** en el hecho intimado y/o en el sujeto pasivo de imputación penal, tal como lo requiere el legislador provincial en el art. 170 del Código de Forma de este Estado.

Justamente al analizar la **naturaleza del hecho imputado**, y tal como me autoriza y faculta el art. 435 primer párrafo del Rito, considero que cabe efectuar **un cambio en la calificación legal** y en consecuencia analizar nuevamente la excarcelación ordinaria.

Con ello lo que ya estoy adelantando es que el beneficio originariamente petitionado, excarcelación extraordinaria, debe ser rechazado por no advertirse circunstancias de excepcionalidad que ameriten su concesión; pero como lo vengo adelantando el C.P.P. me **permite ir más allá de los agravios formulados y así advierto que debe recalificarse (o mejor dicho variar el nomen juris)** del hecho que se le imputa a A..

Así propongo que del párrafo tercero del art. 119 del C.P. se varíe la calificación por el párrafo 1ero. del mismo artículo.

El hecho que calificara oportunamente la Sra. Juez de Ejecución Penal a fs. 69 como abuso sexual con acceso carnal debe ceder. Es que para arribar a esa conclusión se han valorado un conjunto de medios de convicción con los cuales (en mi sentir) no se arriba a esa conclusión legal.

Es que el hecho contra la integridad sexual sólo posee como prueba de cargo directa la declaración de la víctima; y si bien no existe ninguna limitación en el sistema actual de interpretación de la prueba (art. 210 y 373 del C.P.P.) lo cierto es que no existen otros medios que objetiven sus dichos, al menos por el momento.

Sólo pueden aportar algún indicio las testimoniales de oídas agregadas a la investigación (verbi gracia fs. 23, 24 y 52), pero voy a tener en

cuenta otros elementos que degradan la calificación legal a la figura simple.

Así por ejemplo advierto que la presunta víctima del acontecer efectuó la denuncia penal recién con dos días de demora con respecto al acaecimiento del hecho, ocasión además en la que manifestara su intención de no instar la acción penal (también se aclara esa voluntad en el despacho radiográfico de fs. 9); lo que luego contradijera en sede de la Ayudantía Fiscal.

También advierto que en esa presentación, la presunta víctima no permitió que se le realice informe médico ginecológico. Y si bien se encuentra en todo su derecho (porque además es sabido que es una práctica absolutamente incómoda pues no sólo hay que tolerar la inspección de zonas del cuerpo íntimas sino la introducción de medios extraños al cuerpo para examinar y extraer fluidos para periciar) también lo cierto es que ello ha impedido objetivar sus dichos, debiendo las dudas que surjan por tal situación, ser interpretadas en favor del sujeto pasivo de imputación penal.

Valoro también el informe negativo de fs. 14 donde los vecinos de la vivienda de la presunta víctima refirieron no haber escuchado ningún tipo de sonido el día en que el ataque sexual se habría producido.

De singular importancia en el camino que recorro resulta ser la **declaración del imputado**. A. a fs. 88 y vta. ha reconocido parte de la acusación con lo dificultoso que ello le puede resultar no sólo procesalmente, sino en su relación concubinaria. Así hizo saber la (hasta aquí novedosa) relación sentimental que habría tenido años atrás con la denunciante (lo que en caso de acreditarse llevaría a preguntarse por qué no fue contado por la víctima y su progenitora) y los "jugueteos" que entre ellos se continuaron dispensando.

Contó también lo ocurrido el día del hecho sin dejar de reconocer el acercamiento de tipo sexual consentido, y el "límite" que recibiera en un momento de L. I., lo que habría conllevado su posterior masturbación.

También en este sentido valoro lo manifestado por la concubina del imputado y hermana de la presunta víctima. No con respecto al hecho en

sí pues nada puede aportar, pero sí en cuanto a que no confía en los dichos de su hermana y sí acredita la relación sentimental antigua entre el víctima-victimario, lo que desconoce -oculta y niega- la denunciante.

Todo lo antes dicho me lleva a sostener (y sin dejar de valorar los mensajes de texto enviados por A., los que él también reconoció) que el hecho debe ser encuadrado como abuso sexual simple, por no tener (al menos en este estadio y con los medios de convicción reunidos) acreditado el acceso carnal que requiere el tercer párrafo del art. 119 del Digesto de las Penas. Dejo aclarada que la masturbación reconocida por A. no fue efectuada (según sus dichos) cosificando a la presunta víctima ni se la hizo participar de esa maniobra; aclaro ello porque de lo contrario lo habría subsumido en el segundo párrafo del art. 119 del C.P.

En caso de ser acompañado en la posición, debe evaluarse si corresponde la excarcelación ordinaria.

Así en principio advierto que la situación queda comprendida en el art. 169 inc. 1ero. del C.P.P., sin advertir la existencia de peligros procesales, más que los que luego referiré y que podrán aventarse con la aplicación de obligaciones especiales.

Valoro en favor del encausado que este cuenta con un domicilio fijo, trabajo, familia constituida y carencia de antecedentes penales (fs. 118).

Sí podría existir alguna posibilidad de entorpecimiento probatorio (sobre la víctima pretendiendo influenciarla) el que propongo aventarlo con la imposición de obligaciones especiales, de las previstas por los arts. 179 y 180 del C.P.P.

Sabido es que el **principio de libertad** debe regir durante todo el desarrollo de procedimiento (como derivación de la presunción de inocencia impuesta por el Constituyente Nacional en el art. 18 de nuestra Carta Magna), ha sido mantenido desde el texto original de la ley 11.922 -y a pesar de las distintas reformas posteriores- en el **artículo 144 del C.P.P.**, demostrando así que ha sido **la**

intención del legislador provincial del año 1998 y mantenido hasta la actualidad.

Se entiende entonces que la limitación a la garantía enunciada por dicho precepto debe ser de manera excepcional y como "ultima ratio", tal como expresamente lo prevé la norma cuando en su segundo párrafo dispone que: *"...La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución de la Provincia sólo podrán ser restringidos cuando fuese absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley."*

Tal **regla general de libertad** se encuentra garantizada no sólo por preceptos de orden local y constitucional (**artículo 14 y 18 de la Constitución Nacional y 10 de la Constitución Provincial**), sino por aquellos **Pactos y Tratados internacionales que, incorporados al texto constitucional (por el legislador nacional)** por vía del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, integran **ese bloque constitucional (ver en ese sentido arts 9.3 y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 Convención Americana de Derechos Humanos)**.-

En apoyo a lo expuesto la **Corte Interamericana de Derechos Humanos en el "Caso Bayarri vs. Argentina"**, sentencia del 30 de octubre de 2008, ha resuelto que *"... Este Tribunal ha establecido que, al ser la prisión preventiva una medida cautelar y no punitiva, existe una 'obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludir la acción de la justicia'. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia . Efectivamente, en ocasiones anteriores, el Tribunal ha estimado que al privar de la libertad, en forma innecesaria o desproporcionada, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, el Estado incurre en una*

violación del derecho de toda persona a que se le presuma inocente, reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana. A igual conclusión se debe llegar si el Estado mantiene a una persona privada de su libertad preventivamente más allá de los límites temporales que impone el derecho consagrado en el artículo 7.5 de la Convención Americana...".

En consonancia con lo expuesto precedentemente el Tribunal de Casación Penal Provincial también tiene dicho que: *"...Sumado a ello, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos –sobre la temática en trato- fijan pautas restrictivas a los Estados Partes. En tal inteligencia del juego armónico que propone el art. 7 incisos 3ero. y 5to. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se desprende que '...nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario (...) su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparencia en el juicio...', cuestiones estas que permiten afirmar, que el esquema dominante debe efectuarse sobre la base de ... que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...' (art. 8 inc. 2do. de la citada regulación internacional)..."* (T.C.P.B.A., Sala III, causa 38.180 RSD-580-9 S 15-9-2009 , Juez CARRAL (SD) CARATULA: P.,O. s/ Recurso de casación. MAG. VOTANTES: Carral - Violini).

Con similares consideraciones se pronunció la Sala II de dicho alto Tribunal cuando resolviera que *"...Debe quedar claro que una de las características principales de la coerción es que, en sí, no es un fin en sí misma, sino que es sólo un medio para asegurar otros fines, que en este caso son los del proceso. Por eso no tienen estas medidas carácter de sanción, ya que no son penas, sino medidas instrumentales, que se conciben como formas de restricción imprescindibles para neutralizar los peligros que puede tener la libertad de la persona que lleven a que se impida el descubrimiento de la verdad, por una parte, y la actuación de la ley sustantiva, por la otra..."* (T.C.P.B.A., Sala I, causa 37.804 "JARA, Martín Segundo s/ Recurso de Casación" de fecha 5/11/2009, doctores SAL LLARGUÉS – PIOMBO).

Todo lo expuesto me permite, por el momento al menos, ponderar como viable el otorgamiento de la excarcelación ordinaria, bajo caución juratoria desde la Sede donde se encuentre alojado, con las siguientes obligaciones especiales: constituir domicilio del que no podrá ausentarse por más de 24 horas sin conocimiento previo del Juzgado interviniente; someterse al contralor del Patronato de Liberados (de la jurisdicción donde constituyera su domicilio real); presentarse una vez por mes (entre los días 1 a 10) ante al Juzgado donde tramite su causa, debiendo labrarse acta por Secretaría a esos efectos; comparecer a cualquier llamado judicial; prohibición de acercarse a la víctima y al domicilio donde ella pueda vivir; prohibición de mantener comunicación con la víctima por cualquier medio. Todas ellas bajo apercibimiento de revocarse el beneficio concedido en caso de incumplimiento y en los últimos dos casos bajo apercibimiento de desobediencia (art. 239 del C.P.).

Así lo voto

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Barbieri y sufragio en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde ordenar la inmediata libertad del justiciable en esta causa, bajo las condiciones referenciadas en la cuestión precedente.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero al sufragio precedente.

Con lo que terminó este acuerdo que firman los señores Jueces nombrados.

RESOLUCION

Bahía Blanca, Enero 25 de 2.013.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto: **Que no es justa la detención que viene sufriendo el justiciable.**

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede **SE RESUELVE:** otorgar la **EXCARCELACION** del procesado A., **ordenando su libertad -en esta causa-, previa caución juratoria, que deberá prestar en el lugar donde se encuentre alojado imponiéndosele como obligaciones especiales las siguientes:**

- constituir domicilio del que no podrá ausentarse por más de 24 horas sin conocimiento previo del Juzgado interviniente;
- someterse al contralor del Patronato de Liberados (de la jurisdicción donde constituyera su domicilio real);
- presentarse una vez por mes (entre los días 1 a 10) ante al Juzgado donde tramite su causa, debiendo labrarse acta por Secretaría a esos efectos;
- comparecer a cualquier llamado judicial;
- prohibición de acercarse a la víctima y al domicilio donde ella pueda vivir;
- prohibición de mantener comunicación con la víctima por cualquier medio.

Todas ellas bajo apercibimiento de revocarse el beneficio concedido en caso de incumplimiento y en los últimos dos casos bajo apercibimiento de desobediencia (art. 239 del C.P. y 119 primer párrafo del C.P.; arts. 14 y 18 de la C.N., 10 de la Prov. Pactos internacionales citados; y artículos 144, 148, 169 inciso 1ero., 439, 447 y ccdts. del Código Procesal Penal).

Notificar al Sr. Fiscal General mediante libramiento de oficio.

Notificar al Sr. Defensor Particular en los Estrados

del Tribunal.

Oficiar al lugar de alojamiento del justiciable, para que se anoticie el resolutorio al justiciable y se haga efectiva la medida previa imposición de reglas y constatación de la inexistencia de impedimentos legales.

Libradas las comunicaciones, remítase sin más trámite la causa y el incidente al Juzgado interviniente para que tome conocimiento y para el contralor de las medidas impuestas.