

Expediente I.P.P. nro. quince mil cuatrocientos cincuenta y siete

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutoria nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los cinco días del mes de Septiembre del año dos mil diecisiete, 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 Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Angel Barbieri (art. 440 del Código Procesal Penal), para dictar resolución interlocutoria en la I.P.P. nro. 15.457/I caratulada "**Incidente de Apelación. Imputado: D.,C.**", prescindiéndose del sorteo previsto en el art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 41 de la ley 5827 -reformada por la nro. 12.060, atento la prevención informada a fs. 28, manteniéndose ese orden de votación **Barbieri y Giambelluca**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1º) ¿ Es justa la resolución apelada ?

2º) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: El señor Secretario de la Defensoría Oficial -Dr. Martín Daich-, interpone recurso de apelación a fs. 1/8 y vta., contra la resolución de fs. 9/22 y vta., por la cual la Señora Juez de Garantías -Doctora Gilda Stemphelet- dictara la prisión preventiva de C.D..

Cuestiona la calificación legal atribuída a los hechos, pues en su opinión se ha aplicado erróneamente la figura de abuso sexual gravemente ultrajante, en violación del principio de legalidad y de la prohibición de doble juzgamiento.- Cita jurisprudencia en apoyo a su postura, afirmando que la Señora Juez A-Quo no expresó en su resolutorio los motivos por los cuales consideraba que los hechos encuadran en

la figura mencionada, refiriendo que la decisión no posee adecuada fundamentación; siendo que de la propia lectura del hecho se desprende la inexistencia de los requisitos exigidos para aplicar la figura del segundo párrafo del art. 119 del C. Penal.-

Sostiene que los acontecimientos, por su duración y la naturaleza de los actos que se enrostran, no supera los umbrales del tipo del abuso sexual simple.

Agrega que valorar la corta edad de la víctima, el vínculo de confianza que lo unía con el agresor y la reiteración en el tiempo, implica un doble juzgamiento, puesto que dichas circunstancias ya se encuentran reprochadas en el tipo penal básico del primer párrafo. Concluye requiriendo el cambio de calificación.

Como segundo agravio afirma que no cabe valorar sólo la pena en expectativa para presumir los peligros procesales, sino que deben considerarse las circunstancias particulares del caso y personales del imputado, resultando la resolución violatoria del principio de inocencia. Agrega que su asistido tiene más de 70 años, por lo que en caso de recaer condena la misma se cumpliría bajo la modalidad del arresto domiciliario, debiendo también valorarse las patologías que se describen en el informe médico de fs. 11.- Solicita en definitiva revocación.

Analizadas las constancias de la presente incidencia y la de los autos principales, que tengo a la vista, propondré al acuerdo la confirmación del resolutorio impugnado, toda vez que la probable comisión del hecho por parte de C.D. cuenta con elementos de convicción suficientes para sostenerse y ello respecto al ilícito de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por haber sido cometido por un ascendiente y reiterado, en los términos del artículo 119 párrafo 2do. en función del 4to, inciso "b" y 55 del Código Penal, por los motivos que a continuación detallo.

En primer término denuncia la Defensa que la resolución recurrida exhibe el vicio de arbitrariedad, por ausencia de fundamentación, lo que no comparto. Advierto -por el contrario- que la Magistrada de Grado ha expuesto, si bien en forma sintética, las razones por las que correspondía la calificación legal que estaba atribuyendo al

hecho endilgado, teniendo en cuenta los elementos de convicción reunidos y fundó su decisión en diversas normas del Código Procesal y Penal, pudiendo comprenderse el razonamiento desarrollado.

Así, en el primer considerando del auto atacado se describió con detalle las características del abuso, concluyendo que las "...Circunstancias de realización que, por su reiteración en el tiempo, la corta edad de la víctima y el vínculo de confianza que lo unía con el agresor, junto a la naturaleza de las acciones resultan así una afectación de la víctima que traspasa los límites del ultraje básico..." , para luego individualizar los elementos de prueba que sustentan tal adecuación típica.-

Entiendo que el resolutorio es válido (si bien tal vez hubiera sido preferible una fundamentación más amplia y autónoma), desde el momento que la defensa bien pudo conocer por qué motivos se optó por esa gravosa calificación, permitiéndole el control recursivo. En concordancia con lo resuelto por la Sala II del Tribunal de Casación Provincial (en causa 23.640 de fecha 12/2/08 y en sentido similar Sala III en causa 19.109 de fecha 24/4/09)- considero que un fallo mantiene su validez en aquellos casos en que: no dificulte su comprensión general, posibilite la crítica recursiva y no haya omitido el tratamiento de aspectos esenciales. El auto de prisión preventiva dictado abastece esos requisitos, en cuanto a la calificación legal (extremo sobre los que pide la invalidez la defensa) y de acuerdo a lo transcrito ut supra.

De la lectura del propio remedio impugnativo presentado, puede advertirse que la fundamentación realizada le ha permitido, a la Unidad de defensa actuante, comprender los motivos por los cuales se optó por la figura del abuso sexual gravemente ultrajante, ejerciendo el control recursivo y planteando ante esta Alzada los temas de fondo que consideró agraviantes (fácticos y jurídicos); de allí que la declaración de invalidez (además de no advertir motivo) sería en el mero beneficio de la ley. Podrán o no compartirse los argumentos, pero no hay lugar para la denominada falta de fundamentación. Nada más sobre este primer punto.

Tampoco comparto los agravios de la defensa sobre la calificación legal por la que optó la Sra. Juez A Quo, la cual comparto.

En efecto corresponde ponderar la denuncia de la madre de la víctima, M.A.Q. (fs. 2/3 y vta. y 223/224), a partir de la cual, es posible obtener los primeros indicios -graves y concordantes- sobre la conducta desplegada por el prevenido. Así, y específicamente de esta declaración se pueden diferenciar tres modalidades concretas en la manera en que el encausado efectuaba los abusos.

El primero, al introducirse en la cama con la menor momento en que aprovechaba para tocarle la vagina por debajo de la ropa interior. El segundo era hacerla sentar, con o sin ropas, en la entrepierna mientras miraba películas pornográficas y el tercero pasarle caramelos de boca a boca introduciendo su lengua en la boca de la niña.

Ese relato, según mi opinión, se corresponde sustancialmente con lo expuesto por la propia menor, quien a fs. 140/141 aporta otros pormenores de las distintas situaciones sobre los hechos denunciados, exponiendo que cuando el imputado la sentó arriba suyo, la agarró con fuerza de sus manos y apoyó en su vagina sus partes íntimas, que la empezó a mover para arriba y para abajo y la molestaba porque tenía su pene levantado; y que cuando le metió la mano debajo de la calza y de la bombacha le tocó la vagina.

Así, con los medios de convicción que se enumeraran precedentemente, soy de la opinión que las conductas descriptas por su caracterización y por su reiteración en el tiempo (introducción de la mano en la vagina de la víctima, además de la lengua del agresor en la boca de la niña y los frotamientos del miembro erecto sobre su vagina, mientras miraba escenas pornográficas), resultan ser un sometimiento gravemente ultrajante (alejándose de la figura simple por la que pelea la defensa técnica).

El Tribunal de Casación Provincial ha resuelto "...El abuso sexual gravemente ultrajante del segundo párrafo del artículo 119 posee una estructura similar a la del abuso sexual simple. En ambos casos puede existir un sometimiento ultrajante, pero en el supuesto del segundo párrafo la modalidad de la agresión debe ser cualitativamente más grave que el común de las circunstancias que quedan abarcadas por el abuso sexual simple... La formulación del segundo párrafo del artículo 119 es evidentemente imprecisa, como casi todos los comentaristas de la ley lo afirman, pero aun así no quedan dudas de que la agravante nuclea aquellos casos extremos en los que la agresión sexual implica la penetración sexual de un instrumento u otra parte del cuerpo que no sea el órgano sexual masculino. Éste es el elemento que permite distinguir a la violación de otras formas de abuso sexual, apenas menos graves, que se caracterizan por el grado de ultraje que representa la penetración de la lengua, los dedos u otros objetos similares en la vagina o el ano del sujeto pasivo (véase, en el mismo sentido: Gavier, Enrique A. "Delitos contra la integridad sexual", 2º edición, Editora Córdoba, Córdoba, 2000, pp. 31 y ss., y Figari, Rubén E. "Delitos de índole sexual", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, pp. 111 y ss.)..." (T.C.P.B.A. 34.797. 5-5-09 S-II Voto del doctor Celesia).-

Por otra parte el mantenimiento de las conductas antes descriptas durante aproximadamente un año y con una frecuencia semanal, resulta un claro indicador que permite incluir el actuar del prevenido dentro de la figura más gravosa.-

Aclaro aquí que no existe "doble juzgamiento" como lo denuncia la defensa, al valorar la Señora Juez A-Quo en el resolutorio, la reiteración en el tiempo de los actos, la corta edad de la víctima y el vínculo de confianza que la unía con el agresor; por el contrario la Magistrada se limita a destacar las características del hecho para determinar su calificación legal y luego aquellos elementos que determinan las agravantes. Esa doble valoración se aleja de la denuncia de doble juzgamiento, y está

prevista por el propio legislador provincial en los arts. 106, 157 y ccdts. del Rito en relación con el art. 119 segundo y cuarto párrafo del C.P.

Por último y con respecto a la previsión del inciso 4to. del art. 157 del C.P.P., advierto que no existe medida menos gravosa a imponer en este estadio, que la prisión preventiva en Unidades Carcelarias de esta provincia. Meritúo la existencia del peligro procesal de fuga a partir de la objetiva y provisional valoración de las características de los hechos imputado (su mantenimiento en el tiempo, el aprovechamiento de una víctima menor de edad y la situación de confianza generada por el vínculo abuelo-nieta para perpetrarlo, a lo que se agrega el extremo de hacerla "observar" escenas pornográficas en la tv); a ello aduno la pena en expectativa que se espera como resultado del procedimiento, la cual en su mínimo asciende a los 8 años de prisión y un máximo sumamente gravoso.

Esa magnitud punitiva impide encuadrar la situación del imputado en alguno de los supuestos que se establecen en el art. 169 del C.P.P. para acceder a la excarcelación ordinaria, pudiendo concluirse además que –en caso de recaer condena– no podría aplicársele pena de ejecución condicional (arts. 26 y ccdtes. del Código Penal).

La valoración conjunta de estos extremos (cualitativos y cuantitativos), no constituye una fundamentación genérica y estereotipada, sino que implica la apreciación de dos aspectos que, valorados en forma conjunta, abastecen debidamente los baremos indiciarios normado en el art. 148 del C.P.P., lo que se ajusta ha lo resuelto nuestro Máximo Tribunal Nacional en los precedentes "Lizarraga" (C.S.J.N, Fallos 311:1414) y "Stancato" (C.S.J.N., Fallos 310:1835), siendo en el mismo sentido la doctrina del fallo de la Sala III del T.C.P.B.A. en fecha 6/78/2011, causa 47.223, Mag. votantes Carral y Borinsky.

Cabe recordar que la libertad durante la tramitación del proceso (artículo 144 del Código Procesal Penal) encuentra límites en cuanto se la relaciona con los

finis del proceso penal. El denominado genéricamente "peligro procesal" constituye un aspecto que legítimamente puede ser considerado a efectos de establecer dichos límites y, en este caso, se da por acreditado. Por ello debe confirmarse el resolutorio apelado, al considerar que en caso de no encontrarse privado de la libertad el justiciable, intentará evadir la acción de la justicia y entorpecer la investigación (arts. 148, 157, 169 a contrario sensu, 171, 421, 439 y cdtes del C.P.P.).

Así lo Voto.

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

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde confirmar la resolución apelada.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Adhiero al voto del Dr. Barbieri.

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

R E S O L U C I O N

Bahía Blanca, Septiembre 5 de 2.017.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que es justa la resolución apelada.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede **ESTE TRIBUNAL RESUELVE:** no hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 1/8 vta. por el Señor Secretario de la Defensoría Oficial, y en consecuencia **CONFIRMAR** la resolución de fs. 9/22 y vta., por la cual se dictara la prisión preventiva de C.D. por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por haber sido cometido por un ascendiente y reiterado, en los términos del artículo 119 párrafo 2do. en función del 4to, inciso "b" y 55 del Código Penal, (arts. 157 , 164, 439, 440 y 447 del Código Procesal Penal).

Notificar. Hecho, devolver a primera instancia.