

**Expediente número quince mil ochocientos uno.**

**Número de Orden:\_\_\_\_\_**

**Libro de Interlocutorias nro.\_\_\_\_\_**

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los doce días del mes de Septiembre del año dos mil dieciocho, 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 Gustavo Ángel Barbieri y Guillermo Alberto Giambelluca (art. 440 del C.P.P.)**, para dictar sentencia en la **I.P.P nro. 15.801/I** caratulada "**S.,A.J. s/ abuso sexual gravemente ultrajante agravado**", y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debe tener este orden **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 Ó N**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. BARBIERI, DICE:** A fs. 394/402 interpone recurso de apelación el Sr. Defensor Particular -Dr. Hernán Pablo Silva-, contra la resolución dictada a fs. 377/386 por el Sr. Juez a cargo del Juzgado de Garantías nro. 2 Departamental -Dr. Guillermo Gastón Mercuri-, por la que dispuso la elevación a juicio de la presente causa, agraviándose, en primer término, por considerar que no se han

valorado adecuadamente diversos elementos probatorios. En especial, las presentaciones y declaraciones de la víctima, en las que manifiesta que ha mentido en sus referencias, dado que los hechos no han existido y que era su voluntad "retirar" la denuncia.

Sostiene que no se han tenido en cuenta esas cinco manifestaciones exteriorizadas por la denunciante, respecto de que ha mentido sobre los hechos que se imputan al procesado. Entiende que, ante esas declaraciones, sería un dispendio jurisdiccional elevar la causa a juicio y expresa que "...es conocido el lema a confesión de parte relevamiento de prueba..."; requiriendo la revocación y el sobreseimiento.

Como segundo agravio, en forma subsidiaria, cuestiona la decisión en cuanto no ha hecho lugar al cambio de calificación que solicitara en su oposición a la requisitoria, considerando que corresponde hacer lugar, siendo que los hechos debían encuadrarse como abuso sexual simple, en los términos del artículo 119 primer párrafo del Código Penal.

Sostiene que debe resolverse cualquier pedido de cambio de calificación, aun fuera de los supuestos indicados en el artículo 23 inc. 5to. del C.P.P. (aun no encontrándose el imputado privado de la libertad, ya que una adecuada tipificación puede incidir sobre la posibilidad de arribar a soluciones alternativas al juicio oral. Solicita, en caso de que no se haga lugar al cambio de calificación requerido, que se declare la inconstitucionalidad del artículo 23 inc. 5to. "...ya que en el caso de que las acusaciones yerren en la calificación legal el órgano judicial efectivamente disponga de una mecanismo enderezado a evitar que le debate se plantee,

ya de entrada, desde una perspectiva jurídica desacertada...". Adiciona que "...la determinación de la calificación legal permite un adecuado examen sobre el límite temporal previsto para el ejercicio de la persecución penal..."; solicita que se haga lugar a lo pedido.

Analizados los agravios y el contenido de la resolución apelada, propondré al acuerdo su confirmación.

Considero que los medios de convicción reunidos, aun teniendo en cuenta las declaraciones de la víctima por las que se retracta de lo denunciado con anterioridad, resultan suficientes para acreditar el hecho con el grado de probabilidad necesario para elevar la causa a juicio.

Como explicaré, la prueba de cargo reunida presenta ciertas características, en lo que hace a su coherencia, que respaldan la solidez necesaria para que se justifique el paso a la etapa de juicio. Así destaco la consistencia que se observa entre los diversos relatos que brindó la víctima, tanto en el proceso como al estar internada en una institución y, también, a quien fuera su pareja. A su vez, aprecio la concordancia de dicho relato con lo que surge de los informes psicológicos realizados en autos y con lo declarado por los profesionales que trataron a la denunciante desde su niñez, que refuerzan la hipótesis que inicialmente se brindó en la denuncia y sobre la que se basa la acusación.

En ese sentido, en la denuncia de fs. 1/3, la víctima relató los abusos y tocamientos que habría sufrido por parte de su padre hasta los 14 años, y explicó que tomó cabal dimensión de las situaciones vividas, unos meses antes de realizar la denuncia, cuando habló con su pareja sobre los eventos

vividos en su infancia y él le hizo notar que ello "...estaba mal...". A partir de ese momento comenzó un tratamiento con una psicóloga que "...la ayuda a asumir que el abuso existió y a superar esta situación..."; esa versión fue reiterada a fs. 33/34 y también a fs. 81 y vta. En esta última oportunidad contó que su padre se comunicó con ella para que levante la denuncia y que intentó manipularla.

A fs. 30 y vta. obra declaración testimonial de la Psicóloga que tratara a la joven, quien reconstruye el relato que la víctima le habría realizado en sus sesiones, siendo que la descripción que ofrece de las acciones abusivas, como del evento que la víctima habría vivido con su novio (a partir del cual comenzó a hablar de los hechos), es plenamente concordante con la relatada en la denuncia.

Similar consideración merece lo que surge del informe psicológico realizado por la perito Florencia Martella a fs. 43/44 y vta., donde consta que la víctima "...expresa que los acercamientos abusivos del padre eran vividos por ella como el modo a través del cual él le demostraba cariño, pudiéndolos resignificar como abusivos con posterioridad a partir de sus vivencias de intimidad con un novio. En la actualidad presenta intensas manifestaciones de dolor y confusión respecto del fallido lugar del padre como tal..." (el destacado me pertenece y lo efectúo con el fin de remarcar la coherencia que demuestran los medios analizados).

La madre de la joven, en el mismo sentido, narró en su declaración que la víctima le contó del episodio vivido en la intimidad con su novio y que "...a partir de allí empezó a comentar cosas, lo que a ella la atormentaba, la

abrumaba..." y que por eso empezó -al poco tiempo- tratamiento psicológico. A su vez, agregó que un psicólogo y una psicopedagoga que trataron a la víctima en su niñez le dijeron que "...tenía el perfil una niña abusada...".

La coherencia señalada en las diversas oportunidades en las que la denunciante se ha expresado sobre los hechos, es respaldada -también- por lo declarado por W. -a fs. 77-, quien fuera su novio y con quien vivió el episodio a partir del cuál "resignificó" como abusivas la situaciones pasadas junto a su padre. El testigo explicó, en forma concordante a lo narrado por la víctima, que mientras estaban teniendo relaciones sexuales la joven le dijo "...que le agarre la mano y le tape la boca y yo le dije que eso era como una violación y ahí saltó lo del padre... me contó como el padre la hacía eso y nada más... Cuando me dijo eso... la sentía a ella como en un momento de shock...".

Asimismo, a fs. 120 surge que al ser internada en la Clínica Privada Bahiense, en febrero de 2017, la psiquiatra que la trató destacó la existencia de "...antecedente de abuso sexual en su infancia y juventud por parte de su progenitor...", lo que apuntala la coherencia señalada en las versiones que ha brindado la víctima a otras personas por fuera de este proceso.

A fs. 89 y vta., prestó declaración el psicólogo Hugo Amengual, quien trató a la víctima en su niñez, por aproximadamente dos años, cuando tenía 15 o 16 años; concordantemente con lo relatado por la madre de la joven, explicó que la niña "...andaba peor en la escuela de lo que en realizada los tests mostraban... las dificultades que tenía no era tanto para generar aquellas

dificultades... yo pensaba entonces que lo emocional de X estaba sumándose a su déficit..." y que por ello "...interrogué a la mamá respecto a la posibilidad que hubiese algún tipo de violencia o abuso por que suele pasar que los chicos violentados o abusados tengan ese tipo de dificultades también...".

El plexo probatorio presenta una marcada coherencia, siendo coincidentes los eventos que ha relatado la víctima en diversas oportunidades y en diferentes contextos, resultando consistente la evidencia -también-, en lo que hace a la forma en que la situación traumática denunciada habría resurgido años después en la psiquis de la víctima. Ello, a su vez, guarda correspondencia con los aspectos de la personalidad de la damnificada que fueron resaltados en el informe pericial psicológico realizado y con las impresiones e inquietudes de las que dio cuenta el psicólogo que la trató en su niñez y adolescencia (por la presencia de signos compatibles con vivencias de abuso o violencia).

Ante el conjunto de elementos de convicción, entiendo que lo manifestado por la víctima, respecto de que su denuncia no sería verdad y que sólo lo habría hecho para captar la atención de su padre, no resulta suficiente para menoscabar el peso probatorio señalado, encontrándose justificada la elevación a juicio de la presente causa, en tanto se encuentra acreditada la imputación con el grado de probabilidad requerido para avanzar hacia esa etapa procesal.

Entiendo que esa conclusión no se ve afectada, tampoco, por los que surge de los testimonios prestados los hijos del imputado, sus parejas y diversos

amigos, en los que se da cuenta de la muy buena opinión que tienen de él, de la constante tendencia por parte de la madre de la víctima de influir sobre ella en contra del imputado y de la tendencia de la denunciante a "mentir" o "fabular". Más allá de que estas observaciones deben ser tenidas en cuenta, y que incluso podría profundizarse en un eventual debate; no aportan información que desvirtúe el respaldo que ofrece lo que surge de los elementos de convicción reunidos sobre lo que se centra la hipótesis de cargo.

Destaco, en lo que hace a la retractación de la denunciante, expresada a fs. 265, 271 y 286, que ella bien puede resultar compatible con la gravedad de las circunstancias que implica el tránsito por este proceso y las posibles consecuencias que de él podrían derivarse. Ello, sumado a la interacción con sus hermanos, quienes manifestaron no creer en la denuncia, permite comprender también las razones por las que la víctima podría intentar, ahora, revertir el avance de la causa o que sienta preocupación y culpa, como pareciera dar cuenta la conversación por chat que luce a fs. 25.

Sobre este aspecto, es importante remarcar que el perito psiquiatra de la asesoría pericial departamental a fs. 304/308, explicó que "...tanto las características de personalidad, como las conductas y discurso actual de la examinada son coherentes con personas que han sufrido situaciones traumáticas abusivas. Que los dichos de la denuncia de autos, como así las determinaciones realizadas en la pericia psicológica y en el presente examen, permiten atribuir verosimilitud a los hechos denunciados...".

Nada más sobre el primer extremo.

En lo que hace al cambio de calificación requerido, entiendo que ello no resulta procedente en virtud de lo dispuesto por el artículo 23 inc. 5 del C.P.P., tal como ha resuelto el Juez de Grado.

Como resolviera este cuerpo en la causa nro. 8001/I, rta. el 24/02/11, comparto las consideraciones efectuadas por la mayoría en el Acuerdo Plenario de la Excma Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de Mar del Plata en la Causa Nro. 11.247 "O. Alejandro Oscar s/ infracción Ley 23.737", de fecha 19/06/07, en el sentido que ha de entenderse que "...como regla no corresponde expedirse, en la etapa intermedia del proceso, sobre solicitudes de cambio de calificación típica de los ilícitos, a menos que estuviere en juego la libertad del imputado..." (resolución de la mayoría).

Conforme ese criterio -que también he sostenido en la causa nro. M-1826/1 rta. 18/08/11-, en la etapa procesal por la que se transita, en principio sólo sería posible petitionar un cambio de calificación legal cuando se encuentre en juego la libertad del justiciable, lo que podría excepcionarse cuando tal modificación pudiera conllevar a una solución conclusiva del proceso, lo que tampoco ocurriría en autos.

Siguiendo ese norte, y en tanto las circunstancias de estos autos no pueden enmarcarse en ninguno de esos dos supuestos, considero que el Sr. Defensor no se encuentra facultado (por el Código de Forma de este Estado), para petitionar el cambio de calificación -ni en la primer instancia ni ante este Cuerpo- en esta etapa intermedia (o de control de la imputación), que delimitan los arts. 334 a 337 del C.P.P.



En lo que hace al riesgo para la libertad del imputado, debe destacarse que el Sr. Juez de Garantías no hizo lugar a la prisión preventiva y le ha otorgado la libertad a fs. 334/338. Es así que, si bien el recurrente cuestiona por gravosa la calificación legal proponiendo una más beneficiosa, no podría sostenerse que de mantenerse la tipificación cuestionada pudiera existir - actualmente- algún tipo de afectación a derechos del encartado en cuanto a su libertad personal, lo que impide el tratamiento de la variación del encuadre jurídico propuesto (art. 23 inc. 5to. a "contrario sensu" del C.P.P.). En referencia a la inconstitucionalidad de esa normativa, que requiere en forma subsidiaria, entiendo que planteo debe rechazarse, por cuanto posee un déficit en la carga argumental necesaria para justificar una decisión en ese sentido, en virtud de la gravedad e importancia de la petición y de la resolución a dictar en caso de considerarla procedente.

Como puede leerse en el recurso, aun cuando el esforzado letrado ha invocado una confrontación constitucional que, a su entender, provocaría la aplicación de la norma citada; no ha identificado qué derechos o garantías constitucionales se verían vulnerados, no habiéndose identificado norma constitucional con la que se provocaría la colisión.

En ese sentido, Nuestro Máximo Tribunal Provincial ha resuelto "...La declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del ordenamiento jurídico; por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la

convicción cierta de que su aplicación conculca al derecho o la garantía constitucional invocados. Para su procedencia se requiere que el interesado demuestre acabadamente de qué manera la norma cuestionada contraría la Constitución Nacional causándole de ese modo un agravio. Por ello, para que pueda ser atendido un planteo de tal índole, debe tener un sólido desarrollo argumental y contar con fundamentos que se apoyen en las circunstancias de la causa..." (S.C.B.A., Causa nro. 109.346 "L.,C. s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 28496" rta. el 7-3-2012).

Por las razones expuestas, voto por la afirmativa.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA,**

**DICE:** Por los mismos fundamentos, voto en igual sentido que el Doctor Barbieri.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE:**

Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde no hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 394/402 y confirmar la resolución dictada por el Sr. Juez de Garantías, a fs. 377/386, en lo que fue materia de agravio (arts. 157, 337 y ccdtes. del C.P.P.).

Así lo voto.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA,**

**DICE:** Sufrago de la misma manera que lo hace el Doctor Barbieri.

Con lo que culminó el Acuerdo que signan los Sres. Jueces nombrados.

## **R E S O L U C I Ó N**

Bahía Blanca, Septiembre 12 de 2.018.

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

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, **ESTE TRIBUNAL RESUELVE:** no hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 394/402 y confirmar la resolución dictada por el Sr. Juez de Garantías a fs. 377/386, en lo que fue materia de agravio

Notificar al recurrente y al Ministerio Público Fiscal.

Hecho, remitir a la instancia de origen, donde deberá notificarse al imputado.