

Expediente IPP dieciséis mil ciento diez.

Orden Interno Número:_____

Libro de Interlocutorias Número:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los quince días del mes de Mayo 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 Pablo Hernán Soumoulou (art. 440 del C.P.P.)**, para dictar resolución en la causa **IPP N° 16.110/I** seguida a: **"A.,R.D. s/ abuso sexual gravemente ultrajante. Víctima o denunciante: C.,J.I."**, 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. 399) de los señores Jueces **Soumoulou y Barbieri**, manteniéndose dicho orden de votación, por lo que resuelven plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1º) ¿ Es justa la resolución apelada de fs. 360/384?

2º) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: A fs. 360/384, la Sra. Titular del Juzgado de Garantías Nro. 4 Dptal. -Dra. Marisa Gabriela Prome-, resolvió no hacer lugar al sobreseimiento y al cambio de calificación legal solicitado por la defensa en favor de D.R.A.; y elevó la causa a juicio, por la presunta comisión del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por el aprovechamiento de la convivencia preexistente, en los términos del artículo 119 2º párrafo en función del 4º párrafo inciso f) del Código Penal.

El citado decisorio, resultó impugnado por el Sr. Defensor Particular – Doctor Fabrisio González-, mediante el pertinente recurso de apelación que luce agregado a fs. 389/397 y vta.

El remedio fue interpuesto en debido tiempo y forma, conteniendo la indicación de los motivos de agravio y sus fundamentos, siendo el pronunciamiento pasible de ser atacado por el medio elegido; de manera que resulta admisible (arts. 337, 439 y 442 del CPP.)

Los puntuales motivos de agravio (art. 434 del C.P.P.) se encuentran expuestos por el recurrente en el punto III-c de su escrito recursivo, expresando que la Sra. Juez A Quo se remitió a los elementos de convicción -recolectados por la Fiscalía- para tener por acreditada la materialidad y autoría penalmente responsable de su pupilo.

Considera que la Sra. Magistrada de Grado no se ha expedido respecto a la relación que mantenía su asistido con la mamá de la víctima, y que la perito psicológica nunca indagó respecto a que la menor pudo haber tenido algún rencor hacia su asistido.

En segundo término, refiere que la Sra. Juez A Quo omitió tratar el cuestionamiento del recurrente referido a la denegatoria de la Fiscalía para que declare la víctima nuevamente, por lo que considera que ello vulneró el derecho de defensa en juicio.

Sostiene que las constancias médicas han determinado que la víctima no se ha iniciado sexualmente, por lo que resulta "muy difícil" tener por acreditado que su asistido le introdujo sus dedos en la vagina y no dejó ningún rastro y/o daño.

Expresa que sólo se tuvieron en cuenta los dichos de la víctima, sin ponderar el informe médico; y que la pericia psicológica no brindó certeza para tener por acreditada la figura legal.

Concluye en que el hecho no ha ocurrido, por lo que no resulta creíble la versión de los hechos expuesta por la víctima, quedando sólo la denuncia en contra de su pupilo.

Solicita la revocación del resolutorio, y que se dicte el sobreseimiento de R.D.A. de conformidad con lo dispuesto en el artículo 323 inciso 2do. y 4to. del C.P.P.

En forma subsidiaria, indica que no surge del informe médico, los testigos y la perito psicóloga que la víctima fue sometida a un abuso sexual gravemente ultrajante, por lo que solicita el cambio de calificación legal por abuso sexual simple en los términos del artículo 119 inc. 1 del. C.P.P.

Adelanto que en mi opinión, la prueba reunida en esta causa, resulta suficiente para elevarla a juicio en orden al delito de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por la convivencia preexistente, en los términos del artículo 119 segundo en función del 4to. párrafo inciso f) del Código Penal, según lo prescripto por los arts. 334/337 del Código Procesal Penal.

El grado de convicción requerido en el juzgador para sortear la etapa intermedia -probabilidad positiva- está establecido en el art. 157 del C.P.P., estándar al que remite el art. 337 -primer párrafo- de ese cuerpo normativo. Y es a la luz de las pautas de valoración establecidas por el legislador que entiendo que en el caso de autos existen medios de convicción suficientes para arribar a dicho grado de probabilidad sobre la materialidad ilícita del hecho materia de acusación y la intervención del encartado en la misma (art. 209, 210 C.P.P.).

Razonablemente puede arribarse a esta convicción de acuerdo a lo que surge de la denuncia penal realizada por J.C. a fs. 2/4, y el testimonio prestado en la Fiscalía de fs. 162/165; la declaración testimonial -en sede de la Fiscalía- realizada por la víctima -A.R.- a fs. 38/40; las declaraciones testimoniales de fs. 17/vta.;

18/vta.; 60, 61; el informe médico de fs. 11/16; y los informes psicológicos de fs. 28/31 vta. y fs. 104/105 y vta.

En el caso, destaco la declaración brindada por A.R. en sede de la Fiscalía (fs. 38/40 y vta.), quien relata las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos. En especial, que fue abusada desde los 13 años por el encausado, siendo la primera vez en la cama de su dormitorio en su casa a la hora de la siesta, cuando no se encontraba nadie en la vivienda, y en esa oportunidad la tocó por debajo de la ropa y le introdujo los dedos en la vagina; que se despertó y advirtió que quien la tocaba era el imputado, quien pese a darse cuenta que se había despertado, prosiguió con su conducta.

Sigue relatando que los tocamientos se producían a la mañana temprano cuando R.D.A. la despertaba para ir a la escuela, y que ello transcurrió por un lapso de dos años, hasta que su madre realizó la denuncia penal; que durante ese tiempo el encausado vivía junto a su progenitoria- J.C.- y su hermana menor en el domicilio de calle Chiclana nro. - de esta ciudad.

Describe que "...R.D.A. se metía en mi dormitorio, cuando estaban todos durmiendo, o cuando no había nadie, porque mi mamá se iba a trabajar o mi hermanita menor E. estaba en la escuela o en gimnasia. Yo iba a la escuela a la mañana, en la escuela 301, mi madre trabajaba como policía en Chile al -, desde las 8 a las 12 y luego hacia guardias de noche, desde las 17 horas hasta las 8 de la mañana, y en ese tiempo, mi hermana y yo nos quedábamos al cuidado de R.D.A.. Y así aprovechaba y dos o tres veces también en el dormitorio matrimonial, porque yo por allí lo iba a saludar cuando me iba a acostar y el me agarraba y me metía en la cama, nunca me desnudó completamente, pero si me sacaba los pantalones y la bombacha y me manoseaba todo el cuerpo y me besaba en la vagina, y una de la últimas veces me beso en la boca. Una vez también me hizo tocarme los genitales, me llevaba la mano, yo no quería, trataba de sacar la mano, pero él me forzaba y me

hacía tocarlo... Nunca se masturbó ni hubo penetración, solo me manoseaba y me hacía sexo oral él a mi...".

La declaración de la víctima se vuelve así un medio de convicción de singular importancia, en particular en esta clase de delitos que ocurren a la "sombra"; sin embargo tales manifestaciones no se encuentran huérfanas, sino que por el contrario se encuentran corroboradas por prueba testimonial y pericias psicológicas que, objetivan sus dichos.

A fs. 17 y vta., presta declaración testimonial I.S.R. -padre de la víctima-, quien manifiesta que el día 9 de abril de 2016, su hija A.R. le contó que el encausado "...había tocado sus partes íntimas varias veces, que en una oportunidad se metió a su cama y comenzó a manosearla...".

J.C. -madre de la joven- denunció a fs. 2/4, que su ex esposo I.S.R., le comunicó que su hija A.R. había sido abusada por el imputado, y que al preguntarle a su hija respecto de esta situación, aquélla le respondió que "...cuando la dicente se iba para su trabajo, R.D.A. aprovechaba para ir al dormitorio y la despertaba "tocándole la parte de abajo", y que la última vez, había sido el lunes 8 corriente en horas de la mañana, sin poder especificarle un horario puntual. Que A.R. también le dijo que los tocamientos los había hecho por debajo de su bombacha, y que esto venía sucediendo desde hacia dos años a la fecha...".

Que en la declaración testimonial prestada por la Sra. J.C. a fs. 162/165, manifestó que le preguntó a su hija qué le había hecho el encausado, y que la joven le manifestó que "...que le había metido las manos abajo de su ropa interior y que bueno que había veces que le hizo sexo oral, le pregunte si sabía que era eso y me dijo que "si, mamá me chupaba abajo", le pregunte porque no gritaba porque no dijo nada y me dijo que "no, que se quedaba quieta, se hacía la dormida". Le pregunte si le mostró el pene, si se lo hizo tocar y me dijo que una vez se lo hizo tocar, que no lo vio porque cerraba los ojos porque se sentía incomoda...".

Además, B.R. (fs. 18 y vta.), B.A.A.E.(fs. 60) y M.E.D. (fs. 61) efectúan un relato acorde con la versión de los hechos que les contó la víctima.

Deben computarse los informes psicológicos realizados por la Lic. María Laura Quegles a fs. 28/31 y a fs. 104/105, quien dictaminó en el primer informe que la joven presentó sintomatología compatible con stress postraumático y que no surgen datos respecto a una tendencia a fabular.

Resulta complementario el informe de fs. 104/105, donde dictamina que la joven A.R. explicitó las conductas sexuales y detalles de lo vivido, y especialmente que "...el aprovechamiento de la situación por parte de un adulto, siempre resulta atendible dado que la asimetría del vínculo cuenta al momento de lograr ciertos acercamiento. De acuerdo a lo referido por A.R., estas situaciones fueron vivenciadas como traumáticas, debido a que no eran consentidas por ellas, destacando que pudo aliviarse al momento de comunicar los hechos denunciados en la presente...".

No advirtiendo la profesional (en las dos entrevistas mantenidas con la víctima) en el relato fabulación, resultando su discurso coherente. Ello permitiría concluir que el mismo ha sido veraz.

De otro lado, no rige en el actual ordenamiento adjetivo, la regla "testis unus testis nullus", por lo que la declaración de un único testigo, podrá generar la convicción suficiente en el ánimo del juzgador, en la medida que sus dichos se apoyen , como en el caso, en otros medios convictivos que refuerzan la credibilidad de ese único testimonio.

Complementan el plexo cargoso, el informe médico de fs. 11/16, donde el Dr. Christian Cobian, dictamina que no hubo penetración, y que de acuerdo a lo manifestado por la víctima se habría tratado de manoseos y sexo oral.

Ahora bien. Trataré los cuestionamientos efectuados por el Sr. Defensor particular.

Considero que los interrogantes que efectúa el Sr. Defensor, respecto a la relación que mantenía el imputado con la Sra. J.C. -mamá de la víctima- o el ánimo de la menor hacia el imputado, no encuentra respaldo probatorio en esta causa, por lo que sus manifestaciones resultan conjeturas que no permiten mutar el cúmulo de elementos de convicción reunidos en este estadio procesal para elevar la causa a juicio.

De otro lado, no encuentro vulnerada la garantía de la defensa en juicio, desde que la inviolabilidad de la misma consiste en otorgar al imputado la oportunidad de ser oído y de encontrarse en condiciones de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades establecidas por las leyes procesales (cfr. C.S.J.N., Fallos 165:290; 180:148 y 381; 183:68 y 296; 187:352; 193:408), dándosele la oportunidad de demostrar los hechos conducentes a su defensa (C.S.J.N., Fallos 216:58).

Conforme lo dispone el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires "...dicha garantía constitucional no impone que el acusado deba ser oído y tenga el derecho de alegar y producir su prueba en cualquier momento y sin ninguna restricción formal; confiere solamente un derecho cuyo ejercicio debe ser reglamentado, a fin de hacerlo compatible con el derecho análogo de las demás partes y con el interés social de obtener una justicia eficaz (cfr. C.S.J.N., Fallos 185:282; 211:1533).

Por lo tanto, el derecho constitucional de la defensa de proponer y producir prueba no es absoluto, sino que se encuentra sometido a los límites impuestos tanto por las respectivas leyes procesales como por la finalidad de asegurar el buen orden de los procesos..." Sala II -integración anterior- Causa N° 14.906, caratulada "M., R. E. s/ recurso de casación" del 23/10/2007.

Siguiendo ese norte, la pretensión defensiva relativa a que la imposibilidad de haber llevado a cabo una medida probatoria propuesta por esa parte

-que declare la víctima nuevamente-, no determina de por sí la vulneración de la garantía en trato, en la medida en que no se ha demostrado, ni surge de las constancias obrantes en autos, que tal imposibilidad haya sido consecuencia de una actuación arbitraria o irrazonable.

Por otra parte, el artículo 74 de la ley 14.442, dispone que "...Durante la investigación penal preparatoria se atenderá al principio de economía procesal en la recolección de pruebas, pudiéndose prescindir de la instrumentación de aquellas que se consideren innecesarias para requerir la elevación a juicio....".

Dicho de otra manera, es el Agente Fiscal quien ejerce la persecución penal, realiza la investigación penal preparatoria (arts. 266 y cctes.), y determina qué medios de convicción recolecta para elevar la causa a juicio oral; y si omite producir o se encuentra pendiente prueba (siempre que no afecte derechos del sujeto pasivo de imputación penal), asume el riesgo del dictado de un sobreseimiento (art. 334 y cctes. y 323 del Código Procesal Penal) o el rechazo de la requisitoria (si no logra el grado de probabilidad positiva), lo que en este caso no aparece como viable, máxime cuando la víctima declarará en el juicio oral y público, momento procesal oportuno donde la defensa podrá ejercer el derecho de preguntar y examinar a la testigo.

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, J.C. (fs. 2/4 y 162/165), 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 durante el transcurso de dos años.

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 practicarle sexo oral y el tercero hacerse tocar el pene.

Ese relato, según mi opinión, se corresponde sustancialmente con lo expuesto por la propia menor, quien a fs. 38/40 aporta otros pormenores de las distintas situaciones sobre los hechos denunciados, exponiendo que cuando estaba dormida el imputado le introdujo los dedos en la vagina; ingresaba a su dormitorio cuando estaban todos dormidos o no había nadie en la casa y le sacaba los pantalones y la bombacha, y la besaba en todo el cuerpo; le llevaba la mano e hizo tocarle los genitales.

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, 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 dos años y la situación de convivencia del encausado en el domicilio en que residía la menor, resulta un claro indicador que permite incluir el actuar del prevenido dentro de la figura más gravosa.

Por las razones apuntadas, encontrándose a esta altura, acreditada "prima facie" la autoría penalmente responsable y la materialidad de los ilícitos que se investigan, propongo al acuerdo rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Defensor particular (art. 421, 434, 435, 442 y ccots. del Rito), confirmar la resolución recurrida en lo que fue materia de agravio, y elevar la causa a la instancia de debate oral y público.

Así lo voto.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Adhiero por sus fundamentos al voto del Doctor Soumoulou, haciéndolo en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde rechazar el recurso de apelación de fs. 389/397 y vta.; y en consecuencia, confirmar la resolución recurrida de fs. 360/384.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Adhiero al voto emitido por el Doctor Soumoulou.

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

R E S O L U C I Ó N

Bahía Blanca, Mayo 15 de 2.018.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que es justa la resolución apelada de fs. 360/384.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, éste **TRIBUNAL, RESUELVE:** No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 389/397 y vta. y, en consecuencia **CONFIRMAR** la resolución de fs. 360/384. (arts. 209, 210, 334 a 337, 439, 440 y 442 del C.P.P.).

Notificar al Sr. Defensor particular -Doctor Fabrisio González- mediante cédula electrónica, y por oficio al Sr. Fiscal General Departamental. Hecho remitir sin más trámite a la instancia de origen donde deberá anoticiarse al justiciable.