

**Expediente IPP dieciséis mil cuatrocientos ochenta y dos.**

**Número de Orden:**\_\_\_\_\_

**Libro de Interlocutorias n°**\_\_\_\_\_

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los diecinueve días del mes de Febrero 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 Pablo Hernán Soumoulou, Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Ángel Barbieri**, para dictar resolución en la causa I.P.P. N° 16.482/I: "**L.S. s/ abuso sexual. Víctima o denunciante: L.R.,E.L.**", y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la n° 12060), resulta que la votación debe tener este orden **Soumoulou, Barbieri y Giambelluca**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

### **C U E S T I O N E S**

**1ra.) ¿Es justa la resolución apelada?**

**2da.)¿Que pronunciamiento corresponde dictar?**

### **V O T A C I Ó N**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:**

La resolución de fs. 92/97 y vta. dictada por la Titular del Juzgado de Garantías nro. 1 Departamental, Doctora Gilda Stemphelet, no hizo lugar al sobreseimiento peticionado por la defensa particular en favor del imputado L.S. en orden al

delito de abuso sexual simple en los términos del art. 119 primer párrafo del Código Penal, y elevó la causa a juicio.

Contra dicho pronunciamiento, interpuso recurso de apelación el Señor Defensor Particular -Doctor Juan Ignacio Vitalini- a fs. 104/105 y vta.

El recurrente cuestiona el valor probatorio otorgado por el A Quo a los informes psiquiátricos y psicológicos; expresando que el dictamen de fs. 28/30 no cumple con los requisitos mínimos para que sea considerado una pericia, siendo un informe con opiniones subjetivas; y denuncia además, que no fue debidamente notificado para su contralor, por lo que solicita su nulidad.

Como segundo agravio, explica lo manifestado por su asistido al declarar en los términos del artículo 308 del C.P.P., indicando que la Sra. Juez A Quo ha interpretado erróneamente su exposición.

Refiere que el hecho sucedió en un supermercado, donde concurren numerosas personas, que pudieron ver o filmar el hecho, y sólo se cuenta con la declaración de la víctima y una pericia, concluyendo que la denuncia se trató de una venganza por un problema laboral.

Solicita en consecuencia que se revoque la resolución en crisis, y se absuelva a su pupilo.

Adelanto desde ahora que, en mi opinión, el recurso interpuesto ha de prosperar, aunque con un alcance distinto al requerido por el Señor Defensor.

Se imputa a L.S. "tocarle la cola" a E.L.R.L. en el autoservicio "San José" de calle San José N° - de la ciudad de Bahía Blanca, donde trabajaba como cajera, entre los meses de marzo y mayo de 2017.

Como elementos de cargo se cuenta con la denuncia realizada el día 1ero. de mayo del año 2017, a las 2:10 horas, por E.L.L.R. a fs. 6/7, quien manifestó que trabajaba en el autoservicio "San José" como cajera en el horario de 17:30 a 21:30 horas, donde cumple funciones de encargado el imputado -L.S.-. Que no recuerda la fecha exacta, pero cuando su patrón se había ido de vacaciones, el imputado comenzó a decirle frases obscenas; la miraba sobre el escote; intentó tocarle los senos por encima de la ropa; le realizaba ademanes con el fin de tocarla, sin que ella lo permitiera; le habría manifestado sus intenciones de llevarla a un hotel, y de besarla.

Sigue relatando "...que este a su vez le ha palmado con la mano en la cola a la misma por encima de la ropa refiriendo en ese momento textual: "mosca, mosca", aludiendo este con el accionar de que habrían moscas en el lugar y que las estaría matando..." (fs. 6vta.).

Por otra parte, en sede de la Fiscalía, la Srita. E.L.L.R. ratificó lo denunciado, y amplió que "...yo estaba en la caja y él estaba del otro lado de la caja... se acercaba... se inclinaba hacia mí y me hacía como un ademán de tocarme los pechos... yo le tenía que decir siempre que se deje de joder... nunca me llegó a tocar... una vez me tocó la cola y me decía "mosca, mosca"... pero más de eso no...".

A fs. 11 y vta., se encuentra agregada la declaración testimonial de S.B.R. - novia de la víctima- quien tomó conocimiento de los hechos por el relato efectuado la denunciante, realizando su deposición en similares términos.

El plexo cargoso se completa con el informe médico de fs. 14/20, que reproduce lo denunciado por la Sra. E.L.L.R.; y el informe psicológico de fs. 28/30, que dictamina que no posee una personalidad fabuladora.

El racconto efectuado me permite concluir que los elementos de convicción reunidos hasta el momento no ha podido -a esta altura del trámite-, acreditar con el grado de probabilidad positiva que requiere la ocasión, el ilícito denunciado.

Digo ello, pues más allá de lo expresado por la Sra. E.L.L.R. en su denuncia de fs. 6/7 y en sede de la Fiscalía a fs. 49 y vta., los demás elementos de convicción tan sólo replican los hechos relatados por la víctima.

Así, la Srita. S.B.R. tomó conocimiento de los hechos por lo que le transmitió su novia, reproduciendo en su declaración aquello que le contó la denunciante. Destaco además que al declarar en la Fiscalía, la víctima puntualizó que "...Hay una señora que se enojó con él... lo vió ...Esa señora sabía todo (Chequea en su celular para ver si tiene el número de la señora, refiriendo que no lo tiene y que desconoce el nombre)... los vecinos también sabían... no sé si lo vieron... pero que no quieren saber nada de todo esto... Después también está el repositor que estaba conmigo pero no quiere saber nada tampoco... él se fue cuando me fui yo (D., tel: -)... hay una chica que trabajaba en Láinez que le hizo lo mismo,

pero yo hable con ella y no quiere saber nada (no recordando el nombre pero aportando teléfono de la hermana de esa chica (-, no recordando el nombre)...".

Los datos arrojados a la instrucción por la damnificada en esa oportunidad no fueron objeto de investigación, circunstancia que permitiría en su caso corroborar los dichos de la víctima, siendo que el hecho habría sucedido en un lugar con acceso al público, donde no solo se encuentran otros empleados -el caso del repositor citado por la señora E.L.L.R.- sino también clientes del comercio, amén de que tampoco se constató la existencia o no de cámaras de filmaciones en el local, entre otras medidas no cumplimentadas.

Como lo he sostenido en anteriores pronunciamientos no rige en nuestro derecho procesal actual la regla "testis unus, testis nullus", por lo que el testimonio de un único testigo resulta válido, siempre que se comparezca con el resto de los elementos de convicción reunidos en la causa, circunstancia que no sucede en este caso.

No es el caso de autos, donde la imputación se pretende acreditar con la huérfana declaración de la víctima.

Las diligencias probatorias omitidas podrían aportar tal vez nuevos elementos de convicción que permitan alcanzar la probabilidad positiva requerida en la ocasión, por lo que no encontrándose vencidos los plazos de la investigación corresponde reenviar las actuaciones a la instancia de grado a sus efectos.

A fin de justificar claramente los efectos de la presente resolución, traigo a colación lo resuelto por este Cuerpo en la causa n° 9615/I "Berth" del 10/08/12, la que con voto del Dr. Barbieri, se sostuvo la solución que hoy propicio al

presente. Allí se dijo: "...debo aclarar en primer término que el Código de Procedimiento Penal de este Estado, al instituir en su título VI el denominado control de la imputación -o etapa intermedia por encontrarse ubicada entre la investigación penal preparatoria y el juicio-, establece que una de las principales funciones que debe realizar el Juez de Garantías o Cámara de Apelaciones es evitar que lleguen a plenario causas que impliquen un dispendio de actividad jurisdiccional.

Así la justificación política de esta etapa es la de prevenir la realización de juicios mal provocados por acusaciones que posean defectos (control formal), o se encuentren insuficientemente fundadas (control material).

El artículo 337 del C.P.P. establece que "...el Juez de Garantías resolverá la oposición en el término de cinco días. Si no le hiciere lugar, dispondrá por auto la elevación de la causa a juicio. El auto deberá ajustarse a lo dispuesto en el art. 157. De igual modo procederá si aceptase el cambio de calificación propuesto por la defensa..." (primer párrafo) agregando: "...cuando no se hubiere deducido oposición, el expediente será remitido por simple decreto al tribunal de juicio o juez correccional en su caso..." (tercer párrafo).

No hay dificultad interpretativa de la normativa procesal en lo tocante al párrafo tercero, pues ese control es a pedido de parte, salvo causales de nulidad (control formal), claro está.

Distinta es la solución cuando hubiere oposición de la defensa.

Cafferata Nores explica que la "...ley subordina el dictado de las decisiones judiciales que determinan el inicio o avance o conclusión del proceso, a la

conurrencia de determinados estados intelectuales del juez (órgano judicial) en relación con la verdad que se pretende descubrir..." (cfr. "La Prueba en el Proceso Penal", 3era. Edición. Editorial Depalma, pág. 9); digo así que el grado de convicción requerido en el juzgador para sortear la etapa intermedia –que se ha denominado comúnmente grado de 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.

Entiendo que en el caso de autos no existen medios de convicción suficientes para arribar a dicho grado de probabilidad sobre la materialidad delictiva y la intervención del encausado en el hecho materia de acusación. Pero tampoco - como lo referí ut supra- podría sostenerse razonablemente que nos encontremos con alguno de los supuestos normados por el art. 323 del C.P.P. como para dictar el sobreseimiento del imputado.

En este sentido, la situación procesal de Perez Monteyro, sobre la que considero que no existen –a esta altura- elementos suficientes para arribar al grado de convicción necesario para elevar la causa a juicio, podría –prima facie- corresponderse con el inc. 6to. del art. 323 del C.P.P. que expresamente prescribe esta falta de probabilidad positiva –contracara del art. 157- como uno de los requisitos necesarios para sobreseer.

Se sostuvo en aquélla oportunidad que "ese inciso establece otros dos requisitos que deben cumplirse para que se pueda producir la consecuencia conclusiva allí establecida; y el primero –plenamente objetivo- es que los plazos de la I.P.P. se

encuentren vencidos, circunstancia que no se da en esta causa, por lo que el sobreseimiento no procede."

Pero a su vez, no podría elevarse la causa a juicio ya que –con la prueba reunida– en mi opinión no existen elementos de convicción suficientes sobre la existencia del hecho como para pasar a esa etapa procesal (art. 157 C.P.P.).

De allí que la interpretación armónica de los artículos citados conlleva a la siguiente consecuencia: en los supuestos en que no se hubieran agotado dichos plazos procesales y tampoco se hubiera formado en el juzgador la convicción necesaria para pasar a la siguiente etapa procesal, debe procederse al "rechazo" de la requisitoria y la remisión de la investigación a los fines que se estimaren corresponder (cual sería por la Fiscalía la búsqueda de nuevos medios de convicción que permitieran arribar a esa probabilidad positiva jurisdiccional o peticionar el sobreseimiento en caso contrario).

En ese sentido se pronunció la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Isidro -Sala III- en las causas: 23.360 "Hyland Harold S. s/ apelación auto de elevación a juicio" de abril de 2007; 25.101 del 29/12/2008; 27.115 caratulada "Ayala, Raúl Bernardo s/ elevación a juicio" de junio de 2011.

Esta situación genera para el sistema el beneficio de evitar la elevación a juicio de investigaciones donde no se ha logrado el grado de conocimiento suficiente, y para el imputado el beneficio de obtener en un plazo razonable un pronunciamiento (art. 8.1 de C.A.D.H., 14.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) respetando su



derecho a peticionar el sobreseimiento en "esta etapa", ya que el propio legislador lo considera excepcional una vez elevadas las actuaciones tal la normativa del art. 341 del Rito.

También en el mismo sentido se puede ver en doctrina "Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires", Héctor M. Granillo Fernández y Gustavo A. Herbel; Tomo II, 2da. Edic. Actual. y Ampl., págs. 203 y sgtes."

Se aclara que la remisión que debería efectuarse no puede indicar ni marcar el camino que debe seguir la instrucción; es decir, no debe precisarse qué prueba resulta necesaria ni cómo se debe producir la misma; pero sí es un claro indicador de que "en estas condiciones" no se puede continuar el camino hacia el juicio oral.

Existiendo plazo instructorio, arribar al grado de probabilidad positiva requerido por el art. 157 o a la certeza negativa (forma genérica para denominar los estados de convicción correspondientes a los diversos incisos del art. 323 del C.P.P.) aparecen como extremos posibles y con consecuencias plausibles que lograr. Diferente situación se sucedería en caso de que los plazos estuvieran vencidos..."

En autos aún existe plazo de instrucción, pues la requisitoria fiscal de fs. 79/81 fue presentada el 31/01/2.018, y teniendo en cuenta que el imputado prestó declaración en los términos del art. 308 del C.P.P. el día 17/11/2.017 (fs. 68/69), la Fiscalía aún cuenta con tiempo necesario a los fines antedichos.

Por todo lo expuesto concluyo que debe hacerse lugar al recurso interpuesto (art. 421, 434, 435, 442 y ccdts. del Rito), revocarse la resolución recurrida y

rechazarse la requisitoria fiscal en los términos que viene efectuada (arts. 336, 337 y 157 inc. 3ero. a "contrario sensu" del C.P.P.), debiéndose remitir la investigación a la Fiscalía de intervención a los fines que estime corresponder (arts. 106, 157, 334 a 337 y ccdds. del Código Procesal Penal).

Con este alcance, voto por la negativa.

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

Analizados los agravios, el contenido de la resolución y el voto que abre este acuerdo, anticipo que voy a disentir con la opinión emitida por mi colega preopinante, en tanto considero que existen elementos de convicción suficientes para disponer la elevación a juicio de la presente investigación.

En ese sentido, considero que la materialidad ilícita está debidamente acreditada con lo que surge del testimonio de la víctima, quien declaró que el imputado la habría tocado en la cola, sobre su pantalón, mientras decía "...mosca, mosca..." simulando estar ahuyentando insectos, con el fin de justificar los tocamientos.

La nombrada relató que, incluso, el procesado le ha dicho cosas obscenas como "...vos y yo arriba toda la noche yo despacito...", la ha mirado por sobre el escote, y le ha manifestado sus intenciones de llevarla a un hotel y besarla, y que intentó tocarle los senos por encima de la ropa y besarla en la boca, lo que nunca logró. A su vez, agregó que en una oportunidad cuando su novia S.B.R. se presentó en el comercio para solicitar trabajo, el imputado les dijo "...ustedes dos yo arriba toda la noche..." y "...ustedes besos yo fotos..."; todo lo que fuera reproducido en su relato en sede del ministerio público fiscal a fs. 49/50 (versión consistente con la declarada en su denuncia).

Estas situaciones fueron referidas también por la novia de la víctima, a fs. 11 y vta., quien -si bien no presenció el momento de los tocamientos-, corroboró lo manifestado respecto de las persistentes manifestaciones de tinte sexual, narrando que en varias oportunidades el imputado le ha preguntado -cuando concurre al comercio a buscar a la denunciante-, si ambas duermen juntas y si lo hacen con ropa o sin ropa, o que le ha manifestado "...arriba los tres..." y sus intenciones de sacarles fotos, habiendo expresado -textualmente-, "...ustedes besos yo foto...".

La coherencia en los datos aportados en la declaración de esta testigo, aun cuando ella no ha presenciado los tocamientos denunciados, refuerzan la credibilidad que corresponde reconocerle a la denunciante y, a su vez, constituye un elemento que respalda los dichos de la víctima en relación al hecho concreto que es materia de imputación, en tanto declaró que, por relatos de su pareja, supo que el procesado "...se le ha insinuado a E., como así también que a internado tocarle los pechos, hasta que llego a palmearle la cola, ante lo cual E. hizo la denuncia...".

La fuerza probatoria de la declaración de la víctima, se ve apuntalada, también, por lo que surge del informe psicológico -de fs. 29- en lo que se da cuenta de que sus referencias coinciden con los datos del expediente y que presenta secuelas compatibles con vivencias como las relatadas, como: rechazo al contacto más personal con varones y gente que no conoce; enojo e impotencia y las referencias al "...miedo que sintió cuando el denunciado no la dejaba salir del supermercado...".

Todo ello abona la solidez que posee el plexo probatorio reunido y que resulta suficiente para satisfacer el estándar probatorio requerido por el legislador para elevar la causa a juicio.

Si bien, tal como se señala en el voto que abre este acuerdo, existen datos sobre posibles evidencias y testimonios que podrían recabarse y que dotarían de mayor fuerza al conjunto de medios de convicción reunidos por la acusación, ello no afecta la solidez que -a esta altura- poseen los colectados y que justificarían la realización del debate oral.

Por lo expuesto, voto por la afirmativa.

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

Adhiero al voto emitido por el Dr. Barbieri.

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

Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde -por mayoría de opiniones- rechazar el recurso de apelación de fs. 104/105 y vta.; y en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 92/97 y vta. (arts. 334 a 337 y ccmts. del Código Procesal Penal).

Así lo voto.

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

Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Soumoulou y sufragó en ese sentido.

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

Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Soumoulou.

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

## RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, Febrero 19 de 2.019.

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

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede: **ESTE TRIBUNAL, RESUELVE:** no hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Señor Defensor particular -Dr. Juan Ignacio Vitalini-a fs. 104/105 y vta.; y en consecuencia **CONFIRMAR** la resolución apelada de fs. 92/97 y vta. (arts. 334 a 337, 439 y ccmts. del Código Procesal Penal).

Notificar a la Fiscalía General Departamental y al Sr. Defensor particular.

Hecho remitir a la instancia de origen quien deberá anotar al justiciable.