

Expediente I.P.P. Nro. diecisiete mil quinientos cuarenta y cinco.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutoria Nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los once días del mes de Julio del año dos mil diecinueve, 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 Ángel Barbieri (art. 440 del Código Procesal Penal), para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. Nro. 17.545/I: "INCIDENTE DE APELACIÓN. IMPUTADO: T. (I.P.P. NRO. 02-00-007206-17"**, y practicado el 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, resultó que debe seguirse este orden de votación **Barbieri y Soumoulou**, resolviendo plantear y sufragar 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: A fs. 1/6 interpone recurso de apelación el señor Secretario de la Unidad de Defensa Nro. 1 Dptal -Dr. Martín David Daich-, contra la resolución de fs. 92/101 y vta., dictada por el Señor Juez a cargo del Juzgado de Garantías Nro. 2 -Dr. Guillermo Gastón Mercuri- que convirtió en prisión preventiva la

detención de T. en orden al delito de abuso sexual gravemente ultrajante reiterado en los términos del art. 119 segundo párrafo del C.P. en función del art. 55 del mismo Cuerpo Legal.

Cuestiona, en primer lugar, la prueba valorada para la acreditación del hecho materia de acusación, denunciando arbitrariedad por incompatibilidad con las constancias objetivas de la causa, al haberse construido la convicción jurisdiccional a partir del relato de la presunta víctima, las referencias efectuadas por sus padres y el informe psicológico practicado sobre la misma.

Puntualmente esgrimió, que la descripción del hecho contenida en los dichos del menor, resultaba contradictoria con el dictamen médico agregado, en el que no se evidenciaron lesiones, ni signos de presunto abuso; indicó que ello no se valoró en la resolución, ni se justificó por qué razón se consideraba que no aportaba elementos en favor del detenido. Agregó, que el Magistrado tampoco tuvo en cuenta la declaración del imputado negando el hecho, lo que sumado a la ausencia de ponderación del examen médico, se ponía en serias dudas la acusación, dejándola huérfana de prueba, quedando sostenida sólo sobre la base de la denuncia de la propia víctima.

Por otra parte, argumentó que no se acreditaron los peligros procesales con suficiencia; en primer término, porque se ponderó la pena en expectativa como parámetro válido y se omitió valorar prueba a partir de la cual se desprendía que su pupilo no eludiría la acción de la justicia, como por ejemplo las reiteradas notificaciones que se le hicieron en su domicilio respecto de las prohibiciones de acercamiento dictadas, como también de otras

diligencias procesales -Cámara Gesell, peritaje psicológico, informe socioambiental-, sin que se hubiera fugado.

Estimó que todo ello permitía presumir que su defendido no eludiría el accionar de la justicia; y que el reconocimiento de esas conductas permitían distinguirlo de aquéllos que no estaban a derecho.

En cuanto a las condiciones personales, agregó que según las constancias tenía arraigo, evidenciado en el informe socioambiental, era propietario del domicilio (en el que fue detenido) y de una fábrica de mosaicos familiar heredada de su abuelo, como también QUE cumplía regularmente con la cuota alimentaria de sus hijas. Finalmente, remarcó que la causa estuvo paralizada durante varios períodos, por lo que la actual privación de la libertad resultaba extemporánea.

Solicitó revocación y la inmediata libertad del causante.

Analizadas las constancias de la presente incidencia y la de los autos principales, que tuve a la vista, propondré al acuerdo la confirmación del resolutorio impugnado, toda vez que la probable comisión del hecho por parte de T. cuenta con elementos de convicción suficientes para sostenerse y ello respecto al ilícito de abuso sexual gravemente ultrajante reiterado, en los términos del artículo 119 párrafo 2do. del C.P. en función del art. 55 del mismo Cuerpo Legal.

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 el Magistrado de Grado expuso detalladamente los medios de convicción seleccionados para formar su

convicción sobre la acreditación de los hechos imputados, la participación del justiciable y las razones por las que correspondía la calificación legal atribuida, como también los elementos probatorios para demostrar la existencia del peligro procesal de fuga.

A diferencia de lo alegado por el recurrente, y como ha valorado el Juez de Grado a fs. 92/100, el testimonio del joven víctima resulta un elemento de singular importancia, ya que si bien no habrían existido testigos presenciales de los eventos que ha dado cuenta, ello no afecta el peso que debe asignarse a sus referencias, desde que hay otros medios de convicción que las complementan.

Especialmente, entiendo que la forma en que el joven se exployó sobre los hechos (después de haber visto el CD con la testimonial recibida en Cámara Gesell), mas la clara sindicación efectuada sobre el detenido, y la coherencia que ha mantenido su relato en las diversas oportunidades en las que narrara sus vivencias (tanto ante sus padres, y los profesionales que lo asistieron), dotan a su testimonio de una relevante fiabilidad.

Así, el contenido del testimonio prestado por el joven A., en los términos del artículo 102 bis del C.P.P. -bajo la modalidad de Cámara Gesell (fs. 83 y transcripción de fs. 173/181)-, se advierte claro, coherente y suficientemente circunstanciado, en tanto delimita el tiempo, espacio y modo en los que ocurrieron los tres hechos imputados: mientras hacía su tarea de inglés en su casa, cuando jugaba a la Play 2 en lo de su abuela, y la navidad de 2015 en el auto del justiciable; sindicándolo -en todo momento- como "...el enfermo...", "...el que hizo esas cosas se llama T...", "el esposo de mi tía",

"...vive en Bahía...", "...no me sale otra forma de decirle, o sea no sé si decirle degenerado, T. o enfermo...".

Este relato presenta absoluta concordancia con las referencias formuladas por sus padres L. y C., en la denuncia que da inicio a las actuaciones a partir de las referencias realizadas por la víctima, luego de una charla informativa sobre educación sexual en la escuela, en la que reconoció haber sufrido situaciones de abuso por parte de su tío T.. Tales términos se mantienen y detallan cuando ambos prestan (por separado) declaraciones testimoniales en sede judicial.

Lo expuesto tiene también coincidencia con el informe psicopedagógico elaborado por la Licenciada Marcela Patricia Moreno, y el psicológico practicado por la Licenciada Bárbara Rigoni Lescano (fs. 1/9 y 64/65 y 66 y vta., todas constancias de las principales).

Y posee concordancia con la Pericia Psicológica realizada por el Licenciado del Cuerpo Técnico Auxiliar del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil (C.T.A.), Licenciado Daniel Enrique Canosa, quien luego de confirmar que el joven evidenciaba un síndrome disatencional (con hiperactividad y retraso madurativo), ilustra que "el joven logra desplegar un relato de los hechos...., respetando cierta cronología, ... a pesar de lo ya citado ... conservó una conducta lúcida y ubicada en la espacialidad que lo convoca con una voluntad espontánea de poner en palabras aquello que motivó su presencia. A. refiere haber advertido la inadecuación de la experiencia sufrida a partir de la presentación en el ámbito escolar de una ONG llamada "involucrate"...".

Concluyó que el relato del joven "...fue descriptivo, lineal, con un lenguaje simple y una estructura lógica, despojada de contradicciones, pudiendo precisar interacción con el presunto agresor. En entrevistas no se advierten características de fabulación... presentaría signos de stress postraumático... refiere no olvidarse de lo sucedido (tanto en su vida diurna como en sueños diurnos y nocturnos)... Se refiere al imputado como " el enfermo", con posterioridad a advertir la inadecuación de las experiencias traumática que dice haber vivido..." (la negrita me pertenece y la efectúo para destacar las coincidencias ya analizadas, las que adquieren aún más valor cargoso teniendo en cuenta el retraso madurativo que padece el niño damnificado).

Las otras dos profesionales que asistieron al menor dentro del marco del ámbito escolar -Bárbara Rigoni Lascano y Marcela Patricia Moreno-, dejan constancia (en forma coincidente con las apreciaciones de la pericia psicológica), que según cuenta el joven, su tío en ocasiones le introducía el dedo en la cola y le hacía referencia a sus partes íntimas (fs. 63 y vta. y 97 y vta., de las principales).

De lo expuesto queda acreditado que las referencias del menor (efectuadas en la fiscalía con el sistema de Cámara Gesell) no se encuentran "huérfanas" como señala la defensa, siendo que su relato posee correspondencia -sin grietas ni alteraciones- con lo que le dijo a sus padres, a la psicopedagoga y a la psicóloga que lo asistieron en la escuela y al Perito de la C.T.A.

Por ello la prueba citada por el Magistrado resulta suficiente para tener por acreditada la materialidad ilícita y la participación de T., de modo que la trascendencia o valor convictivo que pretende asignarle la defensa al informe médico realizado al joven, al que denomina "única prueba objetiva", no es tal; siendo que también debe relativizarse la inexistencia de lesiones en el orificio anal del menor por el plazo temporal desde que acaecieron los ataques, y por la naturaleza de esos los mismos y lo relativamente complaciente de ese esfínter.

Tampoco advierto constancia alguna que por el momento, permita sostener la hipótesis de los hechos en la dirección pretendida por la defensa, más allá de la negativa genérica de los hechos manifestada por el imputado en oportunidad de formular descargo en la audiencia prevista en el artículo 308 del C.P.P. (fs. 217/218 y vta. de la principal), y la excusa respecto al tamaño de sus manos -y sus dedos-, como imposibilitante para la realización de la acción señalada por el joven, ya que esa versión ensayada no es excluyente de la ocurrencia de los eventos narrados por el menor, ni merma su valor convictivo.

Por lo demás la negativa de T. (sin justificación alguna) a participar de la pericia psicológica en la Asesoría Pericial Dptal., impidió reforzar su hipótesis de descargo.

En virtud de lo expuesto, comparto la apreciación del Juez de Grado, respecto de que, a la luz de las características de los hechos intimados, la calificación jurídica que -prima facie- cabe asignarles es la de abuso sexual gravemente ultrajante, contemplado en el artículo 119, segundo párrafo, del

Código Penal, en forma reiterada (art. 55 del mismo Cuerpo Legal), desde que las conductas descriptas por su caracterización y por su reiteración en el tiempo (introducción de los dedos en el ano, el requerimiento de práctica de sexo oral y tomar la mano para la masturbación), resultan ser un sometimiento gravemente ultrajante (alejándose de la figura simple).

El Tribunal de Casación Provincial tiene resuelto que "...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..." (T.C.P.B.A., Sala II, Causa Nro. 34.797, del 5/5/09).

Por otra parte el mantenimiento de las conductas antes descriptas, el aprovechamiento del vínculo de confianza que lo unía con el menor- sobrino político-, máxime teniendo en cuenta que por sus características la víctima resultaba aún más vulnerable, son todos indicadores para mantener la figura legal ya individualizada.

En cuanto a los peligros procesales cuya existencia cuestiona el recurrente, entiendo acertada la valoración realizada por el A Quo, al considerar que se verifican en el caso, en consonancia con lo que establece el artículo 157 inciso 4to., en función del artículo 171 y 148 del Código Procesal Penal, por lo tanto no advierto la posibilidad de otra medida menos gravosa a imponer que la prisión preventiva en Unidades Carcelarias de esta Provincia. La magnitud de la pena en expectativa así como las características y gravedad del

hecho, son pautas válidas para merituar el peligro de fuga (artículo 148 del Código Procesal Penal).

En autos, de acuerdo a la calificación legal del hecho asignada por el Juez de Grado, la escala penal prevista para el delito parte de un mínimo de cuatro años de prisión, lo que implica que la probable pena a aplicar sea indefectiblemente de cumplimiento efectivo (Cfr. art. 26 y 119, segundo párrafo, del Código Penal), y con un máximo sumamente gravoso, dado que la figura prevé 10 años, pero en este caso además debe tenerse en cuenta el concurso real intimado.

A lo señalado, deben sumarse la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, tales como el aprovechamiento de la situación de mayor vulnerabilidad de la víctima, a tenor de su corta edad (entre 12 y 13 años) y la patología que padece -retraso madurativo y diagnóstico disatencional con hiperactividad-, como así también la reiteración con la que se habrían perpetrado los actos de abuso, y el aprovechamiento de la relación familiar que los vinculaba (Cfr. art. 148, primer párrafo, del Código Procesal Penal).

El criterio sostenido encuentra apoyo en lo resuelto por la Sala III del Tribunal de Casación Penal Provincial, en la Causa Nro. 45.285, en donde se señaló que: "...la pena en expectativa y la gravedad de los hechos endilgados, resultan ser parámetros válidos para desterrar la posibilidad de que la privación de la libertad se haya tornado ilegal o arbitraria, permitiendo presumir la existencia de peligros procesales (artículo 148 del Código Procesal Penal)..." (TC0003 LP 45285 RSD-742-11 S 15/06/2011). La misma Sala ha

sostenido en varias ocasiones que la pena en expectativa en función de la calificación asignada y las características del hecho abren paso a la existencia de peligros procesales (argumento del artículo 148 del ritual) (Cfr. Causas nro. 74.145, 74.544 y 77.676).

También la Sala IV del Tribunal de Casación Penal ha resuelto que: "...La legitimidad de la prisión preventiva, en el caso, encuentra razonable sustento en la calificación endilgada al encausado..., las características del hecho..., la pena en expectativa, la cual, en caso de recaer condena sería de cumplimiento efectivo, y la inexistencia de elementos en la causa que permitan neutralizar los referidos peligros procesales de fuga y/o entorpecimiento de la investigación. La situación expuesta cuadra en el marco del art. 148 del CPP..." (Causa Nro.75.294, de 28/04/16, "Cristaldi Luciano Daniel"). 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 a 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 fines 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.).

Respondo por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:

Adhiero por sus fundamentos al sufragio del Dr. Barbieri y respondo 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 SOUMOULOU, DICE:

Adhiero al sufragio del Dr. Barbieri.

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

R E S O L U C I Ó N

Bahía Blanca, Julio 11 de 2.019.

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. 1/6 por el Señor Secretario de la Defensoría Oficial, y en consecuencia **CONFIRMAR** la resolución de fs. 92/101 y vta., que convirtió en prisión preventiva la detención de T. en orden al delito de abuso sexual gravemente ultrajante reiterado en los términos del art. 119 segundo párrafo del C.P. en relación al art. 55 del C.P. (arts. 209, 210, 157, 158, 164, 439, 440 y 447 del Código Procesal Penal).

Notificar electrónicamente a la Fiscalía General Dptal. y remitir copia certificada a la U.F.I.J. de intervención para que se tome razón y se agregue a la causa principal.

Cumplido, devolver esta Incidencia al Juzgado de Garantías de Origen, donde se deberá anotar al causante y practicar las notificaciones correspondientes.