

**Expediente I.P.P. Nro. dieciocho mil trescientos sesenta y tres.**

**Número de Orden:**\_\_\_\_\_

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

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los 18 días del mes de abril del año dos mil veinte, el Señor Vicepresidente de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, **Doctor Gustavo Ángel Barbieri** (conforme lo dispuesto por el art. 2 de la Resolución 180/20 de la SCBA, registrada bajo nro. 13-20 de la Secretaría de Planificación de ese órgano, en relación a la resolución 386/20) en la I.P.P. 18.363/I caratulada "**P. s/ incidente de apelación**", atento la prevención informada a fs. 38, decide resolver las siguientes:

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

**1°) ¿ Es justa la resolución apelada ?**

**2°) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?**

### **F U N D A M E N T O S**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN DICE:** A fs. 1/6 interpone recurso de apelación el Sr. Defensor Particular del procesado -Dr. Matías Moya-, contra la resolución dictada por la Sra. Jueza del cuerpo de Magistrados Suplentes a cargo del Juzgado de Garantías nro. 1 con sede en Tres Arroyos -Dra. María Elena Baquedano, a fs. 7/25-, por la que dispuso la prisión preventiva del procesado.

Se agravia por considerar errónea la aplicación de las agravantes previstas en los incisos "b" y "f" del cuarto párrafo del art. 119 del C.P., dado que el imputado no resultaría "guardador" o "progenitor afín" o "conviviente" de la víctima, a la luz de la interpretación que de esos conceptos debe realizarse siguiendo el Código Civil y Comercial de la Nación.

Denuncia arbitraria valoración de la prueba, en tanto no se ha acreditado que hubieran existido violencias, amenazas o intimidación, siendo que la víctima ya había tenido 13 años al momento de los hechos, por lo que los eventos no constituirían el delito de abuso sexual, sino el normado en el art. 120 del C.P.

Agrega que no existen riesgos procesales que justifiquen la privación de la libertad, ya que el procesado posee domicilio en González Chávez y no tiene relación con ninguno de los testigos de la causa. Destaca que, aun sabiendo que no se había hecho lugar a la eximición de prisión interpuesta, su asistido permaneció en su domicilio, lo que indica la voluntad de estar a derecho. A su vez, que la investigación ya ha avanzado, por lo que no habría peligro de entorpecimiento probatorio.

Solicita por estas razones la revocación del auto apelado y el cambio de calificación legal.

Analizados los agravios y el contenido de la resolución apelada, adelanto que no haré lugar al recurso interpuesto, confirmando la decisión de la Sra. Jueza de Grado.

En lo que hace al tipo penal que debe considerarse aplicable, entiendo –tal como sostuve al resolver sobre la eximición de prisión de P.- que no asiste razón a la defensa.

En ese sentido surge con claridad de la declaración de la víctima que el proceder del imputado, no puede considerarse razonablemente un supuesto de aprovechamiento de la inmadurez de la víctima, sino un acontecer que fuera tolerado por el temor y el engaño desplegado por el accionar del sujeto activo (ante sus explícitas negativas).

Así, la víctima expresamente refirió que "...una tarde mi madre me dijo "P. quiere estar con vos", en ese momento no entendí que es lo que quería, pero le dije que no, y de igual manera mi madre me llevó hasta su habitación, viendo que P. estaba en la cama tapado con las cobijas y al destaparse estaba en calzoncillos, tomándome y llevándome a la cama junto a él... P. me agarró y mantuvo relaciones sexuales conmigo con acceso carnal, solo vaginal. Yo no hice

nada por miedo, no entendía lo que pasaba, no me defendí, sabía que estaba mal, pero creí que iba a ser solo esa vez....".

Ante las preguntas formuladas, respecto de la existencia de amenazas o agresiones físicas, respondió que no existieron, que "...simplemente dejó que pasara...", explicando la razón que guió su pasividad al momento del abuso: "...P. es una persona violenta y me daba miedo...".

Una situación similar se presenta en el segundo hecho de abuso que denuncia, que habría ocurrido en un camión, sobre el que relató que "...P. me dijo "tengo ganas", le dije que no, que no me molestara, pero él insistió, me llevó hasta la parte trasera del camión donde hay una cama y nuevamente mantuvo relaciones sexuales conmigo, donde no me defendí porque le tenía miedo ya que sabía que era violento, debido a que he visto muchas veces a mi mamá golpeada, ya que P. le pegaba...".

A la luz de lo relatado por la víctima, considero que no asiste razón a la defensa, resultando -a esta altura- razonable la subsunción de los hechos como abuso sexual, tal como lo resolviera la Sra. la Jueza de Grado.

En lo que hace a las críticas que dirige a la aplicación de los agravantes, entiendo que -más allá de que la investigación aun está en trámite y que ello permite la posibilidad sumar mayores elementos para dilucidar esos extremos- la relación que existía entre el imputado, la madre de la víctima y su hija, permiten considerar que -aun temporalmente y en forma episódica- la menor se halló bajo la guarda del agresor.

Destaco, en ese sentido, que la víctima narró que el segundo de los hechos ocurrió cuando estaban solos en un camión, siendo una menor de edad, que había subido al rodado para "...ir a buscar a sus hermanos al colegio...", sin que su mamá los acompañara, lo que da cuenta de la ausencia de "otro" adulto encargado de su cuidado y de las posibilidades que ello ofrecía al denunciado para llevar a cabo sus acciones, como también el vínculo que existía entre el mencionado, la víctima y su madre.

Ello evidencia el rol que -aun momentáneamente-, ocupaba P., lo que permite, prima facie, situar al procesado en una posición que debe considerarse como ejercicio de la guarda. Tal como ha sostenido la [S.C.BA.](#) "...La figura del encargado de la guarda de la víctima en los términos en que ha sido receptada en el art. 119 cuarto párrafo inc. "b" del Código Penal, se refiere a quienes, aún de manera momentánea, cuidan de la persona de aquélla, atendiendo a sus necesidades o ciertos aspectos de las mismas, como producto de la función que ocupan o en virtud de una situación de hecho, lo que los obliga a un especial deber de protección. De modo que, acreditada que sea la situación fáctica de la guarda, no es necesario sobreañadir a la mentada relación requisitos referidos a la calidad o permanencia del vínculo para su configuración formal..." (SCBA LP P. 126731 S 08/03/2017).

La guarda -en este caso- está dada por la situación fáctica en la que habrían ocurrido los hechos (al menos el segundo de los intimados) mientras el denunciado era el único adulto en el lugar, ya que esas circunstancias han constituido las condiciones apropiadas para que, aprovechando su rol -aun transitorio- atentara contra la libertad sexual de una menor de edad.

Sin perjuicio de lo expuesto sobre la aplicación de la agravante, y aun siguiendo la hipótesis de la defensa, destaco que sólo la calificación de los dos sucesos como abusos sexuales con acceso carnal en concurso real permiten estimar una pena en expectativa que tiene como mínimo seis (6) años de prisión y como máximo treinta (30) años, lo que impediría subsumir el caso en alguno de los supuestos previstos para la excarcelación ordinaria y justificaría, por ello, también, la prisión preventiva, tal como dispuso la Jueza de Grado.

Así, y en referencia al agravio vinculado a la existencia de riesgos procesales suficientes para el dictado de la medida cautelar, destaco, que comparto lo afirmado por la Magistrada A Quo, que ha basado la apreciación sobre esos extremos, en la pena en expectativa y en la gravedad de los hechos enrostrados.

Como señalé, la pena en expectativa y su forma de imposición, en tanto que el concurso real de delitos que se imputa implica, siguiendo -ahora- la calificación

legal impuesta por la Sra. Jueza de Grado, una franja punitiva en abstracto que parte de un mínimo de 8 años de prisión y asciende hasta los 40 años.

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). A su vez, el máximo de pena probable, pone de relieve una expectativa de punición de suma gravedad.

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 previstos en el art. 148 del C.P.P.

Asimismo, entiendo que, debe valorarse la gravedad de los hechos por los que se acusa al justiciable, para lo cual tengo especialmente en cuenta, la corta edad de la víctima, la reiteración de los abusos y el aprovechamiento de la complicidad de la madre de la niña para llevarlos adelante; ello, conforme la pauta establecida por el legislador en el art. 148 del C.P.P. para evaluar riesgos procesales, 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).

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.

Por ello considero que es justa la resolución apelada.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN DICE:** Atento lo expuesto al tratar la cuestión anterior, corresponde no hacer lugar al recurso interpuesto, confirmando la

resolución apelada (arts. 148, 157, 169 a contrario sensu, 171, 421, 439 y cdtes del C.P.P.).

Tal es mi decisión.

## **RESOLUCIÓN**

Bahía Blanca, abril 18 de 2.019.

**Y Vistos; Considerando:** Que es justa la resolución impugnada. Por esto y los fundamentos que preceden es que **RESUELVO:** no hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 1/6 y confirmar la resolución apelada por la que se dispuso la prisión preventiva de P., en lo que fue materia de agravio, con imposición de costas en esta sede (arts. 157, 148, 169, 171, 421, 439 y ccdtes. del C.P.P., art. 2 de la Resolución 180/20 de la SCBA, registrada bajo nro. 13-20 de la Secretaría de Planificación de ese órgano, en relación a la resolución 386/20).

Librar oficio con copia de la presente al Juzgado de Garantías actuante con el fin de que se tome razón y se agregue a la causa principal.

Notificar electrónicamente al Ministerio Público Fiscal, a la defensa y al justiciable en su lugar de alojamiento.

Hecho, devolverla al juzgado de origen.