

Expediente IPP dieciocho mil novecientos treinta y seis.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutoria nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, en los términos de los Acuerdos y resoluciones nro. 480/20, N° 535/20 y N° 558/20, (en su parte pertinente conf. Res. N° 593/20) todas de S.C.B.A, los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, Gustavo Angel Barbieri y Pablo Hernán Soumoulou (art. 440 del C.P.P.), para dictar resolución interlocutoria en **la I.P.P. nro. 18.936/I caratulada "A. por exhibiciones obscenas"**, 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-, resulta que votación debe observar este orden **Doctores Soumoulou y Barbieri**, por lo que resuelven plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1°) ¿ Es justa la resolución apelada de fs. 226/230 vta.?

2°) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: A fs. 240/241 y vta. interpone recurso de apelación el Sr. Defensor Particular -Dr. Ramón Ernesto De Dios-, contra la resolución dictada a fs. 226/230 vta. por la que la Sra. Juez de Garantías -Dra. Susana Calcinelli-, no hizo lugar al planteo de nulidad formulado y al sobreseimiento solicitado en favor de A., en orden al delito de exhibiciones obscenas, agravadas por la edad de la víctima, en los términos del artículo 129 2do. párrafo del Código Penal y elevó la causa a juicio (art. 337 del C.P.P.)

Insiste el recurrente en el pedido de nulidad respecto del reconocimiento en rueda de fotografías realizado por la víctima de autos a fs. 149. Sostiene que la joven B. había visto con anterioridad la fotografía del presunto victimario, lo que le resta valor y eficacia probatoria a la medida.

Reitera los argumentos planteados al formular la oposición a la requisitoria de elevación a juicio, en cuanto a que no existe en el caso de autos el "grado de certeza" requerido para acreditar la comisión del hecho que se le endilga a su asistido.

En ese sentido, se disconforma con la ponderación que efectúa la Magistrada de la instancia de los distintos medios convictivos reunidos en el presente, entendiendo que se ha realizado una interpretación "parcial" en contra de los intereses de su defendido.

Así, cuestiona la declaración del funcionario policial, Juan Darío Heredia; el reconocimiento en rueda de fotografías; la pericia psicológica; lo declarado por la víctima en cuanto a la descripción que realiza del presunto autor del hecho, destacando a su vez lo declarado por A. en los términos del artículo 317 del C.P.P.

Finalmente se agravia también respecto de la calificación asignada, en cuanto mantiene la agravante, al tratarse la afectada de una menor de dieciocho años.

Peticiona la revocación de la resolución en crisis, y el sobreseimiento de A. de los hechos materia de imputación.

Adelanto mi opinión, en el sentido que habré de postular el rechazo del remedio interpuesto, y por ende la confirmación del decisorio atacado en lo que fue materia de recurso (art. 434 del CPP).

Principio por recordar que es facultad privativa de los Jueces, la determinación del valor convictivo de los diversos medios de prueba, que sustentan la convicción sincera sobre los hechos debatidos, de modo que resulta insuficiente el planteo traído por el Sr. Defensor, toda vez que, sólo se dirige a discrepar con el

modo en que la Magistrada apreció la prueba, sin previa demostración de arbitrariedad en el razonamiento que funda su resolución, ni quebrantamiento de las reglas de la sana crítica en la valoración de las probanzas.

La Sala IV del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, ha dicho que "...el órgano jurisdiccional posee amplia atribución para seleccionar los medios de prueba y para apreciarla, ya que tan sólo debe ajustar sus conclusiones a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común y sentido común cuya aplicación queda sometida a la rectitud, prudencia y sabiduría de los jueces (ver Carreras, Eduardo, "La sana crítica y el testimonio del coprocesado", J.A., 15-1972, pág. 629; Cám. Fed. de Cap. Fed., Sala I, L.L., del 18/12/1995, f. 93.861 y conf. STJ DE FORMOSA, Causa: "Romberg, Hugo Ramón s/Instigación y participación sec. de homicidio doblemente calif.- Romberg, Carmen Alcira s/Participación necesaria de homicidio doblemente agravado- Benítez Ramírez, Cristóbal- López, Cándido Salvador s/ Homicidio" -Sentencia Nº 1618/02- de fecha 09/09/02) y es lo que se ha hecho en la presente..." LP 58714 RSD-69-14 S 20/02/2014. Carátula: S. M. V. ,H. F. s/Recurso de casación.

Expuesto lo precedente, comparto plenamente con la Sra. Juez A-Quo, que la prueba reunida en esta causa, resulta suficiente para elevarla a juicio, según lo prescripto por los arts. 334/337 del Código Procesal Penal.

El Tribunal de Casación Provincial ha expresado respecto a la valoración de un único testigo que "...existiendo en el proceso penal actual la libertad probatoria, conforme el artículo 209 del Código Procesal Penal bonaerense, no resulta inconveniente en la valoración por parte del Tribunal de Grado de un único testigo, siempre que éste lo estime suficiente para esclarecer un hecho y le cause convicción suficiente, bajo las reglas de la sana crítica..." (T.C.P.B.A., Sala I, causa nro. 22479 RSD, Juez SAL LLARGUES)

Siguiendo el mismo razonamiento, la Sala II del Tribunal Cintero indicó que "...bajo el actual régimen de valoración de la prueba no existe óbice en tener por probado un determinado hecho o circunstancia en virtud de un único testimonio, en la medida que no se verifique la presencia de alguna situación que

provoque una merma en su credibilidad, o que el alcance otorgado a sus manifestaciones resulte arbitrario o absurdo..." (T.C.P.B.A., causa nro. 16582 RSD-171-8 S 22-4-2008, Juez MAHIQUES).

En igual sentido, la Sala IV ha dicho que "...así la singularidad del testimonio cargoso no es obstáculo para formar convicción suficiente en el juzgador. Como lo sostuviera en numerosas ocasiones, la regla "testis unus, testis nullus" no tiene acogida en nuestro actual derecho procesal, por lo que el testimonio de un único testigo es perfectamente válido si se compece con el resto de las probanzas arrimadas a la causa, máxime en los casos de delitos que se llevan a cabo en situaciones de soledad, donde resultaría ilógico pretender un número mayor de testigos. Este criterio ha sido sostenido en forma constante por la jurisprudencia de nuestros Tribunales, siendo que el criterio de cita fue puesto de manifiesto por la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala V, en causa N° 32.017 "OLIVERA, Oscar A", resuelta el 18/3/94..."

Con ese norte, valoro la denuncia efectuada por C. el día 15 de noviembre de 2016, hermana de la víctima de autos -B.-, quien la asistiera en dicho acto, donde se describen las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los hechos.

En especial, que el día 14 de noviembre siendo las 22.00 hs. aproximadamente, cuando B. se dirigía a la casa de su tía, se le aproxima una persona de sexo masculino quien le toca el hombro y le pregunta "sabes que encontré una billetera, es tuya, fijate a ver si no es tuya, contestándole la dicente no es mía volviéndole a preguntar este sujeto fijate bien a ver si es tuya", tomando la menor la billetera observando dinero en su interior, manifestándole que no era de ella. El sujeto le refiere " mira yo te puedo dar esta plata si vos me haces un favor, sabes yo estoy separado hace muchos años, tengo un régimen de visitas con mi ex mujer, pero nunca me lo deja ver, ella siempre sale de noche, yo necesito que me acompañes a la casa de mi ex, así le entrego un regalo a mi hijo vos solo tenes que taparme para que no me vea", señalándole un domicilio el cual posee en su frente

un paredón blanco con dos puertas de garaje de color gris metalizado, que es allí que este sujeto se coloca delante de la menor pidiéndole que hicieran como que conversaban y en un momento este sujeto se baja los pantalones y le exhibe los genitales, es allí que la menor sorprendida le responde "qué haces". Intenta salir corriendo y el sujeto la toma de las manos para sujetarla, logrando zafarse. En ese momento pasa un joven en moto a quien le solicita ayuda y es quien llama a la policía. Describe al sujeto como un hombre de 40 a 50 años de edad, pelado, de tez trigueño, de 1,70 de altura aproximadamente, usaba lentes de aumento y de volver a verlo lo reconocería.

Posteriormente y en sede de la fiscalía la víctima de autos, en lo que interesa manifestó: "... él seguía insistiendo en que yo lo ayudara para darle el regalo al hijo, y estando yo frente a él, él se bajó los pantalones y el calzoncillo a la altura de sus rodillas y me mostró el pene, yo no podía creer lo que me estaba pasando, nunca antes me había pasado algo así. Y él me dijo si yo lo iba a tapar, yo no podía creer lo que me decía, me dio mucho asco, le dije que era un asqueroso y quise salir corriendo, y él me agarró del brazo, yo moví mi brazo para soltarme y él se fue corriendo, para el otro lado de donde yo estaba, ni vi cuando se subió los pantalones, yo me quería ir, me fui corriendo, toqué timbre en un casa, pero no salió nadie, yo tenía miedo que él volviera. En ese momento pasó un joven en una moto, y yo le pedí ayuda y él llamó al 911, ni sé quien era esa persona..." (fs. 176/vta.).

Asimismo, la versión de los hechos expuesta por la joven se encuentra reforzada con lo declarado por el policía Juan Darío Heredia, a fs. 10/vta. El funcionario manifestó que conforme los términos de lo denunciado por C. y B., coincidiría con el "modus operandi", que refiriera también otra denunciante –D.–, quien radicara la denuncia en la Comisaría de la Mujer por un hecho de similares características, ocurrido en la misma fecha y en la misma calle de la ciudad de Punta Alta a unos 600 metros de distancia, con una diferencia horaria de una hora aproximadamente, del cual no sería ajeno A..

De lo declarado por el preventor surgen claramente las razones de sus dichos y el por qué se sindicaría al encausado. Así a fs. 33/42 se adjuntan al

presente las actuaciones correspondientes a la I.P.P. que se originara por la denuncia formulada por la sra. D. y a la cual hiciera referencia el funcionario Heredia.

En ese sentido pondero que D., describió un hecho de similares características al aquí investigado -fs. 34/vta.-, surgiendo también de dicha causa, capturas de pantalla de la red social Facebook, donde aparecen distintas personas que habrían atravesado situaciones similares con el mismo sujeto -fs. 35/36-.

De otro lado, la defensa peticiona la nulidad del reconocimiento en rueda por fotografías, aduciendo que la víctima de autos había visto con anterioridad a su defendido, ya que se le había exhibido una fotografía del mismo. Planteo que fuera descartado por la Magistrada de la instancia.

Debo decir, que este tramo del recurso tendrá favorable tratamiento, pero por fundamentos distintos a los formulados por el Sr. Defensor.

A fs. 141 obra el decreto por el cual se dispuso llevar a cabo una rueda de reconocimiento de personas y de fotografías subsidiario respecto del imputado A.. Se advierte que el encausado fue debidamente notificado -fs. 146-, no así su defensa. En el auto que se ordena la medida, se dispone también que se remita a la Unidad de Defensa para su notificación, cuando a fs. 139 consta la aceptación del cargo como defensor de A., por parte del Dr. Ramón De Dios, a quien no se notificó.

Así, en relación al reconocimiento por fotografías en virtud de la ausencia del imputado (art. 261 del C.P.P.), que obra a fs. 149/vta., debo expresar que dicho acto resulta inválido por no haberse notificado debidamente su realización a la defensa (art. 259 del C.P.P.).

Esta circunstancia conlleva que ese acto, cuya acta luce a fs. 149/vta., resulte nulo, y ello por haberse vulnerado el derecho de defensa, en tanto la ausencia de notificación no le ha permitido participar del acto, ni controlar personalmente su producción. Ello, conforme lo previsto en el art. 201, 202 inc. 3ero., 203, 207, 259 y ccdts. del C.P.P.; 18 y 75 inc. 22 C.N. y art. 8.2 C.A.D.D.H.).

Lo anterior no hace mella en la imputación cursada a A., pues su intervención en el hecho ha sido admitida por el mismo, aunque con un alcance distinto al descrito por la señora fiscal, pues negó la exhibición obscena que se le endilga.

Así, el encausado al momento de prestar declaración en los términos del artículo 317 del C.P.P., refirió: " ... respecto del hecho que se me imputa lo único que es verdad es lo del monedero o billetera y después todo lo demás es todo mentira ... Yo no recuerdo la fecha exacta, pero lo que ocurrió fue que me encuentro de casualidad con esta señora o señorita, yo no sabía que era menor de edad ... La conversación siguió con mucho respeto, contándome cosas ella de su familia. El propósito de la charla mía era llegar a establecer un reencuentro o una relación amistosa para un futuro encuentro con ella. El diálogo fue con mucho respeto, muy cordial. Hasta que en un momento nos paramos en una esquina y me explicó que ella necesitaba dinero para ayudar a su madre y cosas así que ahora no recuerdo. En ese momento me pide dinero, me pide el monedero. Yo no se lo quise dar, me niego. El monedero era mio. Veo que ella se exalta y se pone nerviosa, empieza a levantar la voz. Trato de calmarla. Le digo lo mejor va a ser que nos despedamos y le pido perdón si la molesté por el tiempo que le hice perder y que lamentaba mucho por la situación que ella estaba pasando y me voy por el mismo lugar en donde la había encontrado, por el mismo lugar por donde veníamos. Y esa fue la última vez que vi a esta persona. Esto fue exactamente lo que paso. Si hubiese pasado lo que ella denuncia, mientras nosotros estamos dialogando pasaba mucha gente, había gente afuera de las casas, pasaba gente caminando, en auto, en moto ... Si fuera verdad lo que ella dice, me llama la atención que ella no haya pedido auxilio, no gritara, no tocara timbre de alguna casa ... Preguntado dónde se encontró con esa joven y a qué hora era aproximadamente, responde: me encontré en calle Pellegrini al 500 o 600 de Punta Alta, la fecha no la recuerdo, y la hora sería entre las 9 o 10 u 11 de la noche, no recuerdo bien, creo que hacía frío. Lo que yo hacía lo considero un juego, esto de entablar una conversación con una mujer a través de un monedero, yo les preguntaba si el monedero era de ellas. Eso es lo que realmente sucedió. Preguntado si eso lo hizo varias veces, responde: si,

lo hice varias veces. Preguntado entre que lapso de tiempo lo hizo, responde: lo hice creo durante un año o dos. Dejé de hacerlo hace tres años, a mis 60 años. Este caso lo recuerdo específicamente, porque fue el último, y lo recuerdo porque lo que ella agrega es todo una mentira. Porque jamás se me hubiese ocurrido hacer semejante cosa ... Preguntado si conocía a la joven, responde: no, era la primera vez que la veía. Ni la recuerdo tampoco..." (fs. 196/198).

La prueba reseñada permite demostrar en mi opinión la veracidad del relato de los hechos expuesto por la denunciante a fs. 2 y vta. y fs. 176 y vta., pues las circunstancias particulares de la conducta atribuida a A., resultan ser similares a las narrada por otra víctima del imputado.

En el caso, la sra. D., quien radicara también una denuncia en la Comisaría de la Mujer de Coronel Rosales por un hecho de similares características al investigado -fs. 34/vta.-, prestó declaración en la presente causa, relatando en la oportunidad, que una noche durante el transcurso del año 2016, no recordando fecha exacta, un hombre la siguió y le dijo que se le había caído su billetera y le pidió ayuda para ver a su hijo, que la agarró del brazo con fuerza, dejándole moretones, que sintió miedo y que al pasar un auto éste pensó que la había visto, la soltó y se fue corriendo. Refirió también que una compañera de ella de fútbol, E., le comentó que le había pasado lo mismo. Que al publicar su situación en la red social facebook, se entera de que a otras chicas le había sucedido lo mismo, incluso que algunas les habría mostrado sus partes íntimas y que este hombre A. (fs. 207/208).

En cuanto a lo sostenido por la defensa respecto de la pericia psicológica realizada a la víctima de autos, que "nada aporta para la dilucidación del presente caso", diré que las conclusiones que se extraen de la misma me permiten ponderar que la joven aportó datos y elementos de significación respecto del hecho denunciado, elementos éstos que "ayudan a validar su relato alejándolo de la fabulación" y que no se advirtieron presiones que pudieran incidir en el mismo (fs. 173/vta.).

Por último, a la petición de cambio de la calificación asignada, - "exhibiciones obscenas agravadas por la edad de la víctima" (art. 129 2do. párrafo), proponiendo se descarte la agravante de la figura, entiendo que la Magistrada de la instancia debió darle tratamiento.

La Dra. Calcinelli sostuvo "...siendo que dicha variante en la calificación legal del hecho no pone "en juego la libertad del imputado" (conf. artículo 23 inc. 5 del C.P.P.), corresponderá su tratamiento en la etapa de juicio".

En el caso, se advierte que el recurrente tiene un interés directo para impugnar la referida decisión del órgano de garantías.

Principio por destacar que, tal como resolviera este Cuerpo en anteriores pronunciamientos, 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, en la etapa procesal por la que se transita, en principio sólo sería posible peticionar un cambio de calificación legal cuando se encuentre en juego la libertad del justiciable, de acuerdo a la clara manda del art. 23 inc. 5to. del C.P.P., tal como se resolviera en la instancia.

Claro está que en el presente, en lo que hace al riesgo para la libertad del imputado, debe destacarse ya que él mismo se encuentra en libertad, calificándose el acontecer intimado como "exhibiciones obscenas agravadas por la edad de la víctima". Es así que si bien el recurrente cuestiona por gravosa la calificación legal utilizada, proponiendo una más beneficiosa, no podría sostenerse que de mantenerse la tipificación cuestionada pudiera existir algún tipo de afectación a derechos del encartado en cuanto a su libertad personal, lo que impediría el tratamiento de la variación del nomen juris (art. 23 inc. 5 a "contrario sensu" del C.P.P.).

No obstante ello, corresponde excepcionar tal circunstancia, cuando la modificación de la calificación legal pudiera llevar a una solución conclusiva del proceso, como podría ocurrir en autos, en el caso de aceptarse el planteo de la defensa.

Me explico. Al encausado A. se le imputa el delito de exhibiciones obscenas, que contempla una pena de seis meses a cuatro años de prisión cuando los afectados fueren menores de dieciocho años -art. 129, 2do. párrafo del Código Penal-.

La figura básica, por su parte, contempla una pena de multa de mil a quince mil pesos para el que ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros -art. 129, primer párrafo del Código Penal-.

Si se descarta la agravante, como lo pretende la defensa, la acción penal prescribirá a los dos años, -art- 62, inc. 5to. del C.P.-

Así entonces, y en función de lo normado por dicho artículo, desde la fecha de la comisión del ilícito (14/11/2016), el primer acto con entidad interruptiva, sería el primer llamado al imputado A., con el objeto de recibírsele declaración en los términos del art. 308 del C.P.P. (conf. artículo 67 inc. b del C.P.P.), de fecha 17 de abril de 2.019 (ver fs. 177), por lo que la acción penal se encontraría prescripta.

No es el caso de autos. La calificación legal del hecho impuesta en la instancia, es la correcta y se ajusta a las constancias colectadas en el legajo. La víctima es menor de edad, conforme se acredita dicha circunstancia con la documental obrante a fs. 107.

En consecuencia, considero que con la prueba reunida a esta altura del proceso se encuentra acreditada, con el grado de convicción que la presente instancia exige -probabilidad positiva-, el hecho en su exteriorización material y la intervención de A., por el delito que se le imputa (arts. 209, 210, 334 a 337 del Código Procesal Penal).

Con este alcance, doy mi voto por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: por iguales fundamentos voto en el mismo sentido que el doctor Soumoulou.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde confirmar la resolución de fs. 226/230 vta., haciendo lugar a la nulidad impetrada -por los fundamentos dados- y manteniendo la calificación asignada en la instancia de grado.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Adhiero al sufragio del Señor Juez Doctor Soumoulou.

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

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto: que es justa la resolución apelada de fs. 226/230 vta.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, éste **TRIBUNAL RESUELVE:** rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 240/241 vta. por el señor Defensor Particular, Dr. Ramón Ernesto De Dios y, en consecuencia **CONFIRMAR** la resolución de fs. 226/230 vta., dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Garantías nro. 3, Dra. Susana Calcinelli, en cuanto no hizo lugar al pedido de sobreseimiento solicitado en favor del encausado A., en orden al delito de exhibiciones obscenas en los términos del artículo 129 2do párrafo del Código Penal y elevó la causa a juicio; sin perjuicio de declarar la nulidad del reconocimiento en rueda por fotografías, -por los fundamentos dados- y manteniendo la calificación

legal por la que se efectuara la requisitoria de citación a juicio (Arts. 201, 202 inc. 3, 207, 209, 210, 259, 261, 334 a 337 y 440 del Código Procesal Penal).

Notificar electrónicamente al Ministerio Público Fiscal y a la Defensa Particular -Dr. De Dios- .

Hecho, devolver a la instancia de origen donde deberá notificarse al encausado.

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 13/10/2020 10:09:54 - SOUMOULOU Pablo Hernan - JUEZ

Funcionario Firmante: 13/10/2020 10:28:17 - BARBIERI Gustavo Angel - JUEZ

Funcionario Firmante: 13/10/2020 10:37:32 - GONZALEZ SACCO Pamela Iliana - AUXILIAR LETRADO