

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

// Plata, 19 de agosto de 2010. R.S. I T 71 f* 42

Y VISTOS: Para resolver en la presente causa registrada bajo el n° 5142/I, caratulada: “P. M. H.S/ DCIA. INF. ART. 119 C.P.”, procedente del Juzgado Federal n° 3 de La Plata; y-----

CONSIDERANDO: I- Que llegan los autos a este Tribunal de Alzada en virtud de los recursos de apelación interpuestos por los defensores particulares, en representación de M. Á. R. y por el doctor en representación de C. D. Q., ambos contra la resolución por la que se decreta el procesamiento con prisión preventiva de sus asistidos por considerarlos “prima facie” autores penalmente responsables del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por la intervención de dos o más personas, previsto y penado en el art. 119, segundo párrafo, con el agravante previsto en el cuarto párrafo inc. d) del Código Penal. A su vez el doctor en representación de C. A. G. apela la resolución “ut supra” señalada en orden a la participación secundaria que se le reprocha.

Que a través del acta obrante con la intervención de todos los letrados y la participación del doctor designado co-defensor de M. Á. R. se deja constancia de haberse informado en forma verbal los recursos motivados ante la instancia anterior en los términos del art. 454 del C.P.P.N., sin que adhiera el señor Fiscal General ante esta Cámara, a ninguno de los recursos interpuestos .

I- a) Que, la defensa de M. Á. R. pretende conmovir el resolutorio impugnado, sosteniendo que, “...El Juez de grado yerra en el modo de evaluar, aún en este estadio procesal, la prueba que obra en la causa para basamentar la autoría responsable. Yerra a su vez en orden a valorar de modo incorrecto la sincera y veraz declaración de mi defendido...”. Agrega que “... Existe una presunción de dolo, vedada expresamente por nuestro ordenamiento jurídico. No se tuvo en cuenta innumerables testimonios que dan cuenta de la ajénidad de R...”. Indica que “...Se interpretó de un modo incriminante para mi defendido la declaración de la víctima de autos...”. Finalmente en relación al mal empleo de la presunción cita a Frías Caballero.

I- b) El doctor (representante de C.D.Q.) , bajo el título “Excursus preliminar. Finalidad de la revisión que habilita la impugnación en

el supuesto. Motivación de las decisiones judiciales, ‘Convicción sincera.’”, efectúa una síntesis de los principios que caracterizan el proceso, como así también sobre el sistema para la apreciación de la prueba, con cita de doctrina en apoyo de sus argumentos. Posteriormente ingresa concretamente a los agravios que motivan el recurso interpuesto indicando que el resolutorio en crisis causa un gravamen irreparable al procesado, su familia y la sociedad toda y que “... constituye un supuesto de error esencial jurisdiccional -constitutivo de fraude procesal- que importa una nulidad de orden absoluto insalvable que vulnera todas las garantías constitucionales básicas de un proceso penal (lo que a su vez, profundiza el fraude procesal, acentúa la nulidad del proceso de marras y viola el orden constitucional llegando al supuesto de lo que la doctrina del Alto Tribunal denomina ‘Gravedad Institucional’) ...”.

Se agravia por la calificación, la autoría y responsabilidad atribuida a su defendido Q. “... a tenor de la prueba obrante en autos y la particular manera de merituar y ponderar la misma llegando a conclusiones innovadores respecto de lo que en dogmática penal se tiene visto al presente ...”.

Asimismo pone de resalto que no menos agraviante “... es la imposición de las cautelares a que hecha mano el eximio magistrado. El dictado de prisión preventiva (...) deviene apresurado e infundado ...”.

Continúa efectuado una síntesis de los hechos objeto de investigación de la presente causa. Explica el concepto de abuso sexual con cita de jurisprudencia, e indica que su asistido Q., aun comprobándose la responsabilidad que haya tenido en el hecho, su obrar no constituiría el delito que se le imputa.

Afirma que “... el hecho de que Q. (en la hipótesis de que sea cierto y, además, pueda probarse,) haya introducido en el ano de P. una botella de vidrio de cerveza marca Heineken parece constitutivo de un ultraje violento contra el pudor más que violencia carnal, es decir, parece que constituye abuso sexual y no violación ...” por lo que la calificación legal hecha por el juez de grado no resulta correcta a su entender.

Sostiene que Q. “... -siempre en la hipótesis de que haya introducido la botella en el ano de P.- no actuó ni siquiera bajo la sombra

Poder Judicial de La Nación
Año del Bicentenario

lejana de un apetito venéreo....”, afirma que si su defendido no obró con voluntad directa de subyugar el querer de P., cabe la posibilidad de que se esté ante una hipótesis de preterintención, “... pero dicha preterintención no podrá concretar una forma de mera culpa (...) porque es atípico en nuestro código penal dicha figura culposa ...”.

Indica que además de la víctima y los 25 participantes del agasajo el hecho se inicia como una broma, por lo tanto y siempre hablando hipotéticamente, Q. en ese marco podría haber obrado con “animus jocandi” y que de ser así, ello no constituye delito contra la integridad sexual, sino un delito de injurias, peticionando se dicte falta de mérito para su representado con el objeto de que prosiga la investigación para obtener mayor certeza y prueba.

Pone de resalto que sus argumentos defensitas solo están dirigidos a su pupilo y no al resto de los imputados debido a que los defensores de ellos solo se han ocupado de la autoría y no del cambio de calificación y que “... lo que puede ser para Q. puede o no serlo para otros; después de todo este hecho lamentablemente encuentra solución en la esfera de la voluntad de los que obraron sobre P. ...”.

Agrega que “... V.S. acierta notablemente al escindir el hecho denunciado por P. en dos. La introducción de un dedo en el ano de la víctima (por un lado) y la introducción de la botella de vidrio de cerveza marca Heineken (por el otro). También acierta V.S. al sostener que esos dos hechos podrían haber sido realizados por una sola persona o, como decidió en definitiva V.S., por dos personas. Ahora bien, en lo que no es tan seguro el acierto es en que realmente haya existido introducción de objeto alguno en el ano de la víctima ...”.

Posteriormente efectúa una crítica de los elementos de prueba tenidos en cuenta para dictar la resolución en crisis, planteando la nulidad del peritaje médico legal practicado a la víctima por carecer de rigor científico y no ser concluyente. Sostiene respecto del estudio en cuestión que “... debe comprender no solo la zona genital de la víctima sino todo su cuerpo. Además debe tenerse presente la realización de un examen psíquico de la víctima ...”. Afirma que “...al no poderse descartar científicamente que otras fueran las causales de las lesiones, y/o probar el hecho con más

elementos que los propios dichos de la víctima, todo se convierte en conjeturas, por lo tanto para el letrado prevalece el principio constitucional de inocencia ...”.

Para finalizar entiende que la prueba testimonial obrante en la causa es inconsistente para culpar a su defendido. Plantea la nulidad del peritaje médico realizado sobre M. H. P. y del auto de procesamiento , postulando el sobreseimiento de su defendido C. D. Q. o subsidiariamente su falta de mérito.

I- c) Que, los agravios esgrimidos por el doctor Fermín V. Iturbide consisten en señalar que “... El dictado de procesamiento con prisión preventiva causa un gravamen, actual, de imposible reparación ulterior (...) entiende que la participación de C. A. G., se encuentra en el mismo plano (...) con la situación del Cabo H. P., ya que salvo, lo mencionado por éste en cuanto que le manifestó a P.: ‘que te pasó’ (...) para poder advertir esta pregunta y la respuesta de la víctima de autos ‘se fueron a la mierda’, vistiéndose y retirándose del lugar, indica misma posición, visual y acercamiento entre ...” los consortes de causa y la víctima. A su vez destaca “...que la valoración de la prueba (...) no alcanzan (sic) para conmover el estado de inocencia de mi defendido, cuando el resto de los participantes al momento de ser convocados ...” se negaron a declarar, “... en especial, el Cabo 1º G., a quien se le adjudica un llamado telefónico a la víctima pidiendo disculpas e indicando quienes tuvieron directa participación ...”. Finalmente se agravia por el dictado de la prisión preventiva a su defendido ya que la resolución atacada “... viola el principio establecido en el artículo 123 y 404 inciso 2º del Código Procesal Penal de La Nación ...”. Cita Jurisprudencia en apoyo de su postura.

II- Corresponde ahora ingresar al tratamiento de los recursos interpuestos, dejando constancia que razones de método aconsejan seguir un orden distinto al propuesto por los apelantes, en tanto del resultado de las nulidades propuestas dependerá que sean objeto de estudio los restantes agravios.

II- a) En primer lugar corresponde dar respuesta a las nulidades planteadas por el doctor (representante de C,D.Q.) sobre todo el

Poder Judicial de La Nación
Año del Bicentenario

proceso por entender que hubo fraude procesal y respecto del peritaje médico realizado a M. P..

Con relación al fraude procesal al que alude el letrado defensor, por entender que existe un supuesto de error esencial jurisdiccional que vulnera todas las garantías constitucionales básicas de un proceso penal, se adelanta que dicho planteamiento no tendrá acogida. En efecto, el proceso se desarrolló con total normalidad, se le recibió declaración indagatoria a los imputados –entre la que se encuentra la correspondiente a Q. (hizo uso del derecho de negarse a declarar)- se le notificaron los derechos que le asisten por su calidad de imputado se resguardó el principio de defensa en juicio y de inocencia; se obtuvo la prueba por medios lícitos, los peritajes fueron realizados por personal idóneo de las fuerzas de seguridad y se tuvieron en cuenta los plazos y formas de notificación establecidos en el C.P.P.N. por lo que este Tribunal no advierte ninguna irregularidad que amerite el dictado de una nulidad de carácter absoluto tal como plantea el doctor (representante de C.D.Q.).

De la misma manera, con relación a la nulidad del peritaje médico realizado a P., es necesario destacar que el análisis fue realizado por un profesional de la salud perteneciente a las fuerzas de seguridad, , Especialista en Medicina Legal y perteneciente a la División Superintendencia de Medicina Legal de la Policía Científica, dependiente de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, como así también que la diligencia cumple con todos los requisitos que requiere una pericia para su validez. Así, la víctima de autos fue revisada en su superficie corporal –bajo los títulos “Examen Físico”; “Examen Genital” y “Examen Anal”-, se le realizó además examen psíquico –bajo el título “Examen Psíquico”- y se resguardó su ropa interior la que se dejó constancia que se remitiría al Laboratorio Químico Pericial de Policía Científica.

Debe tenerse en cuenta el principio que establece que las nulidades procesales han de ser interpretadas restrictivamente, pues su declaración por el solo interés del formal cumplimiento de la ley constituye un exceso ritual manifiesto incompatible con el buen servicio de justicia (conf. expte. 3226, “Dr. Ricardo González s/ promueve incidente de nulidad”, del 4 de mayo de 2006; asimismo, C.N.C.P., Sala III, “González, Norberto A.”, del

10/4/96; “Costa, Juan Carlos”, del 24/10/96; Sala IV, “Núñez, Juan Carlos”, del 19/4/96; Sala I, “Duzac, Fabián A. y otros”, del 5/3/99, entre otros).

Es por ello que no tendrán acogida los planteos de nulidad interpuestos.

II- b) Que ingresando al tratamiento de las cuestiones propuestas cabe analizar en primer término la situación procesal de M. Á. R..

Primeramente es necesario destacar que, este Tribunal, comparte la división realizada por el *a quo* sobre los acontecimientos que se suscitaron en el Regimiento de Infantería en dos hechos escindibles, el pasado 22 de octubre de 2009 y de los que fuera víctima el Cabo del Ejército Argentino M. H. P..

Así, se encuentra acreditado en autos, con los alcances requeridos en este estadio procesal, que R. introdujo un dedo en el ano de P. con la intervención de dos o más personas, miembros del Ejército que se encontraban presentes mientras se celebraba la despedida de soltero de la víctima en el mencionado Regimiento.

Tal extremo se encuentra probado a través de la declaración testimonial de P. en la que la víctima manifiesta que “... si bien se encontraba boca abajo, puede determinar casi con exactitud que quien le introdujo un dedo en el ano fue el Cabo R. ya que tenía los guantes puestos y además le dijo irónicamente ‘... esto ya esta hecho M. ...’ (...) frase que pronunció una vez que le fue retirado el dedo del ano ...”.

Asimismo de la declaración indagatoria de R. se desprende que “... el Cabo A. bajó la mochila del dicente , al azar, de un estante y de ella sacó los elementos de higiene, siendo en ese momento que el manifestante tomó de la mochila los elementos de primeros auxilios y extrajo de ellos unos guantes de látex (...) y el dicente se coloca los guantes que antes refiriera ...”. Agrega que “... los Sargentos Q. y G.colocaron boca abajo a P. sobre la mesa, quedando detrás de este el Cabo P., el Sargento G., el Sargento Ayudante M., el Sargento Q. y el dicente ...” y que “... en ese momento el dicente toca las nalgas de P. ...” dichos que son contestes con los del Cabo P. expresados al momento de recibírsele declaración según los términos del artículo 294 del C.P.P.N.

Poder Judicial de La Nación
Año del Bicentenario

Que los dichos de R. que hacen mención a que no le introdujo un dedo en el ano a P. como así también que se colocó los guantes de látex "... a modo de broma, como dándole a entender (a la víctima) que lo iban a someter a cirugía o algo así ..." son, a criterio de esta Sala, vanos intentos del imputado de mejorar su situación procesal.

Del mismo modo, el juzgador valoró la prueba obtenida dentro de un contexto adecuado y como parte de un todo, teniendo en cuenta la totalidad las declaraciones obtenidas en la causa, tanto testimoniales como indagatorias, los dichos de la víctima y los peritajes realizados.

Por último, no existió por parte del juzgador presunción de dolo respecto de R., en tanto que de la manera en que los hechos acontecieron conforme no solo los dichos de la víctima, sino además por sus propias declaraciones, las de sus compañeros y el resto de las probanzas colectadas, como los análisis realizados sobre el cuerpo de P. y sobre su ropa interior, poco probable es pensar en que la acción desarrollada por R. pueda encuadrar dentro de una figura culposa.

Es por ello que los agravios planteados no tendrán acogida debiendo confirmarse "prima facie" la autoría penalmente responsable de M. Á. R. del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por la intervención de dos o más personas.

II- c) El Tribunal ingresará ahora a resolver la situación procesal del encartado C. D. Q..

Conforme surge de autos, se encuentra probado con el grado de certeza necesario en esta instancia, que C. D. Q. introdujo una botella de vidrio en el ano de P. con la intervención de dos o más personas, miembros del Ejército que se encontraban presentes mientras se celebraba la despedida de soltero de la víctima en el mencionado Regimiento.

El hecho se encuentra probado a través del peritaje médico realizado a P., el que bajo el título "Examen Anal" establece "orificio anal: congestivo y entreabierto (...) Desgarros/fisuras: se observan dos heridas lineales, sangrantes, entre los pliegues anales de 2 mm. de ancho cada una en hs. 12 y 6, que se dirigen hacia el canal rectal". Del mismo modo refiere "las lesiones descriptas son compatibles con las producidas por dilatación brusca del orificio anal como consecuencia de la penetración violenta de elemento

duro por vía anal, de reciente producción, inferior a 12 hs. aproximadamente”

Asimismo por el peritaje realizado sobre el calzoncillo que vestía la víctima al momento del ataque, del que surge que en la mencionada prenda se hallaron “restos de material que pudiera corresponder a papel metalizado color plateado”. Cabe destacar que resulta por demás llamativo que la botella de cerveza marca Heineken contiene en su pico papel metalizado de dichas características.

La participación criminal en el hecho de Q. se desprende de la declaración testimonial realizada por la novia de P. en la que expresa que “... mientras estaba esperando junto a mi novio P. para que lo atendieran en el Gabinete de Delitos contra la Integridad Sexual, siendo las 22.01 horas aproximadamente, recibe un llamado telefónico a su celular (...) por lo que M. atiende y constata que se trataba de un compañero del Regimiento, el Cabo Primero G., por lo que al atenderlo activa el altavoz del equipo, y escucho que el nombrado G. le pide disculpas, le dice que de cierta manera se sentía responsable porque no había hecho nada en el momento de sucedido el hecho, que sabía quienes fueron las personas que le colocaron la botella, que se trataba del Sargento Q. y el Sargento G. ...”.

Lo expuesto se condice con los dichos del Cabo P. al momento de prestar declaración indagatoria y del Cabo M. Á. R. las que son contestes en señalar a Q. como quien “pasaba la botella por las nalgas de P.”.

Respecto al agravio referido a la errónea manera de ponderar la prueba que realizó el *a quo*, este Tribunal entiende que el juzgador valoró los elementos probatorios de manera correcta, los que fueron incorporados a la causa y constituyeron, a su criterio, elementos de convicción suficientes como dispone el artículo 306 del Código de Rito, para considerar que el hecho se cometió y que Q. tuvo participación criminal en él, al menos con el grado de precariedad requerido en esta instancia del proceso.

Con relación a la figura de abuso sexual, Breglia Arias y Gauna tienen dicho que “*el bien jurídico tutelado es la reserva sexual. Se protege la libertad de cada ser humano a obrar en consecuencia con sus sentimientos y deseos, y a decidir sobre su cuerpo.*”.

Poder Judicial de La Nación
Año del Bicentenario

“En general se trata de tocamientos inverecundos (o en hacerse tocar) con apariencia de desfogue sexual o no”

En lo atinente al sometimiento gravemente ultrajante, los mencionados autores sostienen que dicha figura se configura cuando el delito se comete con un *“plus de degradación, brutalidad o vejación”*, los que están dados por la *“duración”* del acto o las *“circunstancias de su realización”* (*Código Penal y leyes complementarias comentado, anotado y concordado Tomo 1, arts. 1 a 149 ter, Omar Breglia Arias; Omar R. Gauna, Editorial Astrea, 4ta. Edición, Buenos Aires 2001, pág. 898 y 901*).

Es decir que la condición de “gravemente ultrajante” se configura cuando existe un acto de desprecio hacia la víctima y ello abarca todas las conductas que conlleven el uso de medios violentos lo que en el caso aparece cumplido.

Asimismo la razón del agravante dado porque “el hecho fuere cometido por dos o más personas” reside en el aumento de las posibilidades del autor para consumar la acción disminuyendo la capacidad de resistencia de la víctima. En el tipo penal en cuestión, basta con la intervención de dos sujetos, el autor y quien concurra con él, es decir que es suficiente que dos o más personas participen en su ejecución prestando ayuda o asistencia durante el hecho.

Resta analizar el agravio referido a que el obrar de Q. no constituye el delito de abuso sexual, sino que cuadra dentro del de injurias por haber obrado aquél con “animus jocandi”.

Lo planteado por el defensor de Q. se desvanece al haberse comprobado “prima facie” en el expediente que su defendido introdujo una botella de cerveza en el ano de la víctima, toda vez que lo que había comenzado con animo festivo y transitaba tales carriles mientras quienes participaban del agasajo desvestían y afeitaban el pecho y los genitales de P., habría tomado carácter delictivo al consumarse el abuso sexual.

Los doctores Breglia Arias y Gauna han sostenido al respecto que *“los actos que son objetivamente impúdicos quedan incluidos (en la figura de abuso sexual) ya que basta la característica objetiva de los mismos, aunque alguien ha querido ver en determinadas situaciones, más bien un delito de injuria.”* Los autores dan el ejemplo de la broma que realiza una

persona que toca los glúteos a una compañera de trabajo (*Omar Breglia Arias; Omar R. Gauna, obra citada ut supra, pág. 898 lo subrayado nos pertenece*).

Por último, cabe aclarar que deviene abstracto el tratamiento del agravio que hace mención a lo “apresurado” e “infundado” del dictado de la prisión preventiva, debido a que el imputado Q. se encuentra gozando del beneficio de la excarcelación, el que fuera concedido por esta Sala el 23 de febrero de 2010 del incidente de excarcelación que corre agregado por cuerda).

II- d) Corresponde en último término resolver la situación procesal de C. A. G..

Al respecto, a criterio de este Tribunal el temperamento adoptado por el juez de grado al dictar el procesamiento de G. deviene prematuro, atento que la prueba colectada en autos hasta el momento no alcanza, ni aun con el grado de certeza requerido en el estadio procesal por el que atraviesa la causa, debiendo dictarse su falta de mérito.

POR ELLO ES QUE SE RESUELVE: I- Confirmar parcialmente el punto I) de la resolución en tanto resuelve dictar auto de procesamiento respecto de C. D. Q., por considerarlo “prima facie” autor penalmente responsable de la comisión del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la intervención de dos o más personas, previsto y penado en el art. 119, segundo párrafo, con la agravante prevista en el cuarto párrafo inc. d) del C.P.

II- Confirmar parcialmente el punto III) de la resolución en tanto resuelve dictar auto de procesamiento respecto de M. Á. R., por considerarlo “prima facie” autor penalmente responsable de la comisión del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la intervención de dos o más personas, previsto y penado en el art. 119, segundo párrafo, con la agravante prevista en el cuarto párrafo inc. d) del C.P.

III- Revocar el punto V) de la resolución por prematuro, declarándose la falta de mérito a favor de C. A. G. (cfr. art. 309 I C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. Fdo. Jueces Sala I
Dres. Carlos Román Compared – Julio Víctor Reborado. Jueces de Cámara.
Ante mí. Dra. Alicia M. Di Donato. Secretaria.