

SENTENCIA

Mar del Plata, 19 de noviembre de 2019.

1ra.) ¿Qué calificación legal corresponde a los hechos objeto del proceso?. A la cuestión planteada el Juez Fissore dijo: La calificación legal atribuible a los hechos descriptos es la siguiente:

Hecho n° 1 (se corresponde con los hechos 1 y 2 de la requisitoria de elevación a juicio; IPP 1977-17): Abuso sexual agravado por haber sido cometido con acceso carnal en forma continuada y corrupción de menores agravada por engaño, ambos en concurso ideal entre sí, con lo cual se lesionó el bien jurídico "integridad sexual" del cual resulta titular J. P.. CP, 54, 55 "a contrario", 119 párrafos primero, tercero y 125, primer y tercer párrafo.

Efectivamente, como lo adelantara en el veredicto, se trata de una sola conducta o hecho, porque si bien el sujeto activo desplegó una pluralidad de acciones a lo largo de siete u ocho meses, lo cierto es que toda esa actuación la llevó a cabo bajo un único "factor final", es decir, mantener contactos sexuales continuados (la forma continuada no ha sido cuestionada) con el menor J. P.. Ese "factor final" único le da sentido y unidad a toda su actuación.

Por su parte, aquel despliegue de una pluralidad de acciones con una única finalidad son atrapadas por un sólo disvalor normativo, en el caso, por la aplicación conjunta de dos tipos penales previstos que protegen el mismo bien jurídico, que le abre paso al concurso ideal (CP, 54).

A continuación formularé varias consideraciones respecto del abuso sexual con acceso carnal en forma continuada:

I. El Defensor sostuvo en su alegato que en el caso medió consentimiento por parte del menor desde "el primer día", haciendo hincapié en algunos aspectos de su relato, principalmente que éste había aceptado el encuentro a sabiendas de que B. le había adelantado que era para que le practicara "sexo oral". También se valió de que el menor fue quien decidió interrumpir los encuentros cuando inició un noviazgo con una chica. Sostuvo el defensor que no se podía atender a la violencia física porque no había sido descripta en los hechos de la requisitoria y este Tribunal había bloqueado esa hipótesis.

Reforzando su punto de vista sostuvo que el joven P. había puesto condiciones en ese encuentro, al requerirle a B. que no sacara las manos del volante ni tampoco que lo tocara. Al mismo tiempo argumentaba que no hubo violencia psíquica, sino que aceptó esa relación sexual y que no estaba en una situación de vulnerabilidad económica. Sobre este punto concluyó que B. quizás se pudo haber valido de la inexperiencia sexual de J. P., pero a esta altura no correspondía ingresar el tipo penal del estupro (CP, 120) porque se afectaría la defensa en juicio.

A su entender sólo cabría formularle a su cliente un reproche ético o moral, pero de ninguna manera podría habilitarse una sanción del Derecho Penal, el cual bajo una interpretación de máxima taxatividad legal o restrictiva de los tipos penales debía rechazarse la acusación.

2. En primer lugar corresponde precisar cuál fue la violencia psíquica que el Ministerio Público Fiscal le reprochó al imputado, porque el Defensor se apoyó en esa formalidad para intentar poner freno a los hechos y a la tipicidad, sin atender al real significado que le diera el propio acusador.

Cuando el Ministerio Público describió el hecho (aunque el Fiscal lo subdividió en 1 y 2) sostuvo que B. se contactó con el menor "...luego de haber ejercido violencia psíquica sobre éste por el juego de seducción desplegado en el tiempo y por las entregas de dinero que le hacía...".

Resulta incorrecto desenfocar el reproche del Fiscal y pretender que se atienda sólo a la "seducción" que derivaría en una relación consentida. El Fiscal en esa redacción sintética utilizó dos vocablos que hasta se contradicen entre sí: "violencia psíquica" y "seducción". Ambos términos pretenden, según su significado, hacer modificar la opinión a la otra parte, pero mientras que en la violencia psíquica se lo hace desde el temor o miedo, en la seducción se lo procura desde la inducción o persuasión. La descontextualización de esa frase que realiza el defensor, nos llevaría a una interpretación errónea, y más aún cuando el propio Fiscal expuso claramente su significado en la mencionada pieza procesal, bajo el título de "Fundamentos del requerimiento" en el punto III (ver fs. 2vta y 3 de la presente causa) y también lo reiteró en el debate.

El Fiscal sostuvo que nos enfrentamos a delitos de abuso sexual infantil que resultan una gravísima violación a los derechos fundamentales, en los cuales se establece primero un vínculo de confianza con el menor y un control emocional basado en manipulaciones y engaños con el objetivo de obtener del menor prácticas sexuales. Agregó que aquello se logra mediante la utilización de perfiles falsos, por medio del cual se establece la aludida confianza y así se incorpora información de los menores y procura convertirse en confidente o referente, y concluyó el acusador que "...la seducción por engaño es utilizada por el abusador para conseguir su cometido que no es otro que una relación física con pleno dominio sobre el menor víctima....".

Los doctrinarios coinciden que la modificación del art. 119 del CPP introducida por la ley 25.087, al igual que el nombre del bien jurídico, tiene repercusiones prácticas. La antigua fuerza o intimidación fueron sustituidos y multiplicados por los medios comisivos de "...violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción..." (así se mantiene hasta la fecha el primer párrafo del art. 119 del CP).

En ese sentido vale subrayar que los medios comisivos que integran el tipo penal en cuestión no se excluyen entre sí, y por el contrario, parte de la doctrina sostiene que podrían reducirse todos ellos a "violencia" e "intimidación" (ver De Luca y Casariego en "Código Penal y normas complementarias", dirección de Baigun y Zaffaroni, ob cit, fs. 502). También hay coincidencia en cuanto a que el proceso "...intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción" no resulta taxativo, ya que así surge de la última frase utilizada por el legislador (ver "Código Penal y normas complementarias", dirección de Baigun y Zaffaroni, ob cit, fs. 501 y sgtes).

Entonces, préstese atención que la violencia psíquica aludida por el acusador está vinculada con ese proceso de seducción y engaño que utilizó el sujeto activo con el fin de conseguir la relación sexual "...con pleno dominio sobre el menor...", es decir, bajo una situación de poder. Y esta situación de "poder" que construyó B. y de la que luego se valió para doblegar la falta de consentimiento del menor P. es la que se le reprocha en este caso, encuadrándola el Fiscal bajo el nombre de "violencia psíquica".

En ese mismo sentido sostiene la distinguida Dra. Virginia Berlinerblau, psiquiatra infanto-juvenil y médica legista (en "Violencia Familiar y Abuso Sexual", en <https://www.academia.edu/abuso-sexual-infantil-una-perspectiva-forense-dra.Virginia-Berlinerblau>) que "...El abuso sexual de niños/as entonces, implica un abuso de poder, en tanto y en cuanto una persona mayor, más fuerte, y más sofisticada, saca ventaja de una persona más joven, mas pequeña y menos sofisticada, con el propósito de satisfacer sus propios deseos y sentimientos sin importarle los deseos y sentimientos del niño/a...".

Dicho esto no puede ignorarse discusiones dogmáticas vinculadas a este delito que han provocado cambios interpretativos de varios elementos que integran el tipo penal como así también respecto del bien jurídico. Estoy aludiendo a cuestiones como el consentimiento, los medios comisivos como ya vimos y, en particular, aquellas situaciones en las cuales están en juego "desigualdades" de poder o personas vulnerables, es decir, supuestos de violencia sexual de género o violencia física o sexual contra los niños. El derecho penal y el Estado de Derecho, enmarcado por la normativa constitucional propia y los tratados internacionales (Convención sobre los derechos del Niño, arts. 19 y 20; CN 75 inc. 22) tienen el deber de prevenir, erradicar y combatir a este tipo de delitos, adoptando todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger al niño contra toda forma de abuso físico, mental, sexual, explotación, etc (ver, en igual sentido, TCPBA, Sala VI; causa 58920; Sanchez, Pablo Hector y otro s/recurso de casación; Res. 14/03/2016, voto del Juez Maidana con adhesión de Natiello).

Dicho eso corresponde entonces señalar que el "consentimiento" es la piedra fundamental para resolver estos casos sensibles, pero debe ser analizado desde la óptica del bien jurídico "Integridad Sexual", adelantando que incluso una persona

puede consentir la práctica de un acto sexual, pero si su libertad se encuentra comprometida, ese acto resultará típico (ver De Luca y Casariego, en casos de "vis compulsiva", ob. cit., pág. 500, párrafo 5to; y ver casos de "situación de poder": ob. cit. pág. 503, primer párrafo).

Los supuestos de "abuso de poder" o "violencia psíquica" se acoplan al slogan nacido en los movimientos feministas norteamericanos de "...no, quiere decir no..." (De Luca y Casariego en "Código Penal y Normas complementarias", ob. cit. , pág 504 último párrafo) y que actualmente resulta un baremo indispensable para definir la existencia o no del consentimiento válido por parte de la víctima.

Lo que sigue a continuación será el análisis destinado a verificar entonces si fue consentida la practica sexual por parte de J. P. y, además, si aquella "violencia psíquica" generada a partir del "juego de seducción desplegado" resultó apta para doblegar su consentimiento.

3. Adelanto que no tengo duda alguna en cuanto a que P. realizó esos actos sexuales contra su consentimiento, por haber actuado bajo violencia psíquica o en un supuesto de desigualdad de poder. Para comprender este caso debemos tratarlo como bien señala el acusador, dentro de los parámetros de la violencia sexual infantil, ya que tiene incidencia la etapa de extrema vulnerabilidad de los jóvenes y su inexperiencia sexual.

La vulnerabilidad de la víctima variará de acuerdo a las características de cada caso y no podemos perder de vista que J. tenía en aquella época entre 14 y 15 años, donde su personalidad está en desarrollo, que las notas de la adolescencia así lo señalan de manera unánime, y que hasta que ocurrieran estos encuentros sexuales J. no había tenido ninguna experiencia con sus novias.

Sobre este punto la Dra. Virginia Berlinerblau, psiquiatra infanto-juvenil y médica legista (en "Violencia Familiar y Abuso Sexual", Editorial Universidad, 1998, "<https://www.academia.edu/abuso-sexual-infantil-una-perspectiva-forense-Dra.Virginia-Berlinerblau>") sostuvo que "...los niños que se encuentran más vulnerables al abuso sexual son los preadolescentes y los menores de seis años...", y que la violencia o fuerza física que se necesita para doblegar la voluntad de un menor es menor porque "..se puede obtener los mismos resultados sin el uso de la violencia. Basta la autoridad y el poder de la persuasión que un adulto sostiene para que por lo general se establezca el contacto sexual..." (ob. cit. pag. 4, punto 4).

Retomando el relato de J. éste nos dijo que los primeros contactos fueron por intermedio de mails, utilizando su interlocutor un perfil falso (J. S. G.), y en un inicio eran conversaciones inocuas, en donde le pedía ser su amigo y confidente, además de querer ayudarlo. Esto resulta una nota típica en este tipo de delitos, donde el sujeto activo procura ganarse la confianza del menor.

Luego se avanza hacia una situación de poder: comienzan las entregas de dinero y promesas de recibir aún más, pero la necesidad de concretarse un encuentro. Esto fue el segundo paso que dio B.: le dejó sumas dinerarias en la plaza principal de B. y luego se contactaba con el menor para preguntarle si lo había ido a buscar, al mismo tiempo que le prometía más regalos.

Como si nos enfrentáramos a un caso de manual B. -como J. S. G.- le pidió el encuentro y el menor P. cayó en la trampa. Dijo que lo hizo sólo para poder identificar al sujeto que le hacía regalos y se presentaba como su amigo, y en esa ocasión pudo determinar que su "amigo" se trataba de C. B.. Era la persona que conocía desde pequeño, amigo de sus abuelos y, además, le hacía importantes regalos; aquel era un sexagenario y él un pre adolescente e inexperto en el plano de la sexualidad. La desigualdad es notoria y el bien jurídico "integridad sexual" ya estaba ingresando a un estado de peligro concreto.

Es cierto que J. P. aceptó ir a la cita en donde B. le había dicho que era un "pete o sexo oral". También es cierto que era bajo promesa dineraria. Pero no puede ser ignorado un dato relevante: P. le dijo que no quería ser tocado y que B. no debía sacar las manos del volante. Le estaba diciendo con sus palabras que "no, es no" o, de otra manera, que no consentía ser tocado.

El defensor minimizó lo sucedido a una cuestión de ética o de moral, pero tienen una trascendencia y gravedad inocultable, en donde un sujeto de 67 años no puede hacer subir a un menor de 14 años a su rodado y en el trayecto extraer su pene y pedirle que le haga sexo oral a cambio de dinero. El niño ya le había dicho que no quería, pero el mayor a sabiendas de esa situación de poder le bastó simplemente con tomarlo de la cabeza para que comience a realizar ese acto que la ley prohíbe. Adviértase la identidad que existe entre este caso y aquella conclusión de la especialista Berlinerblau en cuanto al uso de una mínima violencia para doblegar la falta de consentimiento.

Haber concurrido a la cita es haber consentido ese encuentro, pero no significa que consintió ser abusado sexualmente, porque constituiría un pensamiento precario o arcaico. Se confunden libertades distintas: la de presentarse a la cita y la de decidir si va a tener relaciones sexuales.

Esa es la "situación de poder" que no pudo describir con palabras el joven J. P.. No tuvo relaciones sexuales con B. por atracción física y nos refería que tampoco las quiso mantener, es decir, no las consintió. Claramente no pudo explicar por qué ocurrieron esos hechos, pero sus pobres palabras daban cuenta de esa situación de desigualdad de poder respecto de C. A. B.: "yo no decidía"; o "él ponía los términos de los encuentros"; o "yo nunca tomaba la iniciativa"; etc. Son todas referencias que se explican desde la comprensión del flagelo de la violencia sexual infantil, donde se "crea" esa situación de poder y luego se manipula al adolescente o niño.

Durante el abuso de ese poder "...existe ese posicionamiento asimétrico del adulto frente al niño, sus ámbitos de manejo y experiencia no tienen ningún punto de comparación, y esta disparidad siempre será mantenida. Tan importante es este factor que su ejercicio en general, hace innecesario el uso de la fuerza o violencia física para la concreción de los actos...." (Pedro Gutierrez en "Delitos sexuales sobre menores"; 2da. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Rocca. 2015, pag. 88).

Reprocharle al menor de 14 años por qué razón aceptó los encuentros con B. a sabiendas de lo que podría ocurrir demuestra el desconocimiento de la temática en curso, equiparable quizás a los reproches que se formulaban a la mujer víctima de un abuso sexual por sus vestimentas. No importa por qué fue hasta allí el menor ni las vestimentas de las víctimas: es el victimario, en este caso un hombre mayor de 67 años de edad -en aquella época-, con vínculos afectivos con el menor y su familia, y muy generoso con el dinero, quien debe evitar desplegar esa violencia psíquica o "situación de poder" para doblegar la falta de consentimiento del niño para llevar a cabo prácticas sexuales.

Además B. sabía que una persona de su edad no podía mantener contactos con un menor de edad y también del provecho que podía obtener a partir de una situación de poder económico. En cuanto al impedimento de contactarse con menores repárese en el reproche que le hizo a M. D. L. por no haberle informado la verdadera edad y que no podían seguir encontrándose porque tenía 14 años, lo que pone en evidencia este punto (ver chat de fs. 51; CPP, 366 y ver relato en Cámara Gesell; CD fs. 105 de la IPP 1920/17; CPP, 366) y también de aquella conversación que le pregunta a su joven interlocutor "...pareces grande, no serás demasiado chico?..." (ver fs. 87 de la IPP 1977-17; cpp, 366). En cuanto al provecho que obtenía de una "situación de poder", se demuestra claramente con las conversaciones que éste mantenía con diferentes interlocutores jóvenes, y basta con repasar aquellas que obran a fs. 90 vta ("...que problema hay que hagas algo más.... para vos... para probar, sabes que yo te recompensaré..."); a fs. 87 ("...probame, que necesitás??? quieres una carga a tu celu??..."); a fs. 92 ("...quisiera hacer algo para q la vida te sea mas fácilquisiera cargarte el celu". No debe olvidarse del caso de M. L., a quien expresamente le dijo que "...tener amigos mayores tiene su beneficio...", pero además le hizo entregas de dinero previo al encuentro, y al finalizar el mismo le prometió una suma mucho más importante para el siguiente, que se frustró por la denuncia.

Tampoco aporta nada a la solución del caso que la familia de P. se encontraba en una situación económica suficiente como argumentó el Dr. M., intentando de esta manera excluir la posibilidad de una dependencia o vulnerabilidad económica. Nuevamente debe señalarse que la vulnerabilidad de los menores de edad en relación a casos de abuso sexual no se resuelven por el poder adquisitivo de la familia. En adolescentes de 14 y 15 años, que sólo estudian y no trabajan, como era el caso de P., las importantes sumas de dinero que le entregaba B. tiene incidencia -aunque no determinante- en ese contexto de desigualdad. M. L. también fue impresionado desde este aspecto, y esto lo expresó en la cámara Gesell.

En otro orden de ideas señalo que el daño psicológico causado a J. P. también demuestra que fueron prácticas sexuales contra su consentimiento. En la cuestión primera del veredicto di por probado este punto e inexorablemente lo vinculé con los actos abusivos o traumáticos, ya que la víctima, su mamá y sus amigos, así lo refirieron durante el juicio de manera fundada y razonada.

No puedo receptar el argumento defensorista, es decir, que esos "enojos", cambios de humor repentino, agresividad, retraimiento, resulten comportamientos propios de la adolescencia. Trajo a colación que los adolescentes se encierran habitualmente en sus habitaciones con sus celulares, concluyendo entonces que resultaría un comportamiento propio de la edad. Pero ocurre que en este caso se denunciaron cambios de comportamiento muchos más graves y notorios que los señalados por el abogado defensor, incluso pesadillas, lo que no se compadece con aquel inocuo comportamiento. De lo referido por los testigos señalados y la palabra de la propia víctima todos los cambios que experimentó en esa época se compadecen con la situación traumática padecida y se alejan de una consentida relación.

Haber mantenido tanto tiempo en silencio estos hechos y haber podido revelarlos - y "sacarse una mochila de encima"- también se compadece con los abusos sexuales.

4. Hubo acceso carnal y por esa razón debe ser agravado el abuso sexual, entendiendo que encuadra en el tercer párrafo del art. 119 con la redacción actual o con aquella vigente al momento del hecho (ley 25087).

Discutió el defensor que haya existido penetración del pene en la región anal, y sólo admitió la práctica de sexo oral o "fellatio in ore". Dijo que al momento del hecho se encontraba vigente la redacción originaria del tercer párrafo del art. 119 del Código Penal, la cual debía aplicarse retroactivamente por ser más benigna (CP, 2), ya que no contemplaba al "sexo oral" como un supuesto de "acceso carnal".

Sin perjuicio que se probó en este juicio que C. A. B. accedió con su pene vía anal al menor P. -lo que cierra definitivamente la discusión-, lo cierto es que este Tribunal en un caso similar ya había sostenido -con voto del Juez Deleonardis, al cual adherí junto al Dr. Peralta- que la "fellatio in ore" ya estaba comprendida en la redacción de la ley 25.087 como un supuesto de "acceso carnal por cualquier vía" (Caso n° 1520, "Carlos Segura s/abuso sexual agravado"), a cuyos argumentos me remito en honor a la brevedad.

5. Los actos sexuales a los cuales fue sometido J. P. configuraron una promoción de corrupción de menores de dieciocho años agravado por engaño, en los términos del art. 125, primer y tercer párrafo del Código Penal.

No se trata de un tipo penal de resultado y ello se advierte en el empleo por parte del legislador de los términos "promoción" o "facilitación" de la corrupción y no del término "corromper", lo cual hubiese denotado la exigencia de demostrar un "estado"

por parte del menor de 18 años. Entonces, tratándose de un tipo penal de peligro -en relación al bien jurídico- y de mera actividad -resultado como cambio en el mundo exterior no separable de la acción- no es exigible que la víctima se halla corrompido efectivamente. No debe probar el acusador la realización de actos sexuales anormales ni perturbaciones psicológicas.

El núcleo del tipo penal es la posibilidad cierta de interferir en el proceso de formación de la sexualidad o de su normal desarrollo mediante la práctica de actos que tengan la capacidad de degenerar o depravar sexualmente a la víctima.

Y en este caso, la actuación de C. B. encaja en el tipo legal de promoción de la corrupción porque aquel lo obligó a J. P. a practicar actos sexuales prematuros y perversos, considerando la magnitud de dichos actos, su inexperiencia en ese aspecto de la vida y que contrastaba gravemente con su libre elección de la sexualidad.

La calidad de "prematuros" la doy por probada a partir de la consideración de su edad (14 años), resultando claramente inadecuadas -por su entidad- las prácticas sexuales a las que fue sometido y según se tuvieran por probadas en la primera cuestión del veredicto, a donde me remito en honor a la brevedad.

La calidad de "perversa" de esos actos la entiendo configurada de la circunstancia de haber sido P. obligado a mantener relaciones sexuales de suma relevancia (fue accedido vía oral y anal) a la edad de 14 años, con una persona de su mismo sexo y que lo cuadruplicaba en su edad, además de retribuirle con dinero. Claramente esos actos tienen la capacidad y entidad suficiente para crear el vicio de prácticas sexuales que implican un ejercicio anormal de acuerdo a su sexualidad, porque la víctima nos informó en el juicio -y lo confirmaron sus amigos y familiares- que nunca mantuvo relaciones homosexuales y que su elección era la heterosexualidad. Entonces, en su libre elección de la sexualidad los actos a los cuales fue sometido y en la forma en que se realizaron tienen entidad suficiente para inducirlo a prácticas extrañas a su opción sexual.

El Defensor cuestionó que el Fiscal hubiese empleado la agravante del "engaño" en vez de la "violencia" que prevé el mismo tercer párrafo del art. 125 del Código Penal y que fuera la utilizada respecto del abuso sexual, y de allí infirió que ni el propio acusador creía en la existencia de violencia.

Al igual que lo dijera previamente, todas las modalidades comisivas se podrían concentrar en "violencia", "amenaza" o "abuso", y más en los supuestos de abuso sexual infantil, donde la modalidad no es la habitual para los casos de abusos sexuales donde las víctimas resultan ser mayores de edad.

El proceso mediante el cual se doblega la falta de consentimiento del niño/a para la práctica de actos sexuales resulta complejo, porque se entremezcla engaño, abuso de

poder, y en ese contexto el empleo de fuerza física es mínimo -como dice la propia especialista Virginia Berlinerblau-.

Por lo tanto, resulta tan admisible en estos casos la agravante de "engaño" como las de violencia psíquica o abuso de poder, y no resultarían excluyentes entre sí porque no se verifica ningún supuesto de concurso aparente de agravantes, sino que existe superposición como ya lo señalé previamente con cita en los autores De Luca y Casariego.

6. En cambio, sí tiene razón el defensor en cuanto a que el Ministerio Público Fiscal no probó que aquellos actos constituyan una promoción de la prostitución doblemente agravada, por haber sido cometida mediante engaño y contra un menor de 18 años de edad, previsto en el art. 125 bis del Código Penal.

En la cuestión primera del veredicto ya había adelantado que no probó la acusación algunas circunstancias que exige este tipo penal, como la venalidad, la multiplicidad de personas, la indeterminación, etc. El ofrecimiento dinerario resulta insuficiente por sí solo para la configuración del tipo objetivo. Pero a todo evento, digo que tampoco probó que el autor hubiese tenido el dolo para ello, y por el contrario, pareciera que solo "quería" -elemento del dolo- la satisfacción sexual personal.

Adelanto que no corresponderá dictar ningún pronunciamiento absolutorio al respecto porque no se excluye ningún hecho, sino que se trata de la exclusión de un tipo penal a partir de la correcta interpretación del único hecho o conducta.

Hecho n° 2 (se corresponde con los hechos 3 y 4 de la requisitoria de elevación a juicio; IPP 1920-17): Establecimiento de contacto con un menor de edad con el propósito de cometer un delito contra la integridad sexual y Abuso sexual en grado de tentativa, ambos en concurso ideal, con lo cual se puso en peligro el bien jurídico "integridad sexual" del cual resulta titular M. D. L.. CP, 42, 54, 119 párrafo primero y 131 (Ley 26904).

Al igual que el hecho anterior, todo el comportamiento de B. desde que se puso en contacto por intermedio de comunicaciones electrónicas con el menor L. hasta que logró el encuentro donde desplegó toda su actividad tendiente a satisfacer su deseo sexual se encuentra abarcado por un único "factor final".

Al mismo tiempo, ese comportamiento tiene un único disvalor normativo, con pluralidad de tipos penales.

Todo lo dicho me persuade que se trata de un único hecho o conducta con pluralidad de tipos penales (CP, 54).

1. Solo dejo a salvo mi opinión en cuanto a que aquellos actos que fueran tocamientos de la pierna ya constituían un abuso sexual, porque en ese contexto tenía connotaciones sexuales, tal cual lo refirió el propio M. L.. Téngase en cuenta que el

carácter sexual de un acto lo asigna el contexto, tal cual sostienen De Luca y Casariego, en la ob. citada, pág. 493/4. Sin embargo no puedo introducir esta modificación, porque variarían los hechos fijados por la acusación y la calificación legal (se trataría de un abuso sexual consumado), con lo cual no habría correlación con la sentencia y ello derivaría en una afectación a la defensa en juicio, derivado del derecho a ser oído en juicio (CN, 18).

2. Dicho eso, respondo al Defensor que había reclamado que el tipo penal de "grooming" fuera excluido, argumentando que la doctrina sostiene que este tipo penal es "desplazado" cuando el sujeto logra concretar su propósito sexual, es decir, por aquella figura penal que más gravemente lesiona al bien jurídico protegido. Se trataría de un supuesto de "concurso aparente de leyes" que consiste en la correcta interpretación de los tipos penales que aparecen como aplicables, pero por alguno de los principios (especialidad; subsidiaridad o consunción) un tipo penal desplaza a otro/s.

No es el caso de autos, porque el "grooming" es un tipo penal de peligro y en el caso que nos ocupa el abuso sexual ha quedado en grado de conato, es decir, que también se lo reprocha por la puesta en peligro del mismo bien jurídico. En ese contexto no puede haber ningún desplazamiento, ya que no se abarca el disvalor del "grooming" ni se ha avanzado a la siguiente etapa de "lesión" al bien jurídico.

3. En cambio, coincido con la defensa técnica en cuanto a que los actos llevados a cabo por B. dentro de su vehículo automotor y que damnificaran al menor L. no han tenido la entidad suficiente para configurar la promoción de la prostitución doblemente agravada, por haber sido cometido mediante engaño y contra un menor de 18 años de edad.

No se probaron los requisitos que exige la ley penal al igual que en el caso anterior, a donde me remito en honor a la brevedad.

No corresponde un pronunciamiento absolutorio porque se trata de un único hecho donde concurrían plurales tipos penales, por lo que sólo se trata de un correcto encuadre jurídico penal.

Los hechos 1 y 2 concurren materialmente entre sí. CP, 55

En síntesis, así lo voto por ser mi sincera y razonada convicción (CPP, 373, 375). A la misma cuestión planteada el Juez Peralta dijo:

Voto en igual sentido por ser esa mi sincera y razonada convicción (CPP, 375, 210, 373).

A la misma cuestión planteada el Juez Deleonardis dijo:

Voto en igual sentido por ser esa mi sincera y razonada convicción (arts. 375, 373 y 210 del CPP).

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada el Juez Fissore dijo:

De acuerdo a lo resuelto precedentemente, voy a proponer a mis colegas que:

1) Se condene a C. A. B. como autor penalmente responsable de los delito de abuso sexual agravado por haber sido cometido con acceso carnal en forma continuada y corrupción de menores agravada por engaño, ambos en concurso ideal entre sí, cometido en la ciudad de B. entre los años 2009 y 2010, en perjuicio de J. P. (hecho n° 1- CP, 45, 54, 55 "a contrario", 119 párrafos primero, tercero y 125, primer y tercer párrafo), y establecimiento de contacto con un menor de edad con el propósito de cometer un delito contra la integridad sexual y Abuso sexual en grado de tentativa, ambos en concurso ideal, cometido en la ciudad de B., desde fines de septiembre hasta principios de octubre del año 2017 en perjuicio de M. D. L. (hecho n° 2; CP, 42, 54, 119 párrafo primero y 131 -Ley 26904-), ambos hechos en concurso real (CP, 55) e imponerle la pena de doce (12) años de prisión, accesorias legales y costas del proceso.

2) Estimó además el Fiscal Dr. Rodolfo Moure -con adhesión del Particular Damnificado- que, en caso de dictarse veredicto condenatorio contra el imputado y de serle impuesta la pena por él requerida, en razón de su magnitud, se verificaría un sensible aumento del peligro que B. intentara profugarse y así evitar su eventual cumplimiento en prisión. En razón de ello, requirió que se dispusiera la detención del encausado, de conformidad con lo previsto por el art. 371 -último párrafo- del C.P.P., consintiendo en este caso que continúe la modalidad (arresto domiciliario con control de Monitoreo Electrónico) que viene sufriendo en la IPP 33/19 del Juzgado de Garantías N° 3 Dptal.

El Defensor Particular solicitó se rechace el pedido de las partes acusadoras, señalando que B. durante todo el proceso siempre estuvo a derecho, y que tiene la vía recursiva pendiente.

Aún reconociendo que las circunstancias señaladas por la Defensa se ajustan a lo efectivamente ocurrido desde la primera oportunidad en que C. A. B. fuera convocado al proceso desde que recuperó su libertad, manteniéndose en el domicilio entonces fijado y exteriorizando a partir de ese momento un acatamiento puntual a las citaciones que le fueran cursadas, es enteramente razonable presumir que dicho comportamiento no se seguirá verificando en el futuro, en razón de haberse arribado a un veredicto condenatorio que coloca al imputado frente a la probabilidad cierta de tener que afrontar una muy prolongada privación de su libertad ambulatoria.

En efecto, el veredicto condenatorio -aún cuando el mismo no se halle firme- goza de una presunción de certeza, a la vez que implica una sensible frustración de las legítimas expectativas del encausado de obtener a través del debate oral un fallo que lo desincriminara definitivamente de la grave imputación dirigida en su contra en este proceso. Esas expectativas -no sólo legítimas sino naturales en cualquier persona que se encuentre en tal situación- bien pudieron haberse visto alentadas ante la decisión de la Excma. Caámra de Apelación y Garantías en lo Penal en la etapa intermedia, disponiendo la libertad del nombrado.

Precisamente el encarcelamiento preventivo derivado de la condena de primera instancia no firme es una de las pocas situaciones en las que el profesor Luigi Ferrajoli considera justificada dicha cautela procesal, abogando por la realización de un proceso sin prisión provisional "al menos hasta la conclusión del juicio en primera instancia"(ver: "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal", Ed. Trotta, Madrid, 1998, pág 559).

Por supuesto que sería ilegítimo -y contrario a la naturaleza estrictamente cautelar y excepcional del encarcelamiento preventivo- pretender que el solo dictado de un veredicto condenatorio a pena de prisión de efectivo cumplimiento determinara la cancelación automática de la libertad o de las morigeraciones a la coerción otorgadas al imputado durante el proceso, como lo demuestran la gran mayoría de los precedentes resueltos por el Tribunal que integro, en los que -ante similares peticiones de la Fiscalía de aplicación del art. 371 in fine CPP- se resolviera mantener la libertad o morigeración que se hallaba cumpliendo el encausado (ver causas N° 29 "Escott"; N° 62 "Coronel"; N° 14 "Baque Vega" y N° 213 "González"), debiendo valorarse la peligrosidad procesal en cada caso concreto. Pues bien, las particularidades del caso bajo juzgamiento, bien expuestas por la Fiscalía, a partir de la magnitud de la pena impuesta por sentencia no firme, permiten sostener razonablemente que se ha verificado un sensible aumento -con relación al existente hasta este momento- del peligro cierto que C. A. B. intente profugarse y así sustraerse al eventual cumplimiento en prisión de la aludida condena. Por ello, de conformidad con lo previsto por el art. 371 -in fine- del CPP, corresponde disponer la inmediata detención del nombrado y su anotación a disposición conjunta con el Juzgado de Garantías n° 3 Dptal, en calidad de procesado. Ahora bien, el titular de la acción pública ha reclamado que la medida de coerción a aplicar resulta ser el arresto domiciliario con control de Monitoreo Electrónico, y en función de lo dispuesto en el art. 151 del CPP (y su doctrina), así deberá ser impuesta.

3) Por último se deberán regular los honorarios profesionales del Dr. G. A. M., por sus tareas desarrolladas como defensor particular del encausado C. A. B., y del Dr. J. M. D., por su labor en autos como patrocinante del particular damnificado, en la suma de pesos ciento veintiocho mil setecientos (\$ 128.700), equivalente a 75 jus, para cada uno, a los que se les deberá adicionar el 10% de ley (arts. 1, 9 inc. "I" apartado 3- "n" y "u", 15, 28, 33 y concordantes de la ley 14.967).

Así lo voto por ser mi sincera y razonada convicción (CPP, 373, 375).

A la misma cuestión planteada el Juez Peralta dijo:

Voto en igual sentido por ser esa mi sincera y razonada convicción (CPP, 375, 210, 373).

A la misma cuestión planteada el Juez Deleonardis dijo:

Voto en igual sentido por ser esa mi sincera y razonada convicción (arts. 375, 373 y 210 del CPP).

Por todo ello, citas legales, jurisprudenciales y doctrinarias vertidas, el Tribunal, por unanimidad, RESUELVE:

1) CONDENAR a C. A. B., DNI N° nacido en B. (Pcia de Buenos Aires), el, hijo de E. E. y de L. P., casado, instruido, maestro mayor de obra, último domicilio en calle N°, piso ..., Dpto ... de esta ciudad, por considerarlo autor, penalmente responsable de los delitos de Abuso sexual agravado por haber sido cometido con acceso carnal en forma continuada y corrupción de menores agravada por engaño, ambos en concurso ideal entre sí, cometido en la ciudad de B. entre los años 2009 y 2010, en perjuicio de J. P. (hecho n° 1)- , y establecimiento de con tacto con un menor de edad con el propósito de cometer un delito contra la integridad sexual y abuso sexual en grado de tentativa, ambos en concurso ideal, cometido en la ciudad de B., desde fines de septiembre hasta principios de octubre del año 2017 en perjuicio de M. D. L. (hecho n° 2) ambos hechos en concurso real (CP, 55) e imponerle la pena de DOCE (12) AÑOS de prisión, accesorias legales y costas del proceso (CP, 12, 30, 42, 45, 54, 55 "a contrario", 119 párrafos primero, tercero y 125, primer y tercer párrafo, 119 párrafo primero y 131 -Ley 26904-).

2) ORDENAR la INMEDIATA DETENCIÓN de C. A. B., en atención a haberse verificado un sensible aumento -con relación al existente hasta este momento- del peligro cierto que el nombrado intente profugarse y así sustraerse al eventual cumplimiento de la aludida condena (art. 371 in finedel CPP), disponiendo su arresto domiciliario en la misma modalidad (con control de Monitoreo Electrónico) que lo viene haciendo en al IPP 33/19 del Juzgado de Garantías n° 3 Dptal., anotándolo a disposición conjunta con este órgano jurisdiccional, para lo cual se deberán librar sendos oficios al órgano aludido y a la Dirección General de Control por Monitoreo Electrónico del Servicio Penitenciario Bonaerense.

3) REGULAR los honorarios profesionales del Dr. G. A. M., por sus tareas desarrolladas como defensor particular del encausado C. A. B., y del Dr. J. M. D., por su labor en autos como patrocinante del particular damnificado, en la suma de pesos ciento veintiocho mil setecientos (\$ 128.700), equivalente a 75 jus, para cada uno, a los que se les deberá adicionar el 10% de ley (arts. 1, 9 inc. "I" apartado 3- "n" y "u", 15, 28, 33 y concordantes de la ley 14.967).

Regístrese, notifíquese, una vez firme practíquese el cómputo de pena, las comunicaciones de ley, líbrese oficio al Registro Unico de condenados por delitos contra la Integridad Sexual y remítase a la S.G.A. a fin que sortee el Juzgado de Ejecución Penal que corresponda intervenir.

Jorge Daniel Peralta
Juez

Alfredo José Deleonardis
Juez

Gustavo Raúl Fissore
Juez

Ante mí: Patricia Zarini Auxiliar Letrada

REFERENCIAS:

TRIBUNAL EN LO CRIMINAL Nº 4 - MAR DEL PLATA