

"SESSAREGO, RODRIGO AGUSTÍN S/INC. EXIMICIÓN DE PRISIÓN"

C. 78842/II

San Isidro, 11 de Diciembre de 2014.-

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fs. 5/7.

Y CONSIDERANDO:

El Sr. Juez Pitlevnik dijo:

1. Antecedentes y agravios.

Viene la presente causa a conocimiento de esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por Rodrigo Agustín Sessarego a fs. 19, contra el auto obrante a fs. 5/7, mediante la cual el Sr. Juez a cargo del Juzgado de Garantías N° 4 Departamental resolvió no hacer lugar a la eximición de prisión del nombrado.

El Sr. defensor particular del encausado, habría asumido tal cargo - conforme emerge de fs. 41- con posterioridad a que el Defensor Oficial se notificara (fs. 8 vta) y su asistido apelara (fs. 19). En razón de ello habré de tomar los argumentos esgrimidos en el escrito de apelación de fs. 22/38, como fundamentos de la apelación "in pauperis" de su asistido, presentada el 28 de octubre de 2014 a las 11.05 hs. (fs. 19).

En dicho escrito, el recurrente presentó como motivo de agravio que, a su criterio, el Sr. Juez a quo basó su decisión únicamente en la escala penal del delito respecto del cual su asistido fue denunciado, sin acreditar la existencia de peligro de fuga o de entorpecimiento del proceso.

Asimismo, destacó que las pautas del artículo 169 del CPP. funcionan *iuris tantum* y no *iure et iure*.

En ese sentido, hizo referencia a que, desde su punto de vista, por el artículo 170 del CPP corresponde la eximición de prisión de su asistido, ya que este cuenta con arraigo, contención familiar, y no registra antecedentes.

Por otro lado, mencionó que no existe suficiente "sustrato fáctico" para detener al encausado dado que solo se cuenta con la denuncia y la orden de

recepción de testimonio de la víctima en cámara Gessel, cuando el artículo 151 del CPP. establece que la sola denuncia no alcanza para detener a una persona. Por esta razón, concluyó que no cabe otra solución que la eximición de prisión.

Por esos argumentos solicitó, además, que se declaren inconstitucionales los incisos 1 y 2 del artículo 169 del CPP. y se haga lugar a la eximición de prisión solicitada.

A su vez, se agravió en la calificación legal otorgada por el a quo al hecho investigado, dado que -en su opinión- la denominada *fellatio in ore* no configura acceso carnal, ni tampoco se incluyó en el relato del hecho una comisión reiterada.

Finalmente, hizo reserva de caso federal.

2. Admisibilidad del recurso.

El recurso traído a conocimiento de esta Alzada es tempestivo, quien lo interpuso -el imputado- tenía derecho a hacerlo, y cumple, en lo demás, con las exigencias legalmente previstas, por lo que corresponde declararlo admisible (artículos 174, 421, 433, 439, 442, 444 y concordantes del CPP.).

3. La inconstitucionalidad solicitada.

El recurrente introdujo en esta instancia un planteo de inconstitucionalidad de los incisos 1 y 2 del artículo 169 del CPP.

Sin embargo, desde mi punto de vista, dicho planteo -además de no haber sido introducido ante la instancia- no abasteca los requerimientos mínimos para el dictado de una medida de tanta trascendencia institucional como la invalidación judicial de los actos del poder legislativo, que representa la voluntad política del pueblo.

Ello, toda vez que advierto que los argumentos del Sr. Defensor Particular no incluyen una crítica razonada en base a cuestiones constitucionales, sino que utiliza, para fundar una supuesta inconstitucionalidad, los mismos agravios mediante los cuales solicita la revocación de la denegatoria de la eximición de prisión.

No debe olvidarse que la declaración de inconstitucionalidad constituye la última ratio del orden jurídico, toda vez que las leyes sancionadas y promulgadas

en concordancia con el procedimiento previsto en la carta magna gozan de presunción de legalidad y, por lo tanto, operan plenamente (CSJN Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300:241, 1087; 310:1162; 312:122, 809,1437; 314:424, entre muchos otros).

En tal sentido: "el acierto o error, el mérito o la conveniencia, de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse. Sólo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inocuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces" (CSJN Fallos 310:642; 312:1681; 320:1166). Por ello se sostiene que la declaración de inconstitucionalidad debe reservarse para los casos en que las normas "devienen indefendibles desde el punto de vista constitucional" (CSJN Fallos 322:232),

Por otro lado, es clara la doctrina establecida por la CSJN en cuanto a como debe interpretarse una supuesta colisión de normas. Al respecto el máximo tribunal ha sostenido que: "...de acuerdo al principio interpretativo sistemático, la Constitución constituye un todo orgánico y sus disposiciones deben ser aplicadas concertadamente, por lo que su interpretación no debe hacerse poniendo frente a frente las facultades enumeradas por ella para que se destruyan recíprocamente, sino armonizándolas dentro del espíritu general que le dio vida y se debe desechar la hipótesis de un conflicto entre distintas cláusulas constitucionales..." (CSJN, Fallos 322:385). Asimismo: "...las normas procesales penales deben interpretarse de modo que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías constitucionales, evitando darles un sentido que pone en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto..." (CSJN, "Santillán, Francisco A." Fallos 321:2021). A su vez: "...La interpretación de la ley debe practicarse computando la totalidad de sus preceptos, de manera que armonice con todas las normas del ordenamiento jurídico vigente y del modo en que mejor concuerde con los principios y garantías de la Constitución Nacional..." (Fallos 319:2610).

La Corte Suprema Federal ha establecido también que: "La exégesis de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus

disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor, a la vez que debe darse pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional” (Fallos: 296:372; 297:142; 300:1080, entre otros).

Estas son las variables que deben tenerse en cuenta en materia de interpretación de las normas jurídicas a efectos de realizar el control de constitucionalidad.

Por ello, quien cuestione la validez constitucional de una norma, y pretende que esta sea dejada sin efecto para el caso concreto, debe ser específico en aclarar y demostrar las razones que lo llevan a tal planteamiento exponiendo por qué la declaración de inconstitucionalidad es la única alternativa viable. A mi entender, lo reitero, dicho extremo no se encuentra abastecido en la presente.

Sin perjuicio de la falencia indicada, tampoco entiendo que pueda sostenerse razonablemente la invalidez constitucional de la normativa indicada.

Así las cosas, de la misma forma que el artículo 148 del CPP. meritúa el peligro de fuga -entre otras circunstancias- en la pena que se espera como resultado del procedimiento, no resulta agravante a la Constitución Nacional, de acuerdo a los lineamientos interpretativos señalados, que los incisos 1 y 2 del artículo 169 del CPP. limiten la excarcelación y la eximición de prisión por el máximo de la pena que prevea el delito que se imputa, en la medida que exista la excepción que prevé el inciso 3 del mismo artículo, para los casos en que resultare probable que pueda aplicarse una condena de ejecución condicional.

Ello, de mas esta decirlo, no implica establecer una presunción *iure et de iure* de peligro de fuga a partir de la pena en expectativa, sino que dicha circunstancia debe ser evaluada como posible indicador de tal peligro, en base a las cuestiones de hecho que tienen que ser comprobadas en el caso concreto (cfrme. CIDH., Informe N° 86/09 "Peirano Basso vs. Uruguay" y CSJN L. 200. XLIX. "Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/ estafa reiterada").

Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en el informe 12/96, del 1º de marzo de 1996 que "tanto el argumento

de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido". Estos estándares deben servir de guía para la interpretación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, como lo ha sostenido la CSJN en los fallos Giroldi (Fallos 318:514), Bramajo (Fallos 319:1840), Sánchez Reise (Fallos 321:1328) y Romero Cacharane (del 327:388), entre otros.

En virtud de lo expuesto, es que entiendo que no debe hacerse lugar a la inconstitucionalidad de los incisos 1 y 2 del artículo 169 del CPP.

4. La eximición de prisión.

a. El impugnante se agravió de la denegatoria de la eximición de prisión por entender que no se presentaban en el caso peligros procesales.

Este agravio a mi entender debe ser descartado.

En primer lugar, como sostiene el Sr. Juez a quo, el delito que "prima facie" se imputa al encausado prevé una pena en expectativa que supera la prevista por el artículo 169 inciso 1 del CPP. y asimismo, en principio, no ingresaría en las previsiones del inciso 3 del mismo artículo.

Por otro lado, el artículo 171 del CPP. dispone que no se concederá la excarcelación cuando existan indicios vehementes de que el imputado intentará evadir la acción de la justicia y el artículo 148 inciso 2º del CPP. establece la pena en expectativa como parámetro para merituar dichos indicios.

La pena en expectativa, entonces, en función de la imputación provisoria efectuada válidamente por el Magistrado en los términos del artículo 186 del CPP., conforma una pauta válida para evaluar el riesgo procesal a esta altura del proceso, de conformidad con los artículos 171 y 148 del CPP. ya indicados, y conforme lo explicara en el punto anterior.

Por ello, y dado que el delito que se le imputa al encausado prevé una escala penal que va desde los 6 hasta los 15 años de prisión, entiendo que -con los lineamientos referidos- por el momento puede razonablemente sostenerse la existencia de peligros procesales que justifican la denegatoria de la eximición de prisión que viene recurrida.

Esto último lo afirmo, con independencia de las circunstancias que introduce el recurrente ante esta instancia, relacionadas con el arraigo, el trabajo y la contención familiar con la que podría contar el encausado (conforme sostiene el Sr. Defensor), así como la caución que ofrece; las que, por no haber sido materia de valoración por parte de la instancia -toda vez que fueron acompañadas junto con el escrito recursivo-, entiendo que no corresponde evaluarlas a esta altura. Ello, claro está, sin perjuicio de la posibilidad de una nueva presentación ante el a quo con las circunstancias apuntadas cuya resolución -en todo caso- podrá ser revisada por esta Alzada.

b. El agravio relacionado con la supuesta falta de un "sustrato fáctico" suficiente, desde mi punto de vista también debe ser rechazado.

Cierto es lo que sostiene el recurrente en cuanto a la imposibilidad legal de dictar una orden de detención con la sola denuncia de la víctima de conformidad con lo establecido en el artículo 151 del CPP.

Sin embargo, en la presente aun no se ha dictado la orden de detención, sino que se ha denegado la eximición de prisión. Ello no implica necesariamente el dictado de la medida cautelar privativa de la libertad con el marco probatorio existente, sino la afirmación jurisdiccional de que -por el momento- podría justificarse tal medida en caso de que se alcance el estándar probatorio requerido.

El agravio en análisis parece impugnar el dictado de una orden de detención que aún no ha sido dictada, por lo que, a mi entender, debe ser rechazado.

c. Con respecto al argumento relativo a la calificación legal del hecho que se investiga, entiendo que también debe ser descartado.

Ello, por cuanto la calificación legal que ha hecho el Juez Garante es provisoria en base a las circunstancias denunciadas.

El artículo 186 del CPP. hace referencia a que la eximición de prisión se resuelve en base a la "estimación" que hace el Juez Garante, por lo que la critica a la calificación provisoria de los hechos investigados, mientras esta última sea razonable, deviene, desde mi punto de vista, prematura.

Sin embargo, no quiero dejar de mencionar mi criterio respecto de la cuestión que motiva el agravio relacionado con la calificación legal.

En la Causa N° 78.594/II, si bien en otra etapa procesal, se cuestionó la valoración como "acceso carnal" de la práctica denominada "fellatio in ore". En dicha oportunidad adherí al voto de mi colega de Sala, Dr. Stepaniuc, en cuanto a que debe interpretarse dicha práctica como constitutiva de la modalidad típica que configura la versión agravada del abuso sexual.

En dicha oportunidad se sostuvo que, además de haber sido expresamente mencionada en el debate parlamentario la voluntad de incluir la "fellatio in ore" como un supuesto de acceso carnal, la propia estructura del tipo penal, al hacer referencia expresa a que pueden ser sujetos pasivos personas de uno y otro sexo (por lo que la penetración pueda ser vaginal o anal) indica que la aclaración relativa a que el acceso carnal pueda ser "por cualquier vía" apunta a que la introducción del pene por vía oral importa un supuesto de tal acceso. En otras palabras, si las vías vaginal y anal son las únicas posibilidades de acceder carnalmente, no se explica la inclusión del concepto "por cualquier vía", toda vez que esas dos vías de acceso aparecen incluidas por el solo hecho de considerar como sujetos pasivos tanto a los hombres como a las mujeres.

Por ello, entiendo que la interpretación que ha hecho el a quo del artículo 119 del CP. y la subsunción típica efectuada en la presente es la correcta, teniendo en cuenta la voluntad del legislador en la última reforma de la norma que contiene el tipo penal, y se fundamenta en un criterio interpretativo de la norma vigente que encuentro adecuado.

5. La decisión.

Por los argumentos expuestos es que he de proponer al acuerdo que se declare admisible el recurso de apelación, no se haga lugar a la inconstitucionalidad de los incisos 1 y 2 del artículo 169 del CPP., se confirme la resolución impugnada en cuanto no hizo lugar a la eximición de prisión de Rodrigo Agustín Sessarego y se tenga presente la reserva de Caso Federal efectuada.

Así lo voto.

El Sr. Juez Stepaniuc Dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante Dr. Pitlevnik por los mismos motivos y fundamentos.

Así lo voto.

Por ello, el Tribunal RESUELVE:

I. DECLARAR ADMISIBLE el recurso de apelación interpuesto por el imputado a fs. 19 y fundamentado por su defensa a fs. 22/29 y vta. contra el auto de fs. 5/7 de la presente incidencia, de conformidad con los motivos expuestos en el considerando (artículos 174, 421, 433, 439, 440, 442 y concordantes del CPP.).

II. NO HACER LUGAR a la inconstitucionalidad de los incisos 1 y 2 del artículo 169 del CPP., de conformidad con los motivos expuestos en el considerando.

III. CONFIRMAR el auto de fs. 5/7 en cuanto no hizo lugar a la eximición de prisión de Rodrigo Agustín Sessarego, de conformidad con los motivos expuestos en el considerando (artículos 148, 169 "a contrario", 171, 185, 186, 434, y concordantes del CPP.).

IV. TENER PRESENTE la reserva de Caso Federal efectuada por la recurrente (artículo 14 de la ley 48).

Regístrese, notifíquese y devuélvase a la instancia de origen a sus efectos.

Sirva lo proveído de atenta nota de envío.

FDO: LEONARDO G. PITLEVNIK- JUAN E. STEPANIUC

Ante mí: ADRIANA R. ERNAGA