

ABUSO SEXUAL CON APROVECHAMIENTO DE LA INMADUREZ DE LA VÍCTIMA PREVISTA Y REPRIMIDA POR EL ART. 120 DEL CP. PRESUPUESTOS ESENCIALES.

AUTO NÚMERO: CIENTO DIECISÉIS.

Córdoba, veintinueve de marzo de dos mil once.

VISTOS: Las presentes actuaciones caratuladas “O.F.D. p.s.a. abuso sexual con acceso carnal – apelación defensiva-” (causa O-46/10), elevadas por el Juzgado de Control N° 2 de esta ciudad con motivo del recurso de apelación interpuesto por los Dres. Carlos Hairabedián e Ivana Rossi, en el carácter de co-defensores del imputado Fernando David Orlando, en contra del auto interlocutorio n° 290 de fecha 15/11/10 obrante a fs. 249/251 de autos, en cuanto resuelve: “No hacer lugar al control jurisdiccional presentado por los Dres. Ivana Rossi y Pablo Bollati a favor de su defendido y, consecuentemente, confirmar el decreto de detención ordenado por el Sr. Fiscal de Instrucción con fecha 22/09/2010 en contra del imputado F.D.O. p.s.a abuso sexual con acceso carnal (arts. 45, 119 tercer párrafo del CP)...”.

DE LOS QUE RESULTA: Que los vocales de esta Cámara de Acusación, reunidos con el objeto de dictar resolución en estos autos, disponen que emitirán sus votos en el siguiente orden: 1°) Gabriel Pérez Barberá; 2°) Carlos Alberto Salazar; 3°) Francisco Horacio Gilardoni.

Y CONSIDERANDO:

A) Que, conforme al orden que antecede, el vocal Gabriel Pérez Barberá dijo:

I) El Juzgado de Control de Segunda Nominación de esta ciudad, mediante el citado AI n° 290 de fecha 15/11/10, rechaza el control jurisdiccional interpuesto por la defensa técnica del prevenido Orlando en contra de la detención ordenada en su contra por el fiscal de instrucción del Distrito I, Turno 6 . Expresa que en el caso se evidencian motivos bastantes para sospechar la existencia del hecho que se investiga y la participación del imputado en el desarrollo de su comisión. En tal sentido reseña que los dichos del menor víctima (A.), junto a los testimonios de los demás menores y del personal policial actuante, corroborados a su vez por los informes químicos realizados, se erigen en pruebas directas e indirectas suficientes para arribar a una decisión incriminante en contra del imputado O. Manifiesta el juez que esta apreciación no cambia aun en la hipótesis de que el menor víctima le haya sustraído la billetera a su victimario, desde que ninguna de esas situaciones son excluyentes entre sí. Con relación al mérito procesal, expresa el juez que en el caso resultan de aplicación los incs. 1° y 2° del art. 281 del CPP. Entiende que el delito que se le atribuye (abuso sexual con acceso carnal) está reprimido con pena privativa de la libertad cuya escala penal no admite la condena de ejecución condicional, por lo que existiendo presunción *iuris tantum* de peligro procesal, considera que la medida de detención se presenta imprescindible para asegurar los fines del proceso.

II) A fs. 253/255 de autos comparecen los letrados Carlos Hairabedián e Ivana Rossi, en el mencionado carácter de co-defensores del imputado F.D.O, e interponen recurso de apelación contra el citado AI n° 290, agraviándose por el rechazo del control jurisdiccional presentado contra el decreto de detención de su defendido porque, a su entender, no sólo no existe base probatoria para el dictado de la medida, sino que tampoco existe riesgo o peligro procesal para sustentarla.

III) Concedido que fuera el citado recurso por el inferior (fs. 256), y recibidas las actuaciones por este tribunal e impreso el debido trámite legal (fs. 259), a fs. 260/264 comparecen los mencionados letrados e informan por escrito el fundamento de sus pretensiones (art. 465 del CPP). En primer lugar, manifiestan que no existen motivos bastantes para presumir la existencia del hecho ni la participación de su asistido en el desarrollo de su comisión. Reseñan que, tal como surge de las manifestaciones del licenciado Hugo Ñañez (integrante del equipo de psicología de la Unidad Judicial de Violencia Familiar), el relato del menor A. se presenta difuso, plagado de vaguedades e imprecisiones y con un esfuerzo por convencer y acomodar las respuestas. Expresan que en dicha entrevista con el psicólogo de la UJ, la supuesta víctima confesó su propósito de ingresar al departamento del aquí imputado para robarle, lo cual efectivamente ocurrió desde el momento en que, al ser sorprendido por la policía huyendo del lugar, se le secuestró, entre sus ropas, una billetera de propiedad de su defendido. Manifiestan que para ello se valió de un arma blanca, también secuestrada en autos, con la que probablemente se valió para violentar sexualmente a quien hoy se encuentra imputado en las presentes actuaciones. Expresan los defensores que, además de este relato vago y confuso, se ignora la verdadera identidad del menor víctima ya que ni éste ni sus amigos han concurrido al proceso a practicar los reconocimientos, cámara Gessell y pericias dispuestas. Asimismo, expresan que los testimonios de los menores que surgen de las primeras entrevistas se presentan incoherentes y contradictorios entre sí: mientras la supuesta víctima A. relata que el imputado le ofreció dinero y que él aceptó, luego manifiesta que estaba orinando y que debió interrogar a sus amigos sobre el diálogo mantenido con el imputado de mención. Asimismo, refieren que mientras la víctima adujo en un principio haber subido solo al departamento de su asistido, luego refirió que lo hizo con sus dos amigos, y que los otros dos bajaron por las escaleras. Sin embargo, los letrados expresan que los otros dos menores (O. y C. T.) en ningún momento subieron al departamento. Que, además, el policía Nimac vió a cuatro sujetos en la puerta del edificio y observó que sólo subieron dos. Manifiesta la defensa técnica que no hay por parte de la víctima una versión uniforme ni coincidente en sus dichos, y que esta situación perfila nítidamente su tendencia a la mentira. Refieren que esta actitud mendaz de la víctima se compadece con la posterior renuencia a comparecer ante la justicia. Manifiestan que la versión relatada por A. tiene por objetivo eludir cualquier auto-incriminación elaborando una historia en perjuicio de su defendido O. a quien, producto de la violencia armada a la que era sometido, le era imposible hablar, encender la luz y abrir

la puerta. Expresan los defensores que el Sr. juez de control incurrió en “exceso de simplificación” con relación a las secuencias del conocimiento habido entre los protagonistas y el ingreso al departamento. Refieren que la versión de A. no puede hallar respaldo en la del resto de sus amigos, en virtud de que éstos no estuvieron en el lugar del hecho ni vieron lo ocurrido. Por otra parte, expresan que si el juez acepta como hipótesis que el menor A. le sustrajo la billetera a su asistido mediante el empleo de violencia, no es posible entender, desde la lógica, cómo en ése contexto aquél pudo ser víctima a la vez. Reseñan que el magistrado no ha salvado esta evidente contradicción fáctica pues aceptar lo uno implica negar lo otro. En lo que respecta al mérito procesal que sustenta la medida de coerción, aduce la defensa técnica que el juez de control no ha respetado la riquísima jurisprudencia proveniente de esta Cámara de Acusación, la que es por demás conocida y a la que se remite en honor a la brevedad. Aduce que, en lo sustancial, la jurisprudencia de la cámara no es limitativa para conceder la libertad mientras se sustancia el proceso con prescindencia del monto de la pena del delito que se imputa. Sustenta y apuntala tal criterio con nutrida cita de autores que, en términos generales, deslegitiman el encierro carcelario antes de la condena firme. En virtud de lo expuesto, solicitan se haga lugar al recurso de apelación interpuesto y se ordene la inmediata libertad del imputado F.D.O..

IV) Teniendo en cuenta la naturaleza de los agravios contenidos en la pretensión recursiva ejercitada por los defensores del imputado O., corresponde analizar la situación procesal por la que éste atraviesa en función de lo dispuesto en el artículo 272 del CPP, tanto con relación a la existencia de motivos bastantes para sospechar su participación en el hecho intimado, como en función de lo dispuesto en los incs. 1º y 2º del art. 281 del CPP –atento la remisión efectuada por el citado art. 272 del mismo ordenamiento jurídico–, a fin de determinar si existe riesgo procesal suficiente como para mantener la medida de coerción dispuesta en la presente causa.

IV.a) Así, al analizar los elementos de prueba hasta el momento colectados en las presentes actuaciones, se advierte, tal como lo esgrime el juez, que son suficientes para sustentar la sospecha de existencia del hecho principal como la participación del imputado en el desarrollo de su comisión (conf. art. 42 de la Cont. Pcial. y art. 272 del CPP).

En efecto, tras una atenta lectura de la fundamentación de los agravios expuestos (fs. 260/264), queda en claro que los apelantes se limitan, simplemente, a realizar una serie de manifestaciones que indican su propio punto de vista en relación con el mérito de la causa, pero que de ninguna manera pone en crisis la argumentación del inferior, la cual, por lo demás, resulta correcta, pues constituye una derivación razonable de las constancias de autos, razón por la cual la comparto en su integridad.

Es que las distintas referencias del menor G.A. parecen lo *suficientemente consistentes en lo relevante*, en cuanto a que, sin desconocer los puntos que puedan restar aún por esclarecer en esta causa, de ellas resulta *probable* que el imputado O. haya mantenido un trato sexual con aquél a

cambio de un monto dinerario ya que, en tal dirección, esas referencias aparecen sustentadas, a su vez, por los elementos de juicio que el *a-quo* cita en la decisión que aquí se le critica (dichos de sus amistades, del personal policial y presencia seminal en el hisopado anal efectuado al imputado de mención).

Veamos: a) en la entrevista psicológica de fs. 15/16 de autos, efectuada a escasas horas de descubierto el suceso, el menor A. dijo que: encontrándose junto a dos amigos en inmediaciones de la peatonal del fundador (calle Ayacucho) entablaron conversación con un sujeto (identificado luego como F.D.O.) quien, tras mantener una charla, les ofreció dinero a cambio de tener con él un trato sexual. Esta circunstancia se ve corroborada por los dichos del oficial Frizzo (fs. 122/124) y del cabo Jodar (fs. 125/126) en cuanto dan cuenta de que, a pesar de ciertas contradicciones, los dos menores que controlaron y entrevistaron en la vereda del edificio –O. y C. T.- se manifestaron siempre por el ofrecimiento dinerario de parte del imputado a cambio de sexo en la ocasión. b) Por otro lado, el menor A., en su entrevista inicial (esto es, a horas de desencadenado el suceso), relató que subió solo al departamento, circunstancia ésta que se ve corroborada no solamente por los dichos de sus dos amigos (fs. 34) sino también y fundamentalmente por la versión del cabo Nimac, quien, avizorando una situación anómala, inició un seguimiento de los cuatro individuos (tres menores y un mayor), apreciando que sólo dos de ellos efectuaron su ingreso al edificio, en tanto que los otros dos quedaron en la vereda del lugar (fs. 01/02). c) También, el menor A. hizo referencia a lo largo de sus declaraciones que “el sujeto le pidió que lo penetrara, que así lo hizo y que acabó normalmente”, y esta circunstancia también se ve corroborada por el informe químico de fs. 176 en cuanto da cuenta de la presencia seminal en el hisopado anal efectuado al sospechoso de autos. Además, dijo el menor que luego de consumado el acto sexual, bajaron y observaron la presencia policial que controlaba a sus amigos, lo que otorga mayor credibilidad a sus dichos, ya que ello efectivamente sucedió conforme surge del relato del policía Nimac y de los propios menores (O. y C. T.) que dan cuenta de esta situación (fs. 01/02 y 34). En definitiva, no parece haber motivo válido para desconfiar de los dichos del menor víctima, desde que, a la luz de lo expuesto *supra*, éstos se presentan lo suficientemente coherentes, cuanto menos en lo que hace a la existencia del acto sexual, y se ven sustentados, además, por el resto de los elementos de convicción.

No empece a esta conclusión la circunstancia de que la víctima haya incurrido en ciertas imprecisiones o contradicciones en el relato sobre cómo fue el inicio de la conversación mantenida con el imputado o sobre las circunstancias apuntadas con relación a la cantidad de sujetos que subieron al departamento del victimario. Es que las imprecisiones del menor A. sólo surgen en esos puntuales aspectos y con posterioridad a aquella primera entrevista de fs. 15/16, esto es, a partir del recorrido que junto a su madre y a la oficial sub-inspector Ivana Castillo hicieron juntos en aras de explicar las

circunstancias de tiempo, modo, lugar y personas en las que se desarrolló el suceso que es materia de investigación. Y no es menos cierto que la presencia de su progenitora en la ocasión explica de alguna manera ciertas imprecisiones en su declaración, quizá, al solo fin de justificar su momentánea, aunque no desviada, conducta sexual, lo que se corrobora, en cierta manera, merced a los dichos expuestos por la oficial Castillo a fs. 117/118 de autos. De cualquier manera, fuera de esta apreciación, es obvio que no corresponde desvirtuar el testimonio íntegro de la víctima por diferencias que puedan existir entre su inicial relato y uno posterior sobre aspectos secundarios que para nada alteran el relato principal del hecho que es materia de investigación. Tampoco logra enervar ese testimonio principal la versión del robo aportada por el imputado y sus abogados defensores. Es que, más allá de que la afirmación de ésta no implica la necesaria negación de la otra (versión de la víctima), tal como correctamente lo adujo el Sr. juez de control en el decisorio impugnado, considero, no obstante, que aquella se muestra algo inconsistente a la luz de los extremos acaecidos y demostrados en autos. En efecto, me pregunto lo siguiente: a) si en su versión inicial el propio imputado deja entrever que fue víctima de un robo con arma blanca y su propia defensa técnica (con base en la entrevista de fs. 15/16) aduce que ésa era la intención inicial de los menores ¿por qué motivo ingresó sólo uno de ellos al departamento del imputado, cuando en realidad podrían haberlo hecho los tres?; b) suponiendo que la violencia armada se produjo dentro del departamento del imputado, ¿acaso no parece razonable que, encontrándose dentro de su propio ámbito de intimidad, frente a un individuo menor en edad y con un físico menos privilegiado, quien contaba en su poder tan solo con un arma blanca, O. no haya repelido o intentado repeler la supuesta violencia de quien dijo ser su agresor? ¿Acaso deviene lógico que frente a tal situación, ninguna acción (vgr: gritar o pedir auxilio) haya ejercitado frente al insistente llamado de puerta que vecinos y la policía desarrollaban en la ocasión? Más aún, si la versión dada por el imputado y su defensa técnica es la de haber sido víctima de un hecho de robo: ¿es posible concebir desde la lógica y la experiencia que la supuesta víctima colabore con el supuesto autor para lograr su huída del lugar? Repárese en los dichos del cabo Nimac y del oficial Frizzo en cuanto observan perfectamente las circunstancias en que el menor vestido con buzo de capucha roja se desprendía de una ventana del departamento del mayor, ayudado por éste que lo sostenía con una bata o toalla (ver – fs. 01/02 y 127/128- y –fs. 122/124- respectivamente). Si bien es cierto que desde la cocina del departamento no existe un ángulo del todo apropiado para lograr una acabada visual de la ventana del dormitorio del imputado, no es menos cierto que, conforme surge de las fotografías de fs. 209/233, croquis de fs. 04 y acta de inspección ocular de fs. 05, esa visión es bien posible extraerla desde el lavadero de la pensión, que se ubica contiguo a la cocina, lo que se ve corroborado por los dichos del oficial Frizzo en cuanto da cuenta de esa situación (fs. 122/124). En definitiva, todas estas preguntas así formuladas no encuentran por el momento y a la luz del contexto integral de la prueba acumulada

en autos sino una respuesta lógica y coherente que sólo puede sustentarse en los dichos de la víctima A. y demás constancias de autos, erigiéndose todo este material en un antecedente serio y eficaz para llegar a la conclusión arribada, esto es, a la existencia de motivos bastantes para sospechar tanto de la existencia del hecho como así también de la participación del imputado, legalmente requeridos para la procedencia de la medida de coerción (art. 42 de la Const. Pvcial. y 272 del CPP).

IV.b) Con respecto a la existencia de riesgo procesal suficiente como para mantener la medida de coerción (detención), considero apropiado, y ello por la influencia que es susceptible de ejercer, expedirme previamente sobre la calificación legal que estimo adecuada y aplicable al suceso anoticiado. Si bien este asunto no fue señalado como punto de agravio por el defensor, no es menos cierto que, con base en el principio *iuria novit curia* (CPP, art. 410) me permito, en adelante, ingresar en la cuestión. Al respecto, esta cámara ya ha sostenido que el “principio *iuria novit curia*”, adecuadamente interpretado, permite a este tribunal ingresar en el tratamiento de la calificación legal o subsunción jurídica dada al hecho por el *a-quo*, aunque no haya sido su examen punto de agravio específico del apelante, con sólo dos condiciones limitativas: en primer lugar, que el recurso sea al menos formalmente admisible en lo demás; y, en segundo lugar, que ese reexamen jurídico no importe una violación de la prohibición de la *reformatio in peius*, en los términos del art. 456, último párrafo del CPP” (C.Ac., causa “Irusta”, AI n° 182 del 01/07/08, a cuyos fundamentos respecto a este tema me remito, *brevitatis causae*). Pues bien, dado que en el presente caso se configuran los requisitos señalados en el precedente citado para ingresar de oficio al tratamiento de la calificación legal del hecho, me avocaré a ello, brevemente, a continuación.

Tal como surge de las constancias de autos y más precisamente de las directivas de fs. 23, al imputado F.D.O. se le atribuyó originariamente la supuesta comisión del delito de abuso sexual con acceso carnal en los términos del art. 119 inc. 3° CP., hecho éste por el cual se ordenó su detención (fs. 74). Sin embargo, a poco de examinar las circunstancias del hecho que le fuera intimado al aquí traído a proceso, se advierte que, en su relato, éste presenta rasgos y características que son propias del delito de facilitación o promoción a la corrupción (art. 125 del CP).

Pues bien, en desacuerdo con la postura adoptada por el fiscal, considero que el suceso aquí anoticiado no es subsumible ni en uno ni en otro delito. Es que a los fines de la configuración del delito de abuso sexual con acceso carnal –art. 119 inc. 3° del CP- deviene necesario que exista por parte del sujeto activo la introducción –total o parcial- de su miembro viril en la vagina o ano de la víctima (varón o mujer), acciones estas que, por obvias razones, sólo pueden ser ejecutadas por el individuo varón, pero que, según el relato hasta hoy existente, no se han perpetrado por parte del imputado F.D.O. en la persona del menor A. Y si bien es cierto que parte de la doctrina a nivel nacional se ha inclinado por sostener que, a partir de la reforma operada por ley n° 25.087, también puede ser sujeto

activo de este delito la mujer u hombre que se hace penetrar por la víctima (Cf. REINALDI, Víctor Félix, *Manual de derecho penal de Ricardo Nuñez, p. especial*, 4ª edic. actualizada, Marcos Lerner, Córdoba, 2009, p. 143; BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Tratado de derecho penal, p. Especial, T.I*, 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 2009, p. 422 y ss; CLEMENTE, José Luis, *Abusos sexuales*, 2ª edición, Marcos Lerner, Córdoba, 2000, p. 100; entre otros), no es menos cierto que, otro gran sector doctrinario se inclina por la imposibilidad de que, en concreto, la mujer sea sujeto activo de este delito (cf. GAVIER, Enrique A., *Delitos contra la integridad sexual*, Marcos Lerner, Córdoba, 1999, p. 31 y 35; DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la integridad sexual*, 2ª Ed. actualizada, Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As., 2005, pp. 67/69; LAJE ANAYA – GAVIER, *Notas al código penal argentino, actualización a la 1ª ed.*, Marcos Lerner, Córdoba, 2000, p. 343; entre otros), interpretación a la que adherido esta cámara (Cf. “Salzmann Carvajal”, AI n° 498 de fecha 22/12/08) y que también vale aplicar respecto del hombre homosexual que se hace acceder por el varón víctima (tal como sucede en el presente caso). Y esta interpretación subsiste en nuestro sistema amén del reemplazo del verbo *tuviera* por *hubiere* en la nueva fórmula legal. Esto último es así, según algunos autores, porque el cambio de verbo obedece “...a un error en la copia del texto de España...” (DONNA, Edgardo Alberto, ob. cit., p. 69), o bien porque –según otros–, la diferencia de empleo de uno y otro verbo no es novedosa en nuestro código penal pues ella existía en el anterior texto del art. 127 sustituido, norma que, por haber definido a la acción típica de abusar deshonestamente en forma negativa, a través de la fórmula “sin que haya acceso carnal”, demostraba la irrelevancia de la disquisición (cf. LAJE ANAYA - GAVIER, ob. cit., p. 343). De cualquier manera, independientemente de la postura asumida, lo cierto es que tampoco se han evidenciado en el caso ninguno de los modos o medios típicos de realización enunciados por la respectiva norma penal, y ello, sin duda alguna, deja al hecho fuera del mencionado tipo penal. Es que no sólo no nos encontramos frente a una víctima menor de 13 años de edad (ver fs. 191), sino que, además, tampoco existe entre ambos protagonistas alguna de relación de superioridad o dependencia por el cual aquella, violentada, haya accedido a la pretensión del autor. Tampoco estamos frente a una víctima privada de razón, de sentido, o que tenga causal que le impida resistirse: vale recordar que fue esta última la que voluntariamente concurrió al departamento del traído a proceso, siendo consciente de que algún tipo de trato sexual podía tener con el nombrado, lo que finalmente acaeció por decisión y voluntad propia, sin haber sido objeto de violencia, engaño o amenaza en la ocasión. Basta con apreciar la declaración del menor A. -*supuesta víctima*- y de sus dos amigos como para darse cuenta de ello (fs. 15/16 y 34).

Desde otro costado, considero que tampoco encuadra el hecho en la figura contemplada en el art. 125 del CP (promoción o facilitación a la corrupción de menores de edad), tal como parece surgir del relato intimado a fs. 165/166 de autos. Al respecto, es sabido que, en general, los actos corruptores se

individualizan en tres direcciones, señalándose que son aquellos que se caracterizan por ser perversos, prematuros o excesivos. “Son perversos, los actos que en su ejecución o en sus modos de realización son anormales, (...). Son prematuros, aquellas prácticas llevadas a cabo precozmente, con un menor que por su edad y desarrollo no alcanzó aún el grado de madurez física y psíquica que según la naturaleza y la sociedad se requieren para mantener una vida sexual anormal y son excesivos, los actos sexuales que implican una demasía de lujuria, que están impregnados de una lascivia, desmesurada o extraordinaria” (cf. LAJE ANAYA – GAVIER, *Notas al Código Penal Argentino*, Tomo II, Parte Especial, Marcos Lerner, 2000, p. 183). Se trata de un delito de tendencia cuya materialidad consiste en la realización de actos materiales idóneos para enviciar y depravar la conducta sexual de los menores. Desde el punto de vista subjetivo requiere dolo directo, que consiste en la consciente y voluntaria actuación del autor en procura de la depravación de la víctima (Cf. REINALDI, Víctor F., *“Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino”*, Marcos Lerner, Córdoba 1999, p. 146). A poco de ahondar en las circunstancias del suceso investigado, entiendo que la actividad sexual evidenciada por la prueba de autos no sólo carece de la aptitud suficiente como para corromper o depravar al menor, sino también de una intencionalidad dirigida a ese fin. En efecto, no puede decirse que, en este caso, el acto sexual haya sido excesivo desde que es obvio que está lejos de verse impregnado de una lascivia extraordinaria. Por otro lado, considerando que la víctima es un sujeto varón, que cuenta ya con 14 años de edad y, por lo demostrado, expuesto a condición de marginalidad y promiscuidad integral (fs. 15/16), tampoco puedo decir que nos encontremos frente a un acto llevado a cabo precozmente. Mucho menos puede decirse que en este caso haya existido corrupción de menores por el carácter homosexual del acto practicado (consta en autos que el mayor sería efectivamente homosexual ya con anterioridad), dado que sostener ello importaría afirmar que la homosexualidad importa, *per se*, un acto sexual “desviado”, o “anormal” o “depravado”, lo cual va en contra no sólo de la legislación vigente (que en tanto admite el matrimonio entre personas del mismo sexo acepta implícitamente la posibilidad de que los contrayentes sean homosexuales, y ello importa una clara demostración de la neutralidad estatal respecto a la calificación de la homosexualidad o de la heterosexualidad como práctica sexual “normal”), sino también de la opinión más actualizada de los especialistas, que la propia CSJN citó ya en 1991 en *Fallos*, 314:1531, sentencia en la que criticó la posición de quienes sostienen que la homosexualidad constituye una “desviación del instinto sexual normal”, sosteniendo que ello “no es asunto susceptible de una determinación científica concluyente... Esta Corte interpreta que lo único que puede significar [esa] expresión... es que ella es el resultado de una encuesta ficta de lo que sería la elección de las mayorías de las personas..., [y] si se partiera de la hipótesis de que dicha encuesta no fuera ficta, sino que se hubiera efectivamente realizado y arrojara el dato de que en el mundo existe una mayoría heterosexual, sería una falacia (desde los días de Hume) extraer de esa

conclusión empírica un juicio de valor contrario a la homosexualidad... Ocurre, empero..., que de las actuales aseveraciones de la ciencia médica no surgen criterios que permitan sustentar la opinión sobre el carácter de desviación (como patología) de la condición homosexual” (luego siguen las pertinentes citas bibliográficas de la literatura médica especializada: cf. consid. 18 del voto del ministro Petracchi). Y es obvio que estas circunstancias tampoco traducen que la finalidad o intención del sujeto activo, al cometer este accionar, haya sido el de depravar o enviciar sexualmente al menor. Antes bien su conducta aparece, por las circunstancias en que se produjo, como un aislado desfogue sexual con una persona de su mismo sexo a la que acude para ello, pero no para corromperla, que es lo que exige la ley. En este sentido, calificada doctrina es clara al referir que “...para que se tipifique la promoción de la corrupción será menester que la repetición o el carácter extraordinario de los hechos revelen la tendencia depravadora, pues de no ser así, de presentarse el hecho con el propósito de desahogar sus impulsos eróticos, no podrán trascender de los tipos mencionados...” (Cfr. GAVIER, Enrique A., obra cit. pág. 68). Bien explica Núñez en su voto como vocal del TSJ Cba. en autos “Alaye, José Nome” que “hay cierta diferencia entre un acto de ‘promoción a la corrupción’ y un acto de ‘desahogo sexual’ por torpe que éste fuera, lo cual se puede comprobar en una fuente tan autorizada como la jurisprudencia y la doctrina formuladas alrededor del primitivo art. 334 del Código Penal francés (Garuad, *Traité Sur Droit Penal Français*, V, 1924, 517 y sgtes). Uno y otro acto tienden a satisfacer deseos del autor, pero su esencia, en la cual reside su criminalidad, es distinta. El uno, el acto de desahogo sexual, lo que tradicionalmente se llama ultraje violento al pudor individual, acto libidinoso o abuso deshonesto, encuentra su criminalidad en la circunstancia que lo gobierna, de ser un medio de desahogo inmediato del propio deseo sexual. Mientras éste sea el significado objetivo y subjetivo del acto, su carácter no cambia en virtud de la mayor o menor depravación o viciosidad de su modo: siempre es y significa una conducta dirigida por la idea deshonesto de desfogar el instinto sexual a costa de la pudicia ajena, a la que sólo pretende ultrajar el autor. El otro, acto corruptor, no tiene ese mismo fin. El autor busca, como objetividad principal e inmediata, depravar la conducta sexual de la víctima, propagar el vicio, estructurando la conducta del sujeto pasivo a semejanza de la suya. El concepto de esta acción infame es el que traduce rectamente la fórmula ‘promover la corrupción’, lo que es muy distinto a desahogar el propio instinto sexual, aunque este objetivo pueda representar la meta final del autor. A la distinta pasión impelente, el legislador le atribuye distinta criminalidad.” (Cfr. TSJ Cba. Sala Penal, autos “Alaye, José Nome”, mayo-7-1957). Víctor F. Reinaldi señala que “el tipo calificado del art. 119 3er. párrafo admite el acceso carnal por cualquier vía, de modo que no bastará que éste tenga lugar por una vía distinta a la vaginal para que ya se tenga al hecho como corruptor, si la finalidad del autor no fue otra que la de lograr un desahogo de su apetito sexual...” (Cf. REINALDI, Víctor F., *Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino*, 2da. edición actualizada, Marcos Lerner, Córdoba 2005,

p.182). Estas son las características de las que, a mi entender, se nutre el presente caso: un acto tendiente simplemente a un desfogue sexual, pero que no es una promoción de la corrupción porque, por su modo de realización, y además, por su unicidad e instantaneidad, no aparece como una acción que tenga entidad suficiente ni una finalidad subjetiva para torcer el instinto sexual del menor víctima.

Dicho esto sobre la corrupción de menores, cabe puntualizar que tampoco concurre en estos autos el delito de promoción o facilitación de la prostitución (art. 125 bis del CP). Repárese que no hay “prostitución” si no hay una entrega a tratos sexuales habituales, venales y con personas indeterminadas. En el caso, la conducta del imputado, tendiente al ofrecimiento dinerario a cambio de sexo y su posterior materialización, carece de la magnitud suficiente para promover un estado de prostitución. Es que no se promueve ni facilita un modo de vida con un solo acto carnal, por más lucro que existiere en la ocasión. Lo que sí queda en claro, a mi criterio, es que, de configurar un delito penal, el hecho anoticiado (sin perjuicio de que aún restan exposiciones informativas que receptor) no sería sino susceptible de encuadrar *prima facie* en la figura prevista y reprimida por el art. 120 del CP (abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez de la víctima). Y ello es así desde que para su configuración se dan, en principio, los presupuestos esenciales de la figura penal en juego, a saber: a) abuso sexual sin acceso carnal gravemente ultrajante y b) el aprovechamiento de la inexperiencia sexual de la víctima (de 14 años de edad) que se manifiesta por la mayoría de edad del autor y el ofrecimiento dinerario para persuadirla y lograr su consentimiento (viciado, por cierto) a fin de arribar al objetivo sexual que se propuso. En tal sentido, debe advertirse que, conforme al texto legal vigente, debe dejar de verse a lo que anteriormente se denominaba “estupro” como un suceso en el que *vía seducción* se lograba tener relaciones sexuales con una víctima sexualmente inexperta. Mientras haya *inmadurez* de la víctima y aprovechamiento de ello por parte del autor, es perfectamente posible la figura delictiva en la que aquí se encuadra el caso, aunque no haya sido la “seducción” el modo empleado. Todo ello conlleva a que el hecho intimado a fs. 165/166 deba modificarse a partir de ahora en función de los parámetros señalados, sin perjuicio de que luego sea necesario modificarlo nuevamente en función del avance de la investigación (hay, por caso, entrevistas en cámara Gessell pendientes de realización).

En relación con ello, y en puntual respuesta al planteo defensivo, queda en claro, sin perjuicio de una eventual identificación dactiloscópica, que el menor G.A. es el mismo sujeto que se dice víctima en el presente caso y está debidamente individualizado: su propia madre lo reconoce con ese nombre y aporta su partida de nacimiento para hacer constar su verdadera edad y filiación. También sus propios amigos lo individualizan con nombre y apellido a lo largo de la instrucción (fs. 34).

V) Siendo ello así, y en lo que atañe a la cuestión de la libertad del imputado Orlando, resulta evidente que la imputación subsistente –a partir de este cambio de calificación legal operado- para nada

impide, *prima facie*, la aplicación de la condena condicional (arg. art. 26 del CP), pues –a mi entender– es claro que en el eventual caso de recaer condena, ésta, por ser la primera condenación y en función del mínimo legal aplicable (que parte de un mínimo de 3 años de prisión o reclusión), evidentemente sí puede ser impuesta bajo aquella modalidad.

Es que las circunstancias del hecho acaecido no exceden –a mi criterio– de la modalidad propia de comisión de un delito de estas características, por lo que nada impide que en caso de eventual condena la pena se situé en ese mínimo legal.

De cualquier manera, y tal como lo viene sosteniendo esta cámara en diferentes pronunciamientos (Cf. al respecto "Guerrero", AI n° 251 del 05/12/06; "Olivares", AI n° 416 del 04/12/06; y "Maza", AI n° 388 del 03/11/06; "Irusta", AI n° 182 del 01/07/08; "Flores", AI n° 492 del 19/12/08; "Ferreyra", AI n° 22 del 27/02/09, entre muchos otros), será lo que se examine a tenor del inc. 2° del art. 281 del CPP lo que resultará decisivo y dirimente para resolver la procedencia o no de la revocación de una prisión preventiva, lo cual es aplicable al presente caso en virtud de lo establecido por el art. 269 y la remisión dispuesta por el art. 272 del mismo ordenamiento legal.

En efecto, como es sabido, constituye reiterada doctrina de esta cámara, fundamentalmente a partir de los precedentes citados *supra*, que –en lo que atañe al mérito procesal del encarcelamiento preventivo– no es correcta la práctica usual de colocar el ‘centro de gravedad’ del art. 281 del CPP en el inc. 1° de dicho precepto pues, en rigor, en virtud del principio de inocencia establecido en el art. 18 de la CN –entre otras normas de jerarquía constitucional– y en el art. 269 del CPP (reglamentario de aquellas), lo que en última instancia justificará que a un inocente se lo encarcele preventivamente es la posibilidad de realizar una inferencia razonable de peligro procesal *concreto*, y ello traslada el centro del análisis al inc. 2° y al último párrafo del art. 281 del CPP. Al respecto, la importancia del inc. 1° de dicho artículo es apenas relativa. Pues nada impide conceder la libertad aunque *prima facie* no sea procedente la condena de ejecución condicional (ergo: el requisito en cuestión no es condición necesaria; cf. al respecto TSJ, Sala Penal, causa “González”, A. n° 24 del 30/3/05), ni tampoco es obligatorio conceder la libertad si la condena de ejecución condicional, siempre *prima facie*, es procedente (ergo: el requisito en cuestión no es condición suficiente).

Así, se ha sostenido que la consecuencia práctica de esta consideración es que, en cuanto a la verificación de la existencia de peligro procesal, una prisión preventiva nunca debería ser confirmada o revocada (o dictada o cesada) con fundamento únicamente en el inc. 1° del art. 281 del CPP. Se dijo que afirmar prisiones preventivas con ese solo argumento implica, en la praxis, generar automáticamente una categoría de delitos ‘no excarcelables’ (aquellos cuya pena mínima prevista en abstracto supera los tres años de prisión), lo cual es contrario a la Constitución Nacional y a las normas supranacionales de derechos humanos vigentes, pues viola los principios de excepcionalidad e

indispensabilidad, derivados directos, a su vez, del principio de inocencia (de acuerdo con esto MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, vol. I: *Fundamentos*, 2ª edic., Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 525, entre muchos otros). Y, por su parte, abstenerse de imponer prisiones preventivas con fundamento únicamente en el inc. 1º del artículo en análisis importaría no sólo desvirtuar la letra del inc. 2º del art. 281 del CPP, sino también –y fundamentalmente– cancelar en la práctica la función y el fin del instituto en aquellos supuestos en los que, pese a la procedencia objetiva de condena de ejecución condicional, existen no obstante indicios de peligro procesal concreto. Por eso toda imposición o todo cese de prisión preventiva, toda confirmación o todo rechazo de dicha medida, que aquí se tiene en cuenta por la expresa remisión que efectúa el art. 272 del CPP (detención), debe estar forzosamente fundado también en la afirmación o negación, según el caso, de la existencia de “vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación”; esto es, deberá siempre la fundamentación hacer referencia también a lo dispuesto en el inc. 2º y en el último párrafo del art. 281 del CPP (además por cierto del art. 269 de la misma ley), pues es allí donde el ordenamiento adjetivo recepta con mayor claridad el requisito constitucional de la insoslayable presencia de peligro procesal concreto para autorizar, excepcionalmente, el dictado de la medida. Es verdad que un análisis superficial del art. 281 del CPP, limitado a su ambiguo tenor literal, puede hacer aparecer a primera vista al inc. 2º como un mero requisito más para el dictado de la medida coercitiva, a aplicar –poco menos que– subsidiariamente sólo para el caso en que proceda *prima facie* condena de ejecución condicional y no obstante hubiere que negar la libertad. Pero si a la facultad de imponer prisión preventiva (que, como se dijo, aquí se tiene en cuenta en virtud de lo establecido por el art. 272) se la interpreta sistemáticamente, no sólo a nivel legal (acudiendo a normas como la del art. 269 del CPP, entre otras) sino también constitucional, resulta claro que lo dispuesto en ese inc. 2º del art. 281 constituye, en rigor, la *ratio legis* de este instituto y gravita por tanto, explícita o implícitamente, en toda consideración que se efectúe en torno a él.

Dicho esto, con relación –ahora sí– al art. 281 inc. 2º del CPP (al que se remite el art. 272 del mismo cuerpo legal), nada permite inferir el riesgo cierto de que Orlando vaya a entorpecer el esclarecimiento de la verdad, y mucho menos que, en este caso, se vaya a fugar.

En primer lugar, estimo que no existe la posibilidad de que en libertad, Orlando represente un riesgo concreto para el entorpecimiento de la averiguación de la verdad real, pues la prueba mayormente *relevante* que sostendrá un eventual juicio ya ha sido debidamente colectada: se trata, en efecto, de un acontecimiento que fue descubierto inmediatamente después de acaecido, y se cuenta además con las primeras entrevistas correspondientes, el secuestro de las vestimentas, los informes médicos efectuados, los hisopados analizados y demás constancias como fotografías, croquis y acta de inspección ocular. Si bien restan materializar la cámara Gessell de los tres menores y la pericia

psicológica de la supuesta víctima, no es menos cierto que el indicio de peligro procesal susceptible de surgir frente a la posible influencia negativa que pudiera ejercer el supuesto autor en el ánimo de esos menores para distorsionar su declaración, pierde toda virtualidad en la presente causa desde que nos encontramos frente a niños desconocidos para él, que viven prácticamente en la calle y en los que hasta el propio Estado ha fracasado en lograr su comparendo y ubicación, por lo cual es difícil concebir algún eventual contacto entre ellos.

En segundo lugar, las constancias de autos tampoco evidencian el supuesto peligro concreto de fuga. En este sentido, se avizora que Orlando es una persona joven (de 23 años de edad a la fecha de comisión del hecho), quien –según sus dichos, pues la investigación no ha proporcionado datos ciertos en tal sentido– tenía trabajo como empleado de un Call Center (el que ha perdido con motivo de esta detención), y tendría domicilio fijo en calle Constitución n° 564 3° piso, depto. “D”, b° centro de la ciudad de Río Cuarto –Pcia. de Córdoba–, vivienda en la que moraría junto a su madre y dos hermanas menores. En dicho contexto es claro, entonces, que la posibilidad de una fuga no aparece como una alternativa suficientemente sólida para él como para pensar que, en lo sucesivo, pretenderá colocarse en situación de prófugo, y ello se vislumbra no sólo por contar con esa contención familiar, sino por carecer, en principio, de las posibilidades económicas reales y necesarias para mantenerse en dicha condición.

Todo lo señalado anteriormente, analizado en conjunto, indica en efecto la inexistencia del peligro procesal referenciado y, en consecuencia, la necesidad de ordenar el recupero de la libertad, bajo una caución personal por la suma \$ 20.000, y demás obligaciones y condiciones que se estimen prudentes e idóneas para ejercer en su ánimo el constreñimiento suficiente para no sustraerse de la persecución penal o entorpecer la investigación, siempre bajo el correspondiente apercibimiento de ley, y cuya tramitación deberá ser materializada por el fiscal de instrucción interviniente. Así voto.

B) Que el vocal Carlos Alberto Salazar dijo: Comparto la relación de causa efectuada por el vocal preopinante y los argumentos por él expuestos en torno a la prueba que acredita la probable existencia del hecho y consiguiente participación del imputado en el desarrollo de su comisión, mas discrepo con el encuadramiento jurídico propuesto y con el análisis de la *peligrosidad procesal*.

Ya en los autos caratulados “Arce, José Alberto p.s.a. homicidio agravado por el art. 41 bis”, manifesté que “...Con relación a la mencionada cuestión de inconstitucionalidad, y por el hecho de no haber sido materia de impugnación en las instancias recursivas hasta ahora transitadas por alguna de las partes intervinientes en este proceso y obedecer, solamente, a la declaración de oficio que los vocales preopinantes propugnan, es que necesariamente mi opinión en contrario se estructurará a partir de los argumentos allí expuestos (técnica de trabajo no utilizada por mí en la generalidad de las causas en las que no voto en primer orden)...” (a.i. n° 306, del 26/06/09). En la presente, si bien no está en

juego lo relativo a validez constitucional alguna, lo cierto es que, de oficio, se propicia un cambio de calificación legal, modificación que adquiere particular interés en función de los, igualmente, interesantes argumentos ensayados por quien me precede en la votación. Es en ese orden que, adelantando mi desacuerdo con ellos, expondré las razones por las cuales, según entiendo, la calificación legal que se vislumbra del hecho intimado (corrupción de menores) resulta por demás ajustada a derecho.

Antes bien, vale aclarar que coincido con el vocal que me precede en el sentido de que el hecho anoticiado no es susceptible de encuadrar en la figura prevista y reprimida por el art. 119 3º párrafo del CP (abuso sexual con acceso carnal). El colega preopinante da, a mi juicio, las razones valederas para desechar la aplicación de dicha figura penal y a ellas me remito en honor a la brevedad. Sin embargo, y a diferencia de él, descarto que la figura contenida en el artículo 120 del código penal resulte aplicable al presente caso, en la medida que, aceptando que ella requiere el consentimiento de la víctima, no se verifica aquí un aprovechamiento por parte de O. respecto de la *ingenuidad o inexperiencia* del menor –requisitos ineludibles de la figura del estupro–, características de este último que resultan, a mi juicio, más que evidentes. Dicho de otra manera: inexperta o ingenua, seguramente no era la víctima.

Ahora bien, y en lo referente a la figura de corrupción, usualmente se comete el error de circunscribirla según el alcance que, desde algún sector de la doctrina, se le da a los términos que normalmente la definen. Tanto es así, que en la misma base fáctica se hace referencia a los hechos como *perversos, prematuros y excesivos*, casi como tomándoselos como adjetivos que, en todos los casos, parecieran siempre calificar simultáneamente a la conducta corruptora. Y si bien es cierto que quien me precede en el voto no ha cometido tal error, la diferencia de mi postura con respecto a la suya radica en asignarle al término *perversión* un alcance diferente –por las razones que brindaré *infra*– al que los prestigiosos doctrinarios que cita le dan, y él comparte.

Afirman Laje Anaya y Gavier que “...son perversos los actos que en su ejecución o en sus modos de realización son anormales, *porque no se ajustan a lo que sobre el particular dictan las leyes de la naturaleza...*” (concepto que el último de los autores citados reitera, incluso, en su obra *Delitos contra la integridad sexual*, Marcos Lerner, 1999, p. 70; lo destacado en cursiva, es mío). Y a continuación, brindan los ejemplos que, a su entender, constituyen tal calificación, como las prácticas homosexuales, coitos anormales, actos de sadismo, etc. Es decir, circunscriben a la perversión a cuestiones que, como anticipé (y fuera en la cita destacado en cursiva), se relacionan sólo con conductas desajustadas a las leyes naturales. Y de la misma manera, y con ese alcance, ha sido entendido el término en el voto precedente, razón por la cual se ha concluido que actos como los verificados por parte de O., consistentes en haber abordado a tres menores en la vía pública de evidentes condiciones de vulnerabilidad, haberles ofrecido dinero para mantener relaciones sexuales, y por el solo hecho de ser

del mismo sexo que el oferente, le quitan a la conducta el calificativo de perversa (desde ya, por considerar el preopinante que para nuestro país, por la reciente reforma legislativa, las relaciones homosexuales deben ser consideradas normales), siendo que para la Real Academia Española (en su segunda acepción), perverso es aquello que corrompe las costumbres o el orden y estado habitual de las cosas. No debe olvidarse que, siguiendo incluso lo que los autores doctrinarios antes citados afirman, a la víctima de la corrupción “...se la incita, se la impulsa o se la persuade a que se corrompa, o sea que adopte una conducta sexual *depravada*, cualquiera sea la intención del corruptor: lucro, propósito de satisfacer sus propios deseos sexuales o los ajenos...” (ob. cit, p. 68; lo destacado, no se corresponde con el original). Y debiéndose entender que depravar es tanto como viciar, adulterar, pervertir a alguien, me pregunto entonces si O., al actuar como antes se dijo, no buscaba viciar las buenas costumbres o modos de vida de los menores al ofrecerles dinero a cambio de sexo, sin que importe en lo más mínimo la coincidencia de género existente entre ellos. Dicho de otra manera, el tinte de perverso de una conducta no sólo se encontrará relacionado con cuestiones que hagan referencia a su normalidad de acuerdo a las leyes naturales (vgr. actos de zoofilia), sino también a parámetros sociales o culturales que, por aceptados que fuesen, sean considerados normales o habituales. Y el tener sexo por dinero con un menor de 14 años resulta, evidentemente, alejado del baremo antes mencionado.

En definitiva, no se trató de una persona homosexual que, aprovechando la inexperiencia o ingenuidad de un menor de su mismo sexo, mantuvo con él relaciones sexuales (estupro), ni de alguien que con habitualidad, indeterminación y por precio, promovió o facilitó la prostitución de otro (art. 125 bis del C. Penal, figura excluída por el vocal que me precede en la votación que, por los argumentos allá desarrollados, comparto), sino de un mayor que, a cambio de dinero, mantuvo relaciones sexuales con un menor que había conocido minutos antes en la vía pública, quien presentaba evidentes signos de vulnerabilidad (lo que, orientado a la cuestión de la posible comisión de un hecho delictivo contra la propiedad del mayor, fue lo que le llamó la atención al personal policial que observó a los menores junto al mayor), lo que sin lugar a dudas puede ser calificado como el acto de alguien que pretendió con ello viciar a la víctima, es decir, corromperlo en las buenas costumbres o su modo de vida, ya que, dígaseme si no es eso lo que se logra con conductas como ésta. No puede decirse de manera alguna que el estado habitual de las cosas en la vida de un menor de catorce años lo constituya el hecho de dejarse practicar sexo oral por parte de un mayor que minutos antes conoció, como tampoco la inmediata penetración vía anal del mayor por el menor, si es que todo eso fue realizado en función de una especial motivación: el dinero que instantes antes se había acordado. No le importó al mayor, para satisfacer sus propios deseos, mantenerlo al menor en su vicio.

Tampoco puede entenderse que por la coincidencia de sexos entre autor y víctima, y por el hecho de que, según se ha afirmado, el mayor es homosexual, se encuentra ausente la tendencia depravadora

propia del tipo de la corrupción, ya que –insisto- tal estado de cosas relativo al sólo desfogue sexual del autor se muestra, a mi juicio, absolutamente incompatible con el precio convenido y pagado para la realización de los actos sexuales referidos.

En función de ello, entiendo que la calificación legal que se corresponde con el hecho tal cual fuera fijado (corrupción de menores) es la correcta.

En lo que respecta al agravio relacionado a la peligrosidad procesal, sabido es que, desde el relativamente reciente precedente “Nieto” de la Sala Penal del TSJ de la Provincia (A.nº 310 del 11/11/08) me he visto obligado a cambiar mi interpretación acerca de las exigencias del art. 281 del CPP, adoptando la posición del máximo tribunal al respecto. Ello por razones relativas a la gradación jerárquica del ejercicio jurisdiccional, en aras de evitar anarquía de criterios y la inseguridad jurídica que ello acarrearía, lo que fue por mí extensamente fundamentado en cercanos precedentes de este tribunal, a los que remito en aras de la brevedad.

Aquí sólo referiré que la interpretación ratificada por el máximo tribunal provincial parte, como es sabido, de la base de que en el primer inciso del artículo 281 del CPP el legislador estableció una presunción *iuris tantum* de peligrosidad procesal fundada en un pronóstico de pena privativa de la libertad de cumplimiento efectivo; de esta manera, “el peligro para los fines del proceso existe toda vez que la amenaza penal exceda de cierto límite” (TSJ, “Nieto”, cit., y los fallos allí mencionados). Se trata de una presunción que, por ser *iuris tantum*, admite prueba en contrario, en la medida en que concurren circunstancias específicas que enerven la sospecha en el caso concreto, como ocurre –señala el T.S.J.– cuando se presentan condiciones distintas del común denominador de las personas imputadas por un delito, que por sí resulten suficientes para desactivar la presunción legal.

En el presente caso, al imputado O. se le atribuye participación, en calidad de autor -art. 45 CP-, en un hecho que, como dije, es subsumible legalmente en la figura de promoción o facilitación a la corrupción de menores de 18 años de edad (art. 125 del CP), cuya escala penal conminada en abstracto oscila entre un mínimo de 3 años a un máximo de 10 años de prisión o reclusión.

Ahora, si bien la escala penal de dicho delito fluctúa, en abstracto, entre dicho mínimo y máximo legal, entiendo que las circunstancias del hecho anoticiado permiten inferir (en caso de arribarse a una eventual etapa de plenario) una condena cuya mensuración en concreto será superior al mínimo legal pre-establecido. Es que el artilugio empleado por el imputado de marras para obtener el consentimiento de su ocasional víctima (ofrecimiento dinerario) y llegar así al objetivo propuesto (sexo), que utilizó en tempranas horas de la madrugada y en la vía pública en relación con menores expuestos, necesitados, indefensos y plenamente vulnerables, como lo así lo traduce el licenciado en psicología de la Unidad Judicial de Violencia Familiar –fs. 15/16-), se erigen, junto al modo en que concretó ese designio inicial (*fellatio* que le practicó al menor, y el coito que, por éste, se hizo practicar), en circunstancias

agravantes (arts. 40 y 41 del CP) que situarán la pena, por eventual condena, muy por encima del referenciado mínimo legal, lo cual torna improcedente la condena de ejecución condicional.

Existiendo, pues, un pronóstico punitivo de condena efectiva, presunción *iuris tantum* de peligrosidad procesal, sólo resta analizar si ella se ve enervada en el caso concreto por alguna circunstancia específica, esto es, si el encartado O. presenta condiciones distintas del común denominador de los imputados por un delito, que no sean situaciones regulares (normales) en la generalidad de las personas sometidas a proceso (cf. TSJ, “Nieto”, cit., con remisión a “Montero”, s. 1 del 14/2/05, “Spizzo”, s. 66 del 7/7/06, “Mansilla”, s. 203 del 24/8/07, “Gallotti”, s. 113 del 28/9/06, “Rodríguez”, s. 137 del 31/10/06), no advirtiendo el suscripto ninguna circunstancia particular que pueda excluirlo de tal presunción. De esta manera y por las razones indicadas precedentemente, concluyo que la medida de coerción impuesta a F. D. O. se encuentra debidamente adoptada, debiendo confirmarse la resolución apelada, con costas para el recurrente. Así voto.

C) El Dr. Francisco Horacio Gilardoni dijo: Que comparte lo sostenido por el Sr. Vocal del primer voto, adhiriendo en consecuencia a él y pronunciándose en el mismo sentido.

Como consecuencia de la votación que antecede, el tribunal **resuelve: I)** Por unanimidad, confirmar parcialmente el auto apelado en lo que respecta a la existencia de motivos bastantes para sospechar de la existencia del hecho y de la participación del imputado. **II)** Por mayoría, modificar, de oficio, la calificación legal del hecho atribuido al imputado F.D.O. por la de abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez de la víctima (art. 120 del CP). **III)** Por mayoría, revocar la orden de detención impuesta en contra del imputado F.D.O., por no existir mérito procesal para el mantenimiento de dicha medida (CPP, arts. 281 incs.1º y 2º –*a contrario sensu*– en función de los arts. 269 y 272) y ordenar, en consecuencia, la inmediata libertad del nombrado, la que deberá ser efectivizada por la fiscalía de instrucción interviniente previa imposición de una caución personal por la suma de \$ 20.000 (art. 288 del CPP) y demás obligaciones y condiciones que a juicio de dicho representante del ministerio público fiscal fueren necesarias para garantizar la consecución de los fines del proceso, siempre bajo los correspondientes apercibimientos de ley. Sin costas (arts. 550 y 551 del CPP).