

Expediente I.P.P. trece mil seiscientos cuarenta y cinco.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los **días del mes de marzo del año dos mil dieciséis**, reunidos solamente en su Sala de Acuerdos los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, doctores Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Ángel Barbieri, por excusación del doctor Pablo Hernán Soumoulou, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. nro. 13.645/I: "Incidente de Apelación en autos M.W.N. s/ abuso sexual. Dte. O.V.I."**, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en este orden: Giambelluca y Barbieri resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1.- ¿ Es justa la resolución apelada ?

2.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DIJO: A fs. 1/3vta. interpone recurso de apelación el señor Agente Fiscal a cargo de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio nro. 16 de Tres Arroyos, Dr. Gabriel Iván Lopazzo, contra la resolución del Señor Juez de Garantías de Tres Arroyos, Dr. Rafael Alberto Oleaga cuya copia luce a fs. 29/30, mediante la cual declaró la nulidad de todo lo actuado, y por derivación alcanzó el requerimiento fiscal de detención del imputado W.N.M. en orden al delito de abuso sexual.

El Sr. Fiscal General Adjunto, Dr. Julián Martínez Sebastián, mantiene el recurso impetrado por compartir sus fundamentos (fs. 34/36).

Principio por señalar que el Ministerio Público Fiscal está facultado para recurrir en los casos establecidos por el texto legal (art.422) y el artículo 439 del mismo establece que, a falta de prescripción expresa, la apelación corresponde en los casos en que la decisión de un juez cause gravamen irreparable o de tardía reparación ulterior, en el sentido que lo ha definido nuestro máximo Tribunal Nacional (C.S.J.N. fallos 280:297; 310:1835; 311:358; 314:791, entre otros) y el Tribunal de Casación Provincial (Sala I; causa 16.353 del 12/10/04 y 18.508 del 3/5/05).

Esgrime el señor Agente Fiscal que por un error involuntario e intrascendente el juez aplica una sanción gravísima como es la nulidad (falta de firma del funcionario en el decreto de convocatoria a la denunciante para la instancia de la acción penal) y no trata el pedido de detención del imputado sospechado de la comisión del delito de abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal ambos reiterados y agravados por la minoridad y convivencia en concurso real, medida que constituye el eje central de la revisión del interlocutorio atacado.

Como entiende la mayoría de la doctrina procesalista (Bertolino, Palacio, Granillo Fernández, Schiavo), el concepto de gravamen irreparable es de dificultosa precisión y debe ser verificado en cada caso en concreto.

Dos razones para estimar su existencia en este singular caso. En primer lugar considero que al nulificar el Juez de Garantías la totalidad de la actividad investigativa del fiscal (alcanzando al requerimiento fiscal de detención del imputado), resuelve de manera drástica y sin haber agotado otras posibilidades normativas como es: el saneamiento de un defecto material; ocasionándole con ello al Ministerio Público, un perjuicio de imposible reparación posterior al retrotraer la investigación al punto de partida, debiendo sumarse el eventual costo para la víctima en caso de tener que recibirse nuevamente su declaración testimonial.

Por otra parte, es admisible la vía pues aún considerando que la normativa procesal no prevé expresamente la recurribilidad por apelación del auto que

deniegue la detención solicitada por el Ministerio Público Fiscal (observación del art. 151 del Rito por Decreto 2793/04), ya que podría hipotéticamente dar lugar a una nueva petición futura con nuevos elementos, la pertinencia de revisión surge por la alegación y acreditación del perjuicio ocasionado con la nulidad dispuesta en la génesis de la investigación sobre la base de un excesivo rigor formal, que vacía de elementos probatorios a la instrucción fiscal e impide renovar la petición de la medida de coerción en la inmediatez.

Esto implica que una decisión de tales características adoptada por el Juez de Garantías, por su impacto en la investigación penal y la trascendencia para la víctima, debe ser necesariamente sometida al control por parte de esta Cámara.

Entrando al fondo de la cuestión, entiendo que en esta particular situación, la falta de firma del fiscal en el decreto que da inicio a las actuaciones, se trata de un error material involuntario, que no puede fulminar de nulidad la totalidad de la actividad investigativa, incluido el requerimiento fiscal de la detención del imputado M., ello atento que las circunstancias en las que se produce el yerro, no encuentran aval normativo procesal en los arts. 102bis, 117 y 118 del C.P.P. para aplicar la sanción de invalidez impuesta por el juez en desmedro de las posibilidades que ofrece el art. 206 del rito (rectificación).

Señala la Fiscalía (en el escrito recursivo de fs. 1/3 y en el mantenimiento de fs. 34/36) que el Agente Fiscal Actuante en igual fecha efectuó dos decretos el de fs. 12 (anulado por el juez de garantías) y el de fs. 17, ambos de la principal, los cuales son correlativos, con absoluta relación en el contenido de los mismos y consecuente, la actividad que reflejan.

Puntualmente en el primero de los aludidos se cita a la víctima y a la denunciante a la sede de la Dependencia a fin de que presten declaración testimonial. Y en el segundo despacho, en la misma fecha, esto es el 2 de noviembre de 2015, se disponen las medidas probatorias para continuar la investigación a partir de la

declaración de la víctima.

Todo ello permite a esta altura, considerar que el haber signado el doctor Lopazzo tanto el segundo decreto como el pedido de detención de fs. 69/73 de la principal, conducen a entender que se ratificó lo actuado anteriormente, con inclusión de lo que emerge del decreto de fs. 12 no suscripto por error material. Ello descarta, entiendo, como pretende justificar el magistrado de la instancia, que el Fiscal Actuante delegara en el Actuario la responsabilidad de dirigir y llevar adelante la investigación en una acción dependiente de instancia privada.

Por lo demás, cierto es también que, en su defecto si el señor Juez A Quo consideró que el error en cuestión era de una gravedad tal como para disponer una sanción tan radical, debió adoptar como medida previa, la remisión del expediente a la Agencia Fiscal a fin de sanear y/o confirmar el error en cuestión, y no decretar la invalidez de todo lo actuado ya que la nulidad en todo caso resultaba de carácter relativo y no absoluto. El señor juez debió dar cumplimiento de lo normado en el art. 206 del C.P.P que establece: "El órgano judicial que compruebe un motivo de nulidad procurará su inmediato saneamiento, la renovación del acto, su rectificación ..., sin que pueda retrotraer el procedimiento a etapas ya cumplidas. ...".

Por otra parte, el magistrado no indicó cuáles eran los perjuicios que acarrearía el yerro señalado y decretó la nulidad únicamente alegando defectos formales en relación a si la Actuaría interviniente tenía o no autorización formal para realizar diligencias investigativas, a las que les descarta, por su condición de preliminares, el rigor de prueba en vistas de un examen crítico jurisdiccional.

Propongo entonces al acuerdo, revocar la resolución atacada en cuanto dispuso la nulidad de todo lo actuado y reenviar a la instancia de origen para que por intermedio de Juez hábil se resuelva la primigenia petición fiscal (arts. 206 del C.P.P.). Asimismo, propongo que ese apartamiento del Sr. Juez de Garantías, y atento la toma de posición personal que conlleva el decisorio impugnado, sea efectuado en forma

definitiva de la presente.

Así lo voto.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DIJO: Adhiero al sufragio emitido por el Dr. Giambelluca efectuando las siguientes aclaraciones.

En cuanto a admisibilidad del recurso de apelación interpuesto (contra la declaración de nulidad de lo actuado al momento de petitionar una orden de detención), ella está dada por la existencia de gravamen irreparable (o de muy dificultosa reparación ulterior) para los intereses que representa el recurrente. Ello en este caso se encuentra acreditado a partir de la existencia de peligros procesales -de fuga y de entorpecimiento probatorio- que reviste el sospechado, a la luz de las características de los hechos que se investigan y de la pena en expectativa que preven, dado que la permanencia en libertad del nombrado puede implicar para la investigación un posible perjuicio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior.

En relación a dichos peligros procesales destaco, en primer término, la pena en expectativa correspondiente a los delitos. Al justiciable se le ha solicitado la detención por la presunta comisión de abuso sexual ultrajante y abuso sexual con acceso carnal, en ambos casos de manera reiterada y agravada por la menor edad de la víctima y convivencia con la misma, todo en concurso real (art. 119 segundo, tercero y cuarto párrafo inc. f) del C.P.). Esas conductas concurren realmente, lo que implica -en principio- una franja punitiva en abstracto que parte de un mínimo de ocho (8) años de prisión hasta un máximo de cincuenta (50) años (art. 55 y ccdds. del C.P.).

Destaco también que en las características de los acontecimientos descriptos a fs. 69/73 aparece como sumamente gravoso la escasa edad de la menor en el momento que se iniciaron los abusos sexuales, el lugar en particular donde se efectivizaban las agresiones sexuales (dentro de la casa familiar, en ocasiones en la cama que compartía el matrimonio), el extremo de que fuera la hija de la pareja del

sospechado, el alongado lapso temporal en que ello habría transcurrido (unos siete años), los dos intentos de suicidio que habría sufrido la menor y que tendrían motivo en este accionar.

Todo ello pone de relieve una expectativa de punición de suma gravedad.

La valoración conjunta de estos extremos (cualitativos y cuantitativos) no constituye una fundamentación genérica y estereotipada, sino que implica la apreciación de aspectos que, valorados en forma conjunta, abastecen debidamente los baremos indiciarios normado en el art. 148 del C.P.P. y que ponen de relieve un grave riesgo de que, de permanecer el justiciable en libertad, evada el accionar de la justicia y/o entorpezca su trámite, lo que conlleva una afectación que podrá resultar de imposible o muy dificultosa reparación ulterior.

Las características han sido descritas para dar una cabal comprensión de los supuestos fácticos que aquí tengo en cuenta para estimar la gravedad de los acontecimientos enrostrados, en tanto resulta ser otra de las pautas establecidas por el legislador para evaluar riesgos procesales, tal como lo ha resuelto nuestro Máximo Tribunal Nacional en los precedentes "Lizarraga" (C.S.J.N, Fallos 311:1414) y "Stancato" (C.S.J.N., Fallos 310:1835), siendo en el mismo sentido la doctrina del fallo de la Sala III del T.C.P.B.A. en fecha 6/78/2011, causa 47.223, Mag. votantes Carral y Borinsky.

Por todo ello -como lo hiciera mi colega de Sala- entiendo la apelación admisible.

En cuanto al fondo de la cuestión, también adhiero a los fundamentos y al sentido expuesto por mi colega de Sala. No existía nada que nulificar.

La falta de signatura del decreto de fs. 12 de los autos principales no conlleva semejante consecuencia, con mayor razón al advertir que lo actuado posteriormente por los letrados de la Unidad Funcional de Instrucción resuelta válido y

no requiere de un decreto previo signado por el Superior. Ello así, desde el momento que el pedido de detención, sí es firmado por el Fiscal actuante, quien de esa manera convalida lo actuado y sana lo previo (si se piensa que había algo que sanear). Máxime teniendo en cuenta que el mismo día el Fiscal firmó el decreto de fs. 17, siendo el segundo complementario del primero.

Con más razón considero ello así, teniendo en cuenta las características impresas por el legislador provincial en la ley 11.922, léase investigación penal preparatoria y desformalizada, siendo que la exigencia y las graves consecuencias de la decisión invalidante del Juez de Garantías, aparece como contraria a los fines del proceso penal, sin causal de perjuicio alguno para garantías constitucionales del sospechado, y contraria a una eficaz administración de justicia y patentizadora de un exceso ritual manifiesto.

Con esas aclaraciones adhiero al sufragio precedente.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DIJO:

Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 1/3 por el señor Agente Fiscal, doctor Gabriel Iván Lopazzo y revocar la resolución de fs. 29/30 de esta incidencia en cuanto dispuso la nulidad de todo lo actuado, debiendo reenviar a la instancia de origen para que por intermedio de Juez hábil, se resuelva la primigenia petición fiscal y que el apartamiento del Sr. Juez de Garantías, atento la toma de posición personal que conlleva el decisorio impugnado, lo sea en forma definitiva de la presente.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Por los mismos fundamentos voto en igual sentido que el doctor Giambelluca.

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

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, marzo de 2.016.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que no es justa la resolución de fs. 29/30.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, este **TRIBUNAL, RESUELVE:** hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 1/3 por el señor Agente Fiscal, doctor Gabriel Iván Lopazzo y revocar la resolución de fs. 29/30 de esta incidencia en cuanto dispuso la nulidad de todo lo actuado, reenviando a la instancia de origen para que por intermedio de Juez hábil se resuelva la primigenia petición fiscal y que el apartamiento del Sr. Juez de Garantías, atento la toma de posición personal que conlleva el decisorio impugnado, lo sea en forma definitiva de la presente.

Notificar sólo al Fiscal General Dptal., atento las características de la resolución impugnada.

Hecho, devolver este incidente a primera instancia junto a las actuaciones principales oportunamente requeridas, previo agregar copia certificada de la presente resolución a los principales.