

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, **a los días del mes de Julio del año dos mil dieciséis**, reunidos 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 Pablo Hernán Soumoulou, Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Angel Barbieri**, para dictar resolución interlocutoria en la M-I.P.P. nro. **14.067/I** caratulada "**R.P,M.P. (menor de edad) s/ desobediencia -art. 239 C.P.-. Victima o denunciante: B.,D.E.**", y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resulta que la votación debe tener este orden **Soumoulou, Barbieri y Giambelluca** (Magistrado que intervendrá en caso de corresponder), resolviendo plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1º) ¿ Es justa la resolución apelada ?

2º) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

VOTACIÓN

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: A fs. 72/78 y vta., interpone recurso de apelación el Sr. Agente Fiscal del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil -Dr. Christian Yesari-, contra la resolución dictada a fs. 67/71, por el Titular del Juzgado de Garantías del Joven nro. 2 Dptal. -Dr. Esteban Usabiaga-, que sobreseyó a la joven M.P.;P.R del delito de desobediencia (art. 239 del C.P.); y no hizo lugar a la imposición de una medida de restricción de acercamiento, y a la designación de una audiencia oportunamente solicitada por la Agencia Fiscal.

En primer lugar, el recurrente considera que el fallo debe ser anulado, pues -a su entender- el A-quo denegó la medida cautelar sin designar una audiencia

oral como lo prescribe el art. 36 inc. 7º de la ley 13.634, para que pueda oírse al joven.

Se agravia además, por la premura con que el A-quo ha dictado el sobreseimiento del joven, impidiendo la posibilidad de averiguación de la verdad y la protección de los derechos de la víctima y la joven.

Por último, sostiene que el Sr. Juez de grado al denegar la medida de restricción de acercamiento ha restado importancia a la conducta desarrollada por el joven, quien ha sostenido en el tiempo un comportamiento hostigante y agresivo, poniendo en peligro la integridad física y psicológica de la víctima.

Considera que la cautelar pedida tiene una finalidad de protección como educativa para la encausada, haciendo operativa la manda que impone el art. 6 de la ley 13.634.

Solicita en consecuencia, la revocación del resolutorio impugnado.

Adelanto que propondré al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal, por las siguientes razones.

No comparto el primer cuestionamiento efectuado por el Dr. Yesari, pues resultaba innecesario la designación de una audiencia oral a los fines de dar tratamiento a la medida cautelar peticionada, desde que la misma fue desestimada.

Es que la realización de la audiencia en el supuesto que nos ocupa, no viene impuesta por el art. 36 inc. 7 de la ley 13.634, sino que ella resultará imperiosa en su oportunidad, cuando se decrete efectivamente una medida cautelar contra el menor inimputable, pues así lo establece el art. 65 de la citada norma, que establece el derecho del menor a ser oído.

Por otra parte, recuerdo que entre las características que presentan las medidas cautelares es que las mismas pueden ser dictadas "inaudita parte", y son

provisorias, por lo que podrán ser dejadas sin efecto en caso de que varíen las circunstancias que se tuvieron en cuenta al momento de su dictado.

Por último, tampoco alega el recurrente el agravio que le provoca la no realización de la audiencia, desde que la mera alegación de la vulneración del derecho del joven a ser oído, cuando su propia Defensa técnica expresamente se opuso a su realización (fs. 65/66), deja sin sustento el pedido nulificadorio.

De conformidad con lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar este tramo del remedio intentado.

Distinto tratamiento daré al segundo agravio deducido por la Fiscalía.

Considero que ha resultado prematuro el dictado del sobreseimiento de la joven R.P..

Más allá que el certificado de nacimiento agregado a fs. 19, compruebe que la imputada es una joven no punible en los términos del art. 1, 2º parte de la ley 22.278, es lo cierto que la investigación penal preparatoria resulta incipiente, con escasa producción de prueba que permita determinar la intervención de la joven en el presente hecho.

El artículo 65 de la ley 13.634 establece que "el niño inimputable gozará del derecho a ser oído y de contar, bajo pena de nulidad, con la presencia de sus padres o representantes legales y asesoramiento asistencia técnica de su defensor"; y este derecho debe serle garantizado a la joven quien tiene la facultad de ejercerlo o no, más allá que resulte inexorable el dictado de su sobreseimiento.

Por otra parte, tampoco se han llevado a cabo diligencias probatorias tendientes a comprobar el estado de vulnerabilidad de la menor, conforme lo determina el art. 63 segundo párrafo del C.P., en cuanto indica que "...sin perjuicio del cierre del proceso penal respecto del niño, si se advirtiere la existencia de alguna vulneración de sus derechos específicos, el juez de garantías establecerá la pertinencia de aplicar alguna de las medida de protección integral de derechos...".

Esta omisión, confirma lo prematuro de la solución conclusiva, sin efectuarse diligencias que permitan determinar si la menor se encuentra vulnerada en sus derechos.

La reiteración de conductas disvaliosas por parte de la menor, que ha dado lugar a la formación de distintas I.P.P. en un período relativamente corto, torna necesario profundizar el análisis acerca de la real existencia de la situación en la que se encuentra la joven y ello sin perjuicio de la intervención del Juzgado de Familia que paralelamente ha tomado conocimiento respecto de la menor.

Lo que vengo proponiendo al acuerdo no es ni más ni menos que, lo que prescribe el art. 1 de la ley 22.278.

Nada más sobre este punto.

Finalmente, no será de recibo el tercer agravio.

Considero que la medida de prohibición de acercamiento que solicita la Fiscalía no resulta la única manera con que cuenta el Estado para proteger a las víctimas.

Ello sin dejar de mencionar que el recurrente no brinda mayores argumentos que permitan sustentar la función pedagógica que le proporcionaría la aplicación de la medida a una joven en conflicto con la ley penal.

Por otra parte, el art. 83 inc. 6 del C.P.P. ofrece un abanico de posibilidades a fin de garantizar la seguridad de las víctimas, sus familiares y los testigos, preservándolos de intimidaciones o represalias, sin dejar de mencionar que se encuentra dirigida especialmente para investigaciones de actos de delincuencia organizada.

Siendo ello así, el representante de la vindicta pública no ha demostrado cual es el gravamen irreparable o de tardía reparación ulterior que le genera la resolución dictada por el Sr. Juez "a-quo", pues la Fiscalía cuenta con otros mecanismos que le permitiría de igual o mayor manera proteger a las víctimas.

A mayor abundamiento, la eficacia de la medida reclamada por el Sr. Fiscal. se encuentra cuestionada, pues similar cautelar fue decretada en el fuero de familia, la que no impidió a la joven la reiteración de las conductas disvaliosas hacia la víctima de autos.

En virtud de los argumentos desarrollados, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 72/78 y vta.; revocando el sobreseimiento dictado, debiendo continuar actuando un nuevo Juez hábil, atento a que la decisión que tornara el Dr. Usabiaga demuestra la toma de posición que impide continuar actuando con la debida imparcialidad.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Analizados los argumentos expuestos por el recurrente, el contenido de la resolución impugnada y los fundamentos expresados en el voto que abre este acuerdo, anticipo que voy a disentir con la opinión emitida por el colega preopinante.

Si bien considero -tal como sostuvo el Dr. Soumoulou- que el sobreseimiento dictado resulta prematuro, mi posición se basa en lo que hace a la necesidad -en este caso-, de que se celebrara la audiencia requerida por el Ministerio Público Fiscal y a la forma en que esa omisión influye en la validez de la decisión.

Advierto, en ese sentido, la existencia de un vicio con entidad nulificante que merece ser tratado oficiosamente, en orden a las prescripciones contenidas en los arts. 201 y 203 del Código Procesal Penal (por aplicación supletoria según los términos de la ley 13.634), y en relación con el artículo 18 de la Constitución Nacional, a fin de resguardar la garantía del debido proceso.

Principalmente, son dos los aspectos por los que entiendo que en este proceso la audiencia solicitada resultaba necesaria.

En primer término por las particulares características del caso, específicamente por la clase de relación que existe entre los intervinientes del

conflictos y la reiteración de situaciones de tensión entre los nombrados; teniendo especialmente en cuenta la clase de medida cautelar que se requiere y el objetivo específico que se busca obtener con su dictado, que se centra en procurar la seguridad de la víctima.

El segundo, se vincula a la amplitud que posee la pretensión del Ministerio Público Fiscal en este tipo de procesos, de acuerdo a lo dispuesto tanto por la ley procesal penal provincial del fuero (ley 13.364), y por la ley 22.278 en su art. 1, párrafos 2do., 3ro. y 4to.

Tomando como base esos aspectos, y la relevancia que tenía para este proceso que el Ministerio Público Fiscal contara con una oportunidad para desarrollar y justificar ampliamente sus pretensiones, la omisión de realizar la audiencia requerida conlleva, en consecuencia y en mi propuesta, la nulidad de la decisión del Juez de Grado, tanto en lo que hace a la denegatoria de la prohibición de acercamiento peticionada como en lo referente al sobreseimiento dispuesto, el que resulta a su vez prematuro a la luz de las circunstancias que han rodeado al hecho.

Teniendo presente la altura procesal en la que se encuentra esta causa, que transita pleno estado de investigación y sin que el Ministerio Público Fiscal haya formulado hasta el momento, ninguna imputación, ni delimitado en forma concreta el objeto de este proceso o el hecho materia de acusación, la audiencia requerida constituía un acto procesal necesario para que esa parte tuviera la posibilidad de aportar mayores precisiones sobre cuáles son los sucesos sobre los que se orienta la pesquisa y sobre su encuadre legal, y de justificar a su vez, las razones -vinculadas a las características de esos hechos- que podrían motivar la imposición de la medida de prohibición de acercamiento.

Es a la luz del contenido de la resolución dictada por el Juez de Grado y de sus consecuencias procesales, que considero que la omisión de realizar la audiencia requerida para que el Ministerio Público Fiscal brinde sus argumentos, afecta

en este caso, la validez de la decisión dictada, por vulnerar el debido proceso legal, justificando que se disponga la nulidad del resolutorio, a fin de que se dicte un nuevo previa celebración de dicho acto procesal (art. 203 del C.P.P. y ccmts. del Rito).

Conforme manda el artículo 203 del Código de Forma, deben ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades que impliquen violación a las normas contenidas en la Constitución Nacional.

La Suprema Corte de nuestra Provincia ha resuelto que "...en procura de un adecuado servicio de justicia constituye un requisito emanado de la función jurisdiccional de esta Corte, el control -aún de oficio- del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional no podría ser confirmado..." (S.C.B.A. P. 78.360, S 22/09/2004).

Se ha vedado la posibilidad de que el Ministerio Público Fiscal delimite su objeto procesal, explique las razones que justifican la medida cautelar y se expida en relación a la situación de la joven procesada; no solo en lo atinente al aspecto estrictamente penal, sino respecto de las restantes cuestiones que el legislador nacional ha considerado relevantes en el marco de la alegación de un ilícito penal contra un menor de edad, conforme dispone en el art. 1 de la ley nacional 22.278.

Ello ha implicado una afectación al debido proceso legal (Art. 18 Constitución Nacional).

La carencia de una oportunidad oral para que el Ministerio Público Fiscal exponga esas cuestiones, le ha cercenado la posibilidad procesal de conocerse con mayor precisión si la pretensión procesal se restringe al delito de desobediencia (sobre la que se expidió el Sr. Juez de Grado), o si se extiende en relación a las otras acciones disvaliosas de las que da cuenta los medios de convicción, teniendo en cuenta los diversos actos de violencia desplegados por la joven sospechada, tal lo ha

descripto el denunciante. Se ha impedido entonces, conocer con certeza, cuál es en definitiva la materialidad ilícita sobre la que se centra la actividad del órgano de acusación.

También la ausencia de una imputación formal (y la audiencia requerida era una ideal ocasión a ese fin), pone de relieve lo prematuro de la afirmación del Juez de Garantías respecto de la calificación legal relevante y aplicable al caso, lo que se extiende también, a su resolución sobre la subsunción de este proceso -a esta altura de la investigación- en alguno de los supuestos normados por el primer párrafo del art. 1 de la ley 22.278 (y el sobreseimiento dictado en consecuencia).

En ese sentido, entiendo, esa decisión ha interrumpido la actividad instructoria del Ministerio Público Fiscal, despojándolo -como señala el recurrente- de toda posibilidad de intervención, en resguardo de la averiguación de la verdad y la protección de derechos de la víctima y de la sospechada, como de la posibilidad de investigar otros posibles delitos que puedan relacionarse con las evidencias reunidas y con aquellas que se pudieran reunir.

Por lo expuesto propongo al restante colega de Sala hacer lugar al recurso interpuesto y disponer la nulidad de la resolución dictada por el Juez de Garantías del Joven, debiendo reenviarse la causa a primera instancia a fin de que se dicte una nueva decisión con la intervención de juez hábil (quien deberá seguir actuando, atento la toma de posición del Dr. Esteban Usabiaga aparece como difícil de ser variada, viéndose afectada su imparcialidad), previo la realización de la audiencia requerida.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Adhiero por los mismos fundamentos al voto del doctor Soumoulou.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Atento el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde -por mayoría de opiniones-, hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 72/78vta., y en consecuencia revocar el sobreseimiento dictado en favor de la joven M.P.P.R.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Adhiero por los mismos fundamentos al voto del doctor Soumoulou.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Adhiero por los mismos fundamentos al voto del doctor Soumoulou.

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

R E S O L U C I Ó N

Bahía Blanca, Julio de 2016.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto -por mayoría de opiniones-: Que es parcialmente justa la resolución apelada.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede este **TRIBUNAL,**
RESUELVE: HACER LUGAR parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el señor Agente Fiscal del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, Dr. Christian Yesari a

fs. 72/78 y vta., y en consecuencia, **REVOCAR** el sobreseimiento dictado por el Sr. Juez a cargo del Juzgado de Garantías del Joven nro. 2 Departamental, Dr. Esteban Usabiaga a fs. 67/71 en favor de la joven M.P.P.R (art. 59, 63 2do. párrafo y 65 de la ley 13.634; arts. 421, 422, 434, 440, 442 y ccmts. del Código Procesal Penal), debiendo continuar actuando un nuevo Juez hábil.

Notificar. Hecho, devolver al Juzgado de Garantías interviniente.