

**Expediente I.P.P. Nro. catorce mil trescientos veinticuatro.**

**Número de Orden:** \_\_\_\_\_

**Libro de Interlocutorias nro.:** \_\_\_\_\_

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, **a los días del mes de agosto 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, Gustavo Angel Barbieri y Guillermo Alberto Giambelluca, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. nro. 14.324/I caratulada "H.,V. s/ incidente de apelación"**, 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 debe tener lugar en este orden **Barbieri, Soumoulou y Giambelluca** (Magistrado este último que intervendrá en caso que se estime corresponder), resolviendo 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 BARBIERI, DICE:** Interpone recurso de apelación el Señor Agente Fiscal de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio Nro. 14 Departamental -Doctor Mauricio Del Cero (fs. 1/6)- contra el auto de fs. 23 por el cual el Señor Juez de Garantías, Doctor Guillermo Mercuri, no hizo lugar a la orden de allanamiento y secuestro solicitada.

El recurrente sostiene que la resolución entorpece la investigación, resultando imposible proseguir con la misma en torno a la posible comisión del delito de producción y distribución de pornografía infantil, provocando la posibilidad de frustración de los fines del proceso.

Luego de efectuar una reconstrucción y valoración del plexo probatorio reunido, y en lo referente al fondo de sus planteos, sostiene que -a diferencia de lo resuelto por el Juez de Grado- existirían elementos para satisfacer el estándar probatorio establecido para el dictado de la medida peticionada. Solicita en definitiva que se haga lugar.

Analizados los argumentos del impugnante, las constancias de la causa principal y el contenido de la decisión apelada, adelanto que propondré hacer lugar al remedio y a las ordenes solicitadas.

Previo ingresar al fondo de los agravios, debo expresar que si bien dentro de las previsiones de los artículos 219, 421 y ccdtes. no se encuentra prevista expresamente la recurribilidad por apelación del auto que deniegue una orden de allanamiento requerida en el marco de la investigación, ello no conlleva -per se- la imposibilidad de impugnar si, tal como lo prevé el art. 439 del C.P.P., se alega y acredita la provocación de gravamen irreparable (o de tardía reparación ulterior).

Corresponde desentrañar, por ello, qué se entiende por gravamen irreparable, considerando ilustrativa la definición vertida por el Dr. Chiara Díaz "...este es, un perjuicio, menoscabo o agravio en expectativas, derechos o pretensiones de los sujetos actuantes que no puedan tener remedio en el curso del mismo trámite o procedimiento o en una fase ulterior del proceso, constituyendo una vez de ello, una circunstancia que de no ser removida consolidar una determinada situación en detrimento de quien la sufre sobre su interés o posición..."(Código Procesal Penal de Bs.As., Comentado, varios autores, Pág. 395, Ed. Rubinzal Culzoni, 1era. Edición).

Para determinar la admisibilidad del remedio interpuesto debe analizarse, entonces, la existencia de ese 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).

Si bien, en principio, sería posible sostener -en general- que no se provoca gravamen irreparable en casos en que se rechace una orden de allanamiento, teniendo en cuenta la posibilidad latente que resta al Ministerio Público Fiscal de recabar nuevos medios de convicción y reinstalar el pedimento; considero que esa valoración debe realizarse "en cada caso" y con especial atención en las circunstancias particulares de la causa.

Tal como expresa Francisco D`Albora "...la irreparabilidad del agravio es cuestión de hecho en cada caso concreto e imposible de quedar atrapada, aun en forma casuística, por una norma procesal..." ("Código Procesal Penal de la Nación, comentado", Ed. Abeledo-Perrot, 1999, Buenos Aires, pág. 822).

En este proceso, entiendo que la obstaculización que genera el paso del tiempo en la obtención de los medios de prueba que se pretenden incautar (los que podrían resultar de particular importancia) y la necesidad de impedir que se ejerzan sobre los mismos acciones tendientes a deteriorarlos o hacerlos desaparecer (lo que incluso pudo haber ocurrido por el tiempo insumido desde la solicitud del Fiscal), pone de relieve la existencia de ese gravamen irreparable -o de tardía reparación ulterior- que conlleva a la admisibilidad de la impugnación, relacionado también con la gravedad de los posibles ilícitos que se encuentran investigando y el extremo de la corta edad de la víctima.

Máxime si se tiene en cuenta que el Juez de Grado no ha asignado al conjunto probatorio el valor que, entiendo, debe otorgársele de seguirse una valoración armónica de toda la evidencia reunida a la luz de la sana crítica racional, que -sin necesidad de incorporar nuevas pruebas- resulta suficiente para abastecer el umbral requerido por el legislador en el art. 219 del C.P.P.; en tanto el Magistrado se ha limitado a analizar los dichos de la testigo A.H., sin incorporar a su justificación lo que surge de los restantes elementos reunidos, que en forma coherente, respaldan los dichos de la nombrada y justifican la pretensión del Ministerio Público Fiscal.

Ese sentido destaco que D.E.D., quien es abuela de la niña de - años que resultaría victima de autos, declaró a fs. 2/4, que fue a ella a quien la víctima le dijo "...yo no sé que le está pasando a mi mamá, me saca fotos sin ropa, totalmente desnuda, me hace sacarle fotos a ella, me dice que me ponga en posiciones...", mientras realizaba movimientos y posturas de tenor sexual, explicándole que "...le saca fotografías con su celular y se las envía a una persona...".

La Sra. D. narró que se entrevistó, junto a su esposo y otra de sus hijas, con la mamá de la niña -de nombre V.- en el lugar donde vive junto a la menor, en -, y que al preguntarle por esas fotos y habiendo accedido a entregarle su celular, éste fue revisado por su otra hija, A., quien encontró diversas fotos de la niña, desnuda y realizando poses de tenor sexual, y otras fotos de la madre de la menor, también con contenido sexual.

Que su hija A., quien revisaba el celular, le manifestó que esas fotografías eran enviadas al número de abonado nro. 0291--, perteneciente a B.G., a quien la denunciante llamó y le preguntó si su hija V. le enviaba fotos de ella y de su nieta desnudas, habiendo manifestado -el masculino- que su hija le mandaba fotos con contenido sexual pero negando que le hubiera enviado alguna correspondiente a la menor.

El relato brindado por la denunciante es parcialmente corroborado por lo manifestado por su ex esposo, E.H., a fs. 8/9, quien vive junto a la madre de la niña, quien refirió que se hicieron presentes en su domicilio, de la localidad de -, su ex mujer y su hija A., que estaban acompañadas (en el momento en que las vio el declarante) por V. y por la víctima de autos, y que su hija A. (alejándolo de la niña) le dijo que "...V. está mandando fotos, Z. le agarró el teléfono y vio que V. está haciendo cosas obsenas con un tipo...", a lo que él respondió que debían sacarle el teléfono a V. para corroborarlo.

Narró que, momentos más tarde -y sin que estuviera presente la niña- le solicitó a V. -junto a su ex mujer y su otra hija- que le entregue el teléfono y que ella se puso nerviosa y no quería dárselo, hasta que llorando, accedió. Que él se lo entregó a su otra hija, quien empezó a mirar los álbumes de fotos "...hasta que en un momento se puso a llorar a los gritos: hija de puta, mirá las fotos que le sacó a la nena..." y que ella observó que la madre de la niña había enviado las fotos a "...un contacto que tenía agendado como B.G....".

Que luego de esta situación, él llamó por teléfono a este individuo y le preguntó por las fotos, habiéndole respondido que se habían visto un par de veces con V., que habían concurrido a un hotel privado, pero que "...en todo momento negaba haber recibido y/o solicitado fotos..." de la niña. El testigo aclaró que no vio las fotos de su hija y de la niña por pudor, sin embargo su relato corrobora lo expresado por la denunciante.

A fs. 10/11, prestó declaración testimonial A.H., quien relató que su madre le contó lo que le había contado la pequeña y que ella le preguntó a la menor sobre lo sucedido, respondiendo la víctima que "...era cierto lo que contó, que no entendía que le hacía la mamá que pensaba que le pasaba algo...".

A su vez, describió los sucesos ocurridos en la localidad de -, al requerirle junto a sus progenitores el teléfono a V., en una forma similar a lo expresado por los otros testigos, explicando que vio -en la galería de fotos- varias de la niña desnuda, tal como se las había descrito la pequeña, y fotos y videos de carácter sexual de V. junto a otro sujeto.

Que ante estas circunstancias, comenzó a discutir con su hermana y ella le dijo que "...B.G. le había pedido fotos de la nena pero que no se las había enviado...". Sin embargo, aclaró la testigo que ella pudo observar que las fotos sí habían sido enviadas.

Los hechos son a su vez, corroborados por los dichos de la víctima que constan en el informe realizado a fs. 7 por la Licenciada Juliana Concilova, quien, habiendo mantenido una entrevista con la menor y habiéndole explicado el tema sobre el que iban a charlar, explicó que le manifestó "...esto empezó y yo me lo aguanté hace un tiempo pero después me puse a pensar con mi mente y dije: qué la pasa a mi mamá ... por eso se le conté a mi abuela..." y relató que "...en varias oportunidades, la madre le sacaba fotos a ella sin ropa, de la cola y que después se las enviaba a alguien, que no sabe a quién, y que as u vez la niña también le sacaba fotos a la madre sin ropa y de sus zonas íntimas y que su madre siempre le decía que no se les tenía que ver la cara en las fotos..."

En autos se procedió al secuestro del teléfono celular, habiéndose procedido -por funcionarios del Ministerio Público Fiscal- a revisar el contenido de su memoria (fs. 68 y vta.). Se hallaron en la carpeta "DCIM", subcarpeta "Camera", diversas fotografías con contenido sexual, en las que se ve a la víctima de autos y que obran a fs. 39/46 y en la carpeta "WhatsApp images", subcarpeta "sent" -donde se guardan las imágenes enviadas a través de esa aplicación- se hallaron las fotografías de características similares, que obran a fs. 46/67. A su vez, se procedió a la apertura del chat de WhatsApp entre la madre de la niña y el abonado telefónico nro. 291--, agendado con el nombre de "G.B." del que surge que solo se intercambiaron tres mensajes. Desde el teléfono de V. se envió: "llamá porque nos comunicamos con tu mujer", a lo que respondió el abonado mencionado respondió "Qué pasó?", recibiendo como respuesta "Llamá al numero que te llamó recién".

Por estas razones propongo declarar admisible y procedente el recurso interpuesto, y revocar la decisión dictada por el Juez de Grado a fs. 23 y vta., en tanto del conjunto de prueba reunido puede afirmarse -a la luz de la sana crítica racional- que existen motivos para presumir que en el teléfono celular del abonado nro. 0291--,

identificado como B.G., existen elementos vinculados con el delito investigado, haciéndose lugar al allanamiento y secuestro.

Voto por la negativa.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL DOCTOR SOUMOULOU DICE:** Adhiero por sus fundamentos al sufragio del Doctor Barbieri.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DOCTOR BARBIERI DICE:** Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde declarar admisible y procedente el recurso interpuesto, y revocar la decisión dictada por el Juez de Grado a fs. 23 y vta., haciendo lugar al remedio interpuesto, debiendo en la instancia de origen dictarse la orden respectiva, a la brevedad.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:** Adhiero al voto del Dr. Barbieri.

Con lo que culminó el Acuerdo que signan los Sres. Jueces nombrados.

## **RESOLUCIÓN**

Bahía Blanca, agosto 14 de 2.016.

**Y Vistos; Considerando:** Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que no es justa la resolución apelada.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede este **TRIBUNAL, RESUELVE:** revocar la resolución de fs. 23 y vta., en cuanto no hizo lugar a la medida de allanamiento solicitada, haciendo lugar al remedio interpuesto.

Remitir sin más trámite esta incidencia y los autos principales a la instancia, con el fin de que se efectivice la orden que por el presente se autoriza (arts. 219 y 439, 440 y ccmts. del Rito).

Notificar únicamente al Sr. Fiscal General Departamental (mediante oficio), dado que la medida fue solicitada y recurrida inaudita parte.