

Expte. nro. dieciséis mil trescientos cuatro

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro._____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los doce días del mes de junio del año dos mil dieciocho, 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 Gustavo Ángel Barbieri y Guillermo Alberto Giambelluca, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P nro. 16.304 "M.,R. s/ incidente de apelación"**, y practicado que fue el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debe tener lugar en este orden **Barbieri y Giambelluca**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1) ¿Es admisible el recurso interpuesto?

2) En caso afirmativo: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE: A fs. 9/11 interpone recurso de apelación la Señora Agente Fiscal a cargo de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio nro. 14 Departamental -Dra. Marina Lara-, contra el resolutorio dictado por la Sra. Jueza a cargo del Juzgado de Garantías nro. 3 Departamental -Dra. Susana Calcinelli- por el cual no hizo lugar al pedido de detención del sospechado (fs. 4/7).

Expresa la impugnante que la denegatoria provoca gravamen irreparable, al no aplicar la calificación legal que propuso el Ministerio Público Fiscal, optando por una menos gravosa, concluyendo -fruto esa decisión- la inexistencia de riesgos procesales.

Sostiene que la Jueza ha realizado una valoración sesgada de cuestiones que hacen al aspecto objetivo del tipo penal que imputara, fruto de una absurda valoración de los medios de prueba, no teniendo en cuenta que el sospechado "...cometía los actos abusivos siendo el único adulto en el lugar de los hechos, aprovechando cuando la progenitora de la niña no estaba y la confianza que le tenía la víctima en su condición de abuelastro...". Solicita revocación y que se haga lugar a la detención peticionada.

El recurso fue mantenido por el Sr. Fiscal General Adjunto a fs. 16/17.

Analizados los agravios y el contenido de la resolución apelada, hago saber que comparto la alegada arbitrariedad en la valoración probatoria y en la calificación legal asignado al hecho, siendo que propondré el dictado de la nulidad, al provocarse un gravamen de muy dificultosa reparación ulterior, por encontrarse íntimamente vinculado al defecto de justificación señalado (arts. 106, 210 y cccts. del C.P.P., 168 y 171 de la Constitución Provincial) .

Nuestro ordenamiento procesal ha establecido que las resoluciones judiciales serán impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente previstos en el código (art. 421 del C.P.P. el cual consagra el principio de taxatividad de los recursos), siendo que contra aquellas que no se encuentren expresamente previstas como apelables, sólo se admitirá la impugnación cuando, entre otros requisitos, se alegue y demuestre la existencia de gravamen irreparable (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).

Dentro de ese marco, se observa que nuestro Ordenamiento Adjetivo no contempla expresamente la posibilidad de recurrir la resolución judicial que no hace lugar a la petición de una orden de detención, por lo tanto, el recurso sólo puede ser admisible en caso de que se alegue (y de alguna manera demuestre) la existencia

de gravamen irreparable (o de tardía reparación ulterior), conforme lo dispone el art. 439 del C.P.P.

Tal como sostuve n la I.P.P. nro. 14.367 del 30/11/2016, no debe pasarse por alto la complejidad vinculada a la interpretación y a los alcances que ha de otorgarse al concepto "gravamen irreparable" (que es el caso genérico previsto en la norma) y/o de muy dificultosa reparación ulterior (desarrollado doctrinaria y jurisprudencialmente), y a cuáles son las circunstancias a las que corresponde aplicarlo; es decir cuáles son los casos individuales (situaciones o acontecimientos concretos) que poseen las propiedades relevantes, para poder ser considerados como provocadores de tal gravamen.

En tal sentido, considero importante destacar que el Tribunal de Casación Provincial no ha mostrado un criterio interpretativo unánime y a priori de ese concepto; ni de los casos en que puede afirmarse que se presenta ese tipo de perjuicio; especialmente en lo que hace a medidas de coerción personal en el curso del trámite y a la influencia de los peligros de entorpecimiento procesal y /o de fuga (y de las circunstancias que, conforme establece el legislador, permiten inferirlos).

Así, la Sala II consideró, en la Ca. 77.815, que "...la decisión que deniega la solicitud de detención no ocasiona gravamen irreparable a tenor de lo normado por el art. 439 del C.P.P., ya que la probabilidad de fuga señalada por el "a quo" no se traduce necesariamente en una verdadera imposibilidad para el Estado de ejercer el ius puniendi..." y que la alusión al peligro de fuga fundado en los parámetros brindados por el legislador, no serían constitutivas de dicho gravamen por ser "...un pronóstico..." y no "...un gravamen cierto y concreto...".

Sin embargo, otras Salas de ese Tribunal no mantienen opinión concordante, como criterio general y para todas las causas, sino que preservan una opinión que se muestra más ajustada a las circunstancias de cada caso particular.

En ese sentido, destaco el fallo dictado por las Sala VI del Tribunal de Casación en la Ca. 71.175, en fecha 30/09/15, en el que los Dres. Natiello y Maidana expresaron que "...no puede sostenerse, como lo hace el impugnante, que el recurso de apelación contra la resolución que no hace lugar al pedido de detención del imputado no deba ser admitido en todos los casos, toda vez que como vimos ello depende de la casuística y de la singularidad de la situación...", confirmando la decisión de la Sala II de esta Cámara de Apelaciones y Garantías por entender que "...los magistrados han explicitado el correcto alcance de la potestad recursiva que, en el caso de marras, encontrando acreditado el gravamen irreparable, tenía el acusador público para atacar la decisión que denegaba el pedido de detención...".

Es así que considero adecuado realizar una apreciación sobre la existencia de gravamen irreparable que se ajuste a las particularidades "del caso", y que tenga en cuenta -en cada situación concreta-, las posibilidades de que pudiera producirse (para el recurrente) un perjuicio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior (en relación a los peligros procesales que pueden inferirse de las circunstancias que se presentan en la causa y a tenor de los parámetros que fija el legislador provincial en el art. 148 del C.P.P.).

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 estos obrados, entiendo arbitraria la afirmación de la Magistrada, por la que sostiene que "...la circunstancia fáctica alagada por el MPF, en orden a que los hechos en investigación ocurrían mientras la niña se encontraba al cuidado del imputado, no surge acreditada en autos...", y en base a la que concluye que la presencia del encartado en la vivienda donde sucedían los hechos no presenta "...las notas que una guarda requiere a los efectos de su existencia..." porque la víctima

"...en ningún momento refirió que el nombrado se encontrara a su cuidado ni siquiera aún de forma momentánea..." (fs. 6 y vta).

Esa reconstrucción de los eventos no se compeadece con la declaración prestada por la víctima y constituyen una errónea comprensión del contexto en el cual habrían acaecido los sucesos y del rol que le cabía al denunciado, en relación a la niña, mientras ambos se encontraban solos (ya sea en el automóvil en la puerta del domicilio de la niña o en el interior del inmueble).

Destaco, en ese sentido, que la niña narró -en su declaración prestada en cámara Gesell que obra en el cd agregado a fs. 113 del a causa principal- que los tocamientos ocurrieron cuando estaba sentada en el auto esperando a su hermana para ir a comprar cosas (minuto 3:42) y dentro de su casa cuando la sentaba a upa en la silla para tocarla (minuto 7:30); explicó que su mamá no se encontraba en el lugar porque estaba trabajando y resaltó "...sino me viene a buscar y listo...", lo que da cuenta de la ausencia de la persona adulta encargada del cuidado de la niña y de las posibilidades que ello la ofrecía al denunciado para llevar a cabo sus acciones, como también de la estrecha confianza que el núcleo familiar depositaba en él, y del rol que, por ello y aun momentáneamente, ocupaba R.M. por ser el único adulto en el lugar.

En ese sentido específicamente refirió que el denunciado llegaba en horarios en que su progenitora no estaba, cuando ella y sus hermanos se encontraban solos en la casa (minuto 9:01), que golpeaba y ellos le abrían la puerta, y que él sabía que su mamá a ese horario estaba trabajando (minuto 8:50); lo que -tratándose de un adulto con una relación casi de parentesco con los menores- lo sitúa en una posición que debe calificarse como guarda en los términos de la agravante que pretende el Ministerio Público Fiscal.

Tal como ha sostenido la [S.C.BA.](#) "...La figura del encargado de la guarda de la víctima en los términos en que ha sido receptada en el art. 119 cuarto

párrafo inc. "b" del Código Penal, se refiere a quienes, aún de manera momentánea, cuidan de la persona de aquélla, atendiendo a sus necesidades o ciertos aspectos de las mismas, como producto de la función que ocupan o en virtud de una situación de hecho, lo que los obliga a un especial deber de protección. De modo que, acreditada que sea la situación fáctica de la guarda, no es necesario sobreañadir a la mentada relación requisitos referidos a la calidad o permanencia del vínculo para su configuración formal..." (SCBA LP p 126731 S 08/03/2017 Juez NEGRI (SD)).

La guarda -en este caso- está dada por la situación fáctica en la que habrían ocurrido los hechos, mientras el denunciado era el único adulto en el lugar -por la confianza que la madre y las niñas depositaban en él-, ya que esas circunstancias han constituido las condiciones apropiadas para que, aprovechando su rol -aun transitorio- de único encargado del cuidado de una niña de 8 años, atentara contra su libertad sexual.

La falta de una valoración explícita de las circunstancias reseñadas, tornan arbitrarias las conclusiones de la Magistrada sobre los extremos que no diera por acreditados y, en consecuencia la calificación que asignara a los hechos investigados; lo que conlleva a la nulidad que propongo y que evidencia el gravamen de muy dificultosa reparación ulterior que justifica la admisibilidad del recurso.

Asimismo, contribuyen a la conformación de ese gravamen: la gravedad de los hechos denunciados, que dan cuenta de un abuso sexual reiterado en diversas oportunidades; lo gravoso del máximo de pena en expectativa; la corta edad de la víctima, que tenía ocho años; a los que se adiciona la relación de guarda que agrava la figura y la confianza, afecto que se había depositado en él, lo que aumenta lo reprochable de su accionar; y, también, la entidad que posee la pena en expectativa que se corresponde a los delitos por los que se pide la privación de libertad, sumado a la pena de 6 años de prisión que ya se le impuso en el mes de febrero de 2018, por

los abusos de los que fue víctima la hermana de la niña damnificada en el hecho que aquí se investiga (ver fs. 131/140).

Este es el alcance de mi sufragio.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. GIAMBELLUCA, DICE: Adhiero, en este especial caso, por sus fundamentos al sufragio del Dr. Barbieri y voto en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI, DICE: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y disponer la nulidad de la resolución impugnada, debiendo remitirse a primera instancia a fin de que -con la intervención de juez hábil quien deberá seguir actuando en toda la I.P.P., atento la toma de posición que ya tuvo la Magistrada que hasta aquí actura- se dicte una nueva resolución (arts. 106, 203, 433, 440 y ccmts. del Rito, 168 y 171 de la Constitución Provincial y 18 de la Constitución Nacional).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: sufragio en el mismo sentido que lo hace el Dr. Barbieri.

Con lo que termina este acuerdo que firman los Señores Jueces nombrados.

R E S O L U C I Ó N

Bahía Blanca, 12 de junio de 2018.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que es nula la resolución puesta en crisis.

Por ello, este Tribunal **RESUELVE:** hacer lugar al recurso interpuesto y disponer la nulidad de la resolución impugnada de fs. 4/7, debiendo remitirse la causa a primera instancia a fin de que -con la intervención de juez hábil quien deberá continuar actuando en toda la I.P.P.- se dicte nueva resolución (arts. 106, 203, 433, 440 y ccdts. del Rito, 168 y 171 de la Constitución Provincial y 18 de la Constitución Nacional).

Notificar únicamente al Sr. Fiscal General Departamental mediante libramiento de oficio electrónico atento la naturaleza de la petición y por haber sido solicitada y resuelta inaudita parte.

Remitir -sin más trámite- a la instancia de origen, junto a la causa principal.