

Expediente I.P.P. diecisiete mil quinientos noventa y seis.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro._____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los cinco días del mes Junio del año dos mil diecinueve, 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 y Gustavo Ángel Barbieri (art. 440 del C.P.P.), para dictar resolución en la I.P.P. Nro. 17.596/I del registro de este Órgano caratulada: "**E. s/ incidente de morigeración**"; 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 Soumoulou**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es justa la resolución apelada?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: A fs. 40/43 el Sr. Auxiliar Letrado de la Unidad de Defensa Penal nro. 2 Departamental -Dr. Marcos Agustín Frank-, interpone recurso de apelación contra la resolución dictada por la Sra. Jueza a cargo del Juzgado de Garantías

nro. 4 Departamental -Dra. Marisa Promé-, por la que no hizo lugar a la morigeración de prisión preventiva de la imputada.

Se agravia por considerar que la decisión resulta arbitraria, al no brindarse fundamentos suficientes que justifiquen el peligro de fuga, siendo que para acreditar ese extremo se habría basado sólo en las características de los hechos (sin tener en cuenta otras circunstancias que obran en autos).

Entiende que no se ha valorado adecuadamente el interés superior del niño y la perspectiva de género que el caso requiere, que recomendarían la morigeración solicitada, destacando que toda la familia de la detenida vive en Punta Alta, lo que le ofrecería una sólida contención familiar.

Afirma, respecto de la adecuada atención que podría ofrecerle al niño su padre, que independientemente de quién tenga en la actualidad su cuidado "...la más conveniente es que el hijo de mi defendida tenga contacto fluido con su madre, ya sea que viva con ella en una vivienda que viste a su madre en un domicilio particular..." y destaca la inconveniencia de que el menor la visite en una Unidad Penal.

Agrega, por otro lado, que al momento de la audiencia la defensa expresamente planteó como una circunstancia relevante a tener en cuenta, el deplorable estado de conservación del pabellón nro 7 de la Unidad Penal nro. 4 y el riesgo que implica para su asistida su alojamiento, solicitando que se tenga en cuenta la afectación que podría implicar para la relación con su hijo, el traslado a una Unidad Penal más lejana (siendo ello omitido por la Jueza de Grado). Solicita en definitiva la revocación del auto apelado.

Analizados los agravios y el contenido de la resolución apelada, propondré al acuerdo la declaración de nulidad de la resolución, en tanto -por un lado- se ha realizado una errónea aplicación del derecho y -por otro- se ha omitido el tratamiento de cuestiones de entidad planteadas por la defensa (arts. 201, 203 y ccdtes. del C.P.P. y 18 de la Constitución Nacional, 168 y 171 de la Constitución Provincial).

Advierto en el decisorio -y en consonancia con algunos de los argumentos expresados por el recurrente- la existencia de vicios con entidad nulificante, sobre cuyo tratamiento me encuentro facultado a entender -en forma oficiosa- en orden a las prescripciones contenidas en los arts. 201, 203 segundo párrafo y 435 del Código Procesal Penal, y en los artículos 18 de la Constitución Nacional y 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a fin de resguardar la garantía del debido proceso.

En ese sentido, sostuve en la I.P.P. nro. 9698/I, el 26/10/11, que 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. En este sentido, ha sido la Suprema Corte de nuestra Provincia quien 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).

A su vez, y en relación al déficit que advierto en la justificación, recuerdo que es requisito constitucional que las resoluciones judiciales se encuentren debidamente fundadas y motivadas en el derecho vigente y en los hechos probados (arts. 1 y 18 de la Constitución Nacional) a fin de evitar que sean sólo expresión de voluntad del juzgador, como así también que no contengan una motivación contradictoria, en respeto del debido proceso. El tema se vincula con el art. 1º de la Carta Magna Nacional que establece el régimen republicano de gobierno, y del que se deriva el requisito de publicidad y control de los actos de los Funcionarios y Magistrados, permitiendo conocer en virtud de qué motivos se dictan las resoluciones y sentencias. Cumplimentados dichos extremos los justiciables quedan resguardados de las decisiones arbitrarias de los Jueces, que no podrán juzgar las causas a capricho, sino que resultan obligados a explicitar y valorar racionalmente las pruebas y fundar su decisión en el derecho vigente.

También, en relación al art. 18 del mismo texto fundamental, la obligación de motivación posibilita el control de los fallos, toda vez que cuando la fundamentación no alcanza a conformar un desarrollo que permita el análisis crítico se hace imposible el control recursivo, vulnerándose las reglas del debido proceso legal. Como anticipé, entiendo que la resolución apelada no cumple con aquellas exigencias previstas por los artículos 18 de la Constitución Nacional, 168 y 171 de la Constitución Provincial y 106 del C.P.P.

En ese sentido, y en lo que hace a la normativa en la que se ha fundado la decisión, observo que la Magistrada ha resuelto el caso con fundamento en una norma distinta a la que resultaría -prima facie- aplicable al

caso, sin brindar una justificación que respalde tal elección normativa. Es que el pedido de morigeración requerido se apoyaba, en que la situación de la encartada -que posee un hijo de 4 años de edad- encuadraba en el artículo 159 del C.P.P., que expresamente prevé tal circunstancia como un supuesto en el que podría otorgarse el arresto domiciliario.

Sin embargo, como puede leerse a fs. 36, la Jueza de Grado, luego de destacar que el artículo 163 del C.P.P. expresamente remite a la causales previstas en el artículo 159 para el otorgamiento de una morigeración de la prisión preventiva, expresa "...no obstante, fuera de estos supuestos, el segundo párrafo del artículo 163 del C.P.P. contempla la posibilidad de que excepcionalmente... el juez pueda morigerar la prisión preventiva...". Afirma, en esa línea argumental, que "...en los casos del artículo 159 indicados ut supra la ley impone al juez el dictado de alternativas a la prisión preventiva, pero fuera de dichos supuestos la concesión de una medida morigeratoria reviste el carácter de excepcional y potestativa para el juzgador, quien la otorgará sólo cuando verifique una situación de excepción que evidencie que igualmente los peligros procesales pueden resguardarse y neutralizarse..." y que "...la situación de E. no presenta las características de excepcionalidad que me habiliten a otorgar el beneficio...".

Ahora bien, es en ese tramo de la justificación de la Magistrada donde se evidencia la arbitraria aplicación del derecho vigente que advierto y el carácter contradictorio que reviste su explicación, a la luz de las circunstancias de la causa.

Tal como alega la defensa y como surge de los elementos reunidos, la imputada tiene un hijo de 4 años, por lo que su situación es -prima facie- encuadrable en uno de los supuestos previstos en el artículo 159 del C.P.P. que incluye entre sus casos de aplicación al de la "...mujer en estado de gravidez o con hijos menores de cinco (5) años..." y, consecuentemente, en el primer párrafo del artículo 163 que remite expresamente a la norma citada.

No logro comprender, en ese sentido, cuál es la razón por la que la cual -habiendo considerado que está acreditado que la justiciable posee un hijo de 4 años- aborda el tratamiento del pedido de la defensa alegando la aplicación y justificando su decisión en lo dispuesto en las reglas que, regularían las situaciones en las que no se acreditan las circunstancias normadas en el artículo 159 (al requerir una excepcionalidad que expresamente el legislador provincial no exige para los casos como el que aquí está en juego: madre con hijo menor de 5 años). Máxime cuando expresamente ha sostenido en su decisión que "...en los casos del artículo 159 indicados ut supra la ley impone al juez el dictado de alternativas a la prisión preventiva..."

Ello constituye, a mi entender, una arbitraria aplicación del derecho vigente, en tanto, resultando -prima facie- subsumible el caso uno de los supuesto previstos por el artículo 159 del C.P.P. -y a los que remite el artículo 163 primer párrafo-, se ha omitido resolver su situación conforme lo establecido en esas disposiciones normativas y se han aplicado reglas destinadas a regular otros casos.

Sin embargo como la concesión tampoco resulta automática, y teniendo en cuenta las circunstancias que surgen de autos y dada la

importancia que reviste el interés superior del niño al analizar situaciones como la presente, que resultaría recomendable contar con un amplio informe socio ambiental respecto de la situación del menor y de la convivencia con su padre, como también conocer cuáles serían las condiciones y el lugar en el que viviría en caso de que se otorgara el arresto domiciliario a la procesada, contando así con más y mejor información sobre la relación entre la beneficiaria y su hijo, dado el problemático consumo de alcohol que -de acuerdo a lo que surge de los informes- padecería la justiciable.

Por otro lado, y sin perjuicio de la errónea aplicación del derecho destacada, considero que también se ha omitido dar tratamiento a los planteos que efectuó la defensa en relación a cómo influiría el estado habitacional del pabellón en el que se aloja la procesada (el cual es de público conocimiento que se encuentra clausurado por orden judicial -la que hasta la fecha no se hizo efectiva-)y como asimismo qué consecuencias traería en el caso de que fuera trasladada a una Unidad Penitenciaria ubicada en otra ciudad.

Esta omisión revela, también, una causal de arbitrariedad que infringe lo dispuesto por los arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial, lo que implica otra razón para disponer la nulidad de la resolución impugnada. Como denuncia el recurrente, esas cuestiones fueron expresamente planteadas por la defensa, tal como la propia Jueza señala a fs. 30; sin embargo ello no fue respondido.

Ese es el alcance de mi sufragio.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:

Adhiero al voto del Doctor Barbieri, por compartir sus fundamentos sufragando en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE:

Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde disponer la nulidad de la resolución de fs. 30/38, y remitir la incidencia a Primera Instancia a fin de que con la intervención de juez hábil se dicte nueva resolución, previo requerir los informes socio-ambientales correspondientes y todo otro informe que considere de interés el nuevo Magistrado actuante.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:

Adhiero al sufragio que antecede.

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

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, 5 de Junio de 2019.

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

Por todo lo expuesto este **TRIBUNAL RESUELVE:** disponer la nulidad de la resolución de fs. 30/38, y remitir la incidencia a Primera Instancia a fin de que con la intervención de juez hábil se dicte nueva decisión, previo requerir los informes socio-ambientales correspondientes y todo otra diligencia que considere de interés el nuevo Magistrado actuante (arts. 159, 163, 201, 203, 207 y concc. del C.P.P., artículo 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y 18 de la Constitución Nacional).

Notificar electrónicamente al Ministerio Público Fiscal.

Hecho, devolver a la instancia de origen junto a los autos principales, donde deberá notificarse a la procesada y a la defensa.