

Expte. Dieciocho mil trescientos uno.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los veintitrés días del mes de Diciembre 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 Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Ángel Barbieri, (art. 440 del C.P.P.) para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. nro. 18.301/I** caratulada "**G. s/ abuso sexual**", 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, Doctores **Giambelluca y Barbieri**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1º) ¿Es justa la resolución apelada?

2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA,

DICE: El recurso de apelación interpuesto por la Sra. Agente Fiscal a cargo de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio N° 14 -Dra. Marina Lara-, a fs.

102/105 vta., contra la resolución dictada por la Sra. Juez Titular del Juzgado de Garantías N° 1 Departamental -Dra. Gilda Stemphelet- a fs. 98/101 vta., en cuanto resolvió no hacer lugar a la detención de G., solicitada por la Agencia Fiscal a fs. 84/97 vta.

Principia sosteniendo la recurrente que dicho pronunciamiento causa un gravamen irreparable, vinculado no solo en forma directa a la "errónea o desacertada" calificación legal, sino más exactamente con el riesgo procesal que implica una imputación grave bajo la apariencia de una nimia.

Se disconforma con la calificación sostenida por la Magistrada de grado -abuso sexual simple en los términos del art. 119 primer párrafo del C.P.-, insistiendo en la propuesta por el Ministerio Público Fiscal -abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser el autor encargado de la guarda de la víctima -art. 119, segundo párrafo en función del cuarto párrafo en relación al inciso b del Código Penal-.

Considera que tal debe ser la calificación desde que las acciones bajo análisis resultan idóneas para desviar el normal crecimiento y desarrollo de la sexualidad de la víctima, ya que la naturaleza de las mismas y el aprovechamiento de la situación de confianza y de ser el único adulto en el lugar, sin dudas, a su entender, configuran un grave ultraje a su sexualidad.

Cita jurisprudencia en refuerzo de su posición.

Por otro lado, también refiere que se configura la agravante por "ser la guarda una cuestión de hecho dada al resultar G. el único adulto en la vivienda y haberse quedado la joven, en consecuencia, a su cargo ...".

Solicita se revoque el pronunciamiento recurrido, disponiéndose la detención de G..

Analizados los agravios expuestos y el contenido de la resolución puesta en crisis, considero que el recurso es admisible.

Que 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.).

Así las cosas, contra las resoluciones que no se encuentren expresamente previstas como apelables, sólo se admitirá el recurso cuando, entre otros requisitos, el impugnante demuestre la existencia del gravamen irreparable que, a su juicio, cause la decisión impugnada.

Dentro de ese marco, se observa que nuestro Ordenamiento Adjetivo no contempla expresamente la posibilidad de recurrir la resolución que rechaza los pedidos de detención. Por lo tanto, el recurso sólo podría ser admisible, en caso de que la resolución atacada causara un gravamen irreparable, conforme lo dispone el art. 439 del C.P.P..

En el presente, y tal lo sostenido en el remedio intentado, considero que existe para el Ministerio Público Fiscal gravamen de tardía reparación ulterior que justifica la admisibilidad del recurso.

Que dicho gravamen se desprende de los efectos de la resolución impugnada, conforme la calificación legal que le ha sido asignada a los presentes hechos por la Magistrada de la instancia.

En principio corresponde afirmar que, advertida la existencia de un vicio con entidad nulificante, este Cuerpo puede entender en su tratamiento en orden a las prescripciones contenidas en los arts. 201, 203 segundo párrafo del Código Procesal Penal, y en relación con el artículo 18 de la Constitución Nacional y arts. 10 y 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a fin de resguardar la garantía del debido proceso.

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).

El tema se vincula, como se dijo, con el art. 1ero. 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 el justiciable queda resguardado de las decisiones arbitrarias de los Jueces, que no podrán juzgar las causas a capricho, sino que resultan obligados a enunciar las pruebas y los motivos que dan base a su juicio y a valorarlas racional y expresamente.

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 derecho de defensa en juicio y del debido proceso legal.

Así, al analizar la resolución de la señora Juez de Garantías obrante a fs. 98/101 vta., ha de señalarse, que al momento de dar tratamiento a la calificación de los presentes hechos, los encuadra en la figura de abuso sexual simple (art. 119 primer párrafo del C.P.), descartando la propuesta por la Representante del Ministerio Público Fiscal -abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser el autor encargado de la guarda de la víctima el vínculo (art. 119, segundo párrafo en función del cuarto párrafo en relación al inc. b del C.P.).

Fundamenta su posición, sosteniendo que "... atento las características del hecho entiendo que no se han configurado circunstancias que impliquen un sometimiento gravemente ultrajante. Que se trató de un único hecho, no existiendo un "sometimiento" en el tiempo que implique la agravante pretendida... Así se requiere entonces que el sujeto activo ponga a la víctima bajo su autoridad y dominio, la subyugue a una forma humillante sexualmente

-situación ésta que no se advierte que haya sufrido la víctima ... Que asimismo entiendo que no corresponde aplicar la agravante de encargado de la guarda del inc. b)... Justamente la situación que se presenta en esta investigación, es la que estos autores consideran excluida de la agravante, en el cual debido a que de manera circunstancial, por ser haberse peleado con su padre, la menor se quedó a dormir en la casa del imputado...".

En el pronunciamiento en crisis la Magistrada de la instancia ponderó lo manifestado por la víctima de autos a fs. 59/60, quien en lo medular dijo: "... El hecho se produjo en el dormitorio de esa vivienda. Detalla que con sus hermanos solían quedarse a dormir en la casa de G. porque en la casa en la que vivía su padre no tenía lugar. Ese fin de semana la deponente había tenido una discusión con su padre, por lo que mientras se encontraba durmiendo en la casa del denunciado, éste la despertó a eso de las 3 am. para charlar sobre la discusión que había tenido ella con su padre, y le dijo que él siempre la iba a defender, luego se levantó de la cama, fue hasta la cocina para tomar mates, le contó sobre la discusión que había tenido con su padre, y luego G. la agarró de los brazos y la llevó hasta la cama, donde le quitó los pantalones y le apoyó el pene sobre la vagina pero sin lograr penetrarla y justo en ese momento se escucharon pasos ... ante lo cual se asustó pensando que era la madre de la deponente ... Preguntada por si había otro adulto, además del imputado, en el lugar del hecho, manifiesta: Que no, sólo estaban G., los dos hijos de G. ..., su hermana Y. (10) y la deponente ... Preguntada por si, más allá de que no hubo penetración, sintió dolor luego de que el sindicado le colocara el pene en la vagina, manifiesta: "En el momento sintió dolor, porque intentó penetrarla,

pero luego no le quedó doliendo ... se sintió mal y culpable por haberse quedado ahí, ya que por las cosas que le venía diciendo ella debió darse cuenta de que eso iba a pasar, ya que él siempre le refería que ella era muy linda y la elogiaba constantemente ...".

Conuerdo así con el análisis que efectuara la Dra. Lara, desde que las circunstancias de realización del presente hecho, habrían significado un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima, apartándome así de lo sostenido por la Magistrada de la instancia.

Conforme lo pone de resalto la Sra. Agente Fiscal, debe ponderarse que "lejos de ser un abuso simple es el hecho de que la persona adulta en la vivienda, le baje los pantalones a una joven de 15 años de edad, coloque su miembro viril en su vagina e intente penetrarla generándole dolor en su zona genital."

En cuanto a la agravante, por ser el autor encargado de la guarda de la víctima y que también descartara la Sra. Juez de Garantías, entiendo que resultaría de aplicación al hecho en tratamiento.

La víctima manifestó que solía quedarse a dormir en la casa del encausado, junto a sus hermanos, porque en la casa en la que vivía su padre no tenía lugar. Haciendo siempre referencia a la viviendas en las que residían los peones del campo en el cual trabajaba su padre junto al denunciado. Cabe decir al respecto que "...La idea de encargado de la guarda de la víctima entendemos se refiere a quienes, aún de manera momentánea, cuidan la persona de aquella, 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... ". (Código Penal de la Nación- Comentado y anotado- Andrés Jose D´Alessio -La Ley- Tomo II, pág. 257.).

Así digo que el fallo recurrido resulta arbitrario desde que "desnaturaliza" la acción del denunciado, otorgando una calificación errónea de los hechos intimados, contrariando las constancias de la causa, conllevando nulidad por resultar una errónea aplicación del derecho.

Como consecuencia de ello y frente a un error de derecho como el presente, se evidencia la irreparabilidad del gravamen para la Agencia Fiscal desde que, aún cuando se produzca nueva prueba, no permitirá cambiar el sentido de lo resuelto por la Dra. Stemphelet.

Por estas razones, considero que el recurso interpuesto a fs. 102/109 vta., es en este particular caso, admisible y que corresponde declararlo procedente, anulando la resolución apelada, de fs. 98/101 vta., reenviando a la instancia para que mediante la intervención de Juez hábil, se dicte nueva resolución conforme los lineamientos aquí propuestos.

Atento que la decisión dictada demuestra una toma de posición de la Sra. Juez actuante, es que propongo que el apartamiento sea definitivo y que continúe toda la etapa el nuevo Juez sorteado.

Así lo voto.

LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Adhiero a la propuesta que antecede, aclarando que la calificación legal del artículo 119

2do. párrafo o la del 3er. párrafo en grado de tentativa, en cualquier supuesto da lugar a la detención (art. 151 del C.P.P.).

Asimismo, teniendo en cuenta esas calificaciones, no hace falta expedirme sobre si corresponde hacer lugar a la figura agravada.

Con esos alcances sufrago por la negativa.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA,

DICE: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde anular la resolución apelada de fs. 98/101 vta. y reenviar las actuaciones a la instancia para que, por intermedio de Juez hábil, se dicte nuevo pronunciamiento y atento que la decisión dictada demuestra una toma de posición de la Sra. Juez actuante, es que propongo que el apartamiento sea definitivo y que continúe toda la etapa el nuevo Juez sorteado. Así lo voto.

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

Adhiero al voto del doctor Giambelluca.

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

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, Diciembre 23 de 2.019.

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

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede **SE RESUELVE:** que es admisible el recurso apelación interpuesto a fs. 102/105 vta. y que corresponde declararlo procedente, y en consecuencia, **ANULAR** la resolución apelada de fs. 98/101 vta., reenviando estas actuaciones a primera instancia para que, por intermedio de Juez hábil, se dicte nuevo pronunciamiento, quien deberá continuar actuando en toda la etapa (artículos 1 y 18 C. Nac., 10 y 15 Provincial; 106, 201, 203, 439, 440 y ccdds. del Rito).

Notificar mediante oficio al Señor Fiscal General, atento que la presente resolución ha sido resuelta inaudita parte.

Fecha remitir sin más trámite al Juzgado de Garantías actuante.