

"F. R. S. S/ RECURSO DE QUEJA"

San Isidro, 10 de noviembre de 2015.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver el recurso de queja por apelación denegado deducido por la Sra. Agente Fiscal, Dra. Lida Osoreo Soler, a fs. 10/14.

Practicado el correspondiente sorteo de ley resultó que debía observarse el siguiente orden en la votación: Jueces Celia Margarita Vázquez, Carlos Fabián Blanco, y para el caso de disidencia, Gustavo Adrián Herbel (conf. art. 440 C.P.P.).

Y CONSIDERANDO:

La Juez Celia Margarita Vázquez dijo:

I. A fs. 5/8 el titular del Juzgado de Garantías nº 3 resolvió declarar inadmisibles el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Agente Fiscal contra el decisorio que no hiciera lugar al pedido de recepción de declaración testimonial al menor víctima, en los términos de un anticipo extraordinario de prueba conforme art. 274 del CPP, en la sede de la Fiscalía de Violencia de Género de Vicente López.

Para así resolver entendió que nuestro ordenamiento no contempla expresamente la posibilidad del Ministerio Público Fiscal de recurrir el dictado la medida en crisis.

Sostuvo que solo podrá ser admisible en el supuesto que la resolución atacada cause un gravamen irreparable conforme lo dispuesto en el art. 439 del C.P.P. y que la alegación de dicho gravamen debe estar explicada en forma clara y fundando debidamente por que la resolución en crisis lo causa.

En ese sentido entiendo que los argumentos esbozados por el fiscal alcanzan para suplir la mencionada exigencia legal ya que explica el porque de lo irreparable del supuesto perjuicio que alega, describiendo que consecuencias negativas e imposibles de subsanar por otro medio acarrea la decisión adoptada.

II. Analizadas las constancias glosadas al presente incidente, adelanto que propiciaré conceder el recurso de queja interpuesto por la Sra. Agente Fiscal. Ello a tenor de las consideraciones que vierto a continuación.

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.). Y ha sido criterio invariable de esta Sala que, respecto de las resoluciones no expresamente apelables, sólo es admisible el recurso de apelación

cuando, entre otros requisitos, el recurrente ha fundado el gravamen irreparable que a su juicio causa la decisión impugnada (causas Nº 18.970/IIIa., Nº 19.372/IIIa., Nº 20.071/IIIa., Nº 21.624/IIIa., Nº 22.987/IIIa., Nº 28.655/IIIa., Nº 28954/III, entre otras).

Dentro de ese marco, se observa en primer lugar que no se encuentra prevista la apelación del auto que deniega el pedido de realización de la entrevista en Cámara Gessel en la sede de la fiscalía. No se contempla expresamente la posibilidad de recurrir la clase de resoluciones como la impugnada. 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.

Sentado ello, se observa que el art. 442 del C.P.P, en su parte pertinente, reza que "el recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional que dictó la medida impugnada, mediante escrito que contendrá, bajo sanción de inadmisibilidad, la indicación específica de los motivos de agravio y sus fundamentos".

Si la apelación debe ser fundada, resulta indiscutible que el primer punto que debe fundamentarse cuando el recurso no sea de evidente procedencia (por no estar expresamente contemplado el supuesto) es la existencia de un gravamen irreparable. La primera alegación del recurrente, pues, debe consistir en una explicación de por qué la resolución le causa un perjuicio de esas características.

Y no debe confundirse la fundamentación del fondo del recurso con la ya descrita acerca de los motivos que tornan recurrible a la resolución. Una cosa es la demostración del error (motivo del recurso) y otra distinta, la demostración de que el auto causa un gravamen irreparable (objeto del recurso).

Al respecto, Clariá Olmedo, siguiendo a Alsina señala que una resolución causa gravamen irreparable si producirá un daño o perjuicio al afectado de imposible reparación por la sentencia (Clariá Olmedo, Jorge; *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo V: La actividad procesal; EDIAR; p. 490*).

Palacio, por su parte, explica que el gravamen irreparable se produce en el supuesto en que un pronunciamiento jurisdiccional impide o tiene por extinguido el ejercicio de una facultad o derecho procesal, impone el cumplimiento de un deber o aplica una sanción (Palacio, Lino; *Derecho Procesal Civil, Tomo V: Actos Procesales; Abeledo Perrot; p. 13-14*).

La Sra. Agente Fiscal, explicó las razones por las cuales considera que la resolución del Juez "a quo" le causa un gravamen irreparable. En su presentación sostuvo la

necesidad de que la recepción del testimonio del menor sea efectuada con la modalidad de un anticipo extraordinario de prueba conforme lo normado por el art. 274 CPP.

Luego explicó con suma claridad que resulta necesario, en virtud de salvaguardar el interés superior del niño y evitar su revictimización, que la recepción de dicho testimonio sea realizada en la Cámara Gessel emplazada en la sede de la Fiscalía de Violencia de Género de Vicente López.

En pos de dar sustento a su planteo la Dra. Osoros Soler se remitió al informe efectuado por la psicóloga del Centro de Atención a la Víctima interviniente –obrante a fs. 216/217-, en el mismo la Licenciada Sonia E. Oettel, luego de entrevistar al menor dio cuenta que observo a Tobías con un alto grado de ansiedad, muy nervioso e hiperactivo. En virtud de ello estimó conveniente la exhibición de la Cámara Gessel y refirió que el menor mostró interés en saber quienes participarían de esa diligencia. Por último teniendo en cuenta el malestar y enojo que presenta Tobías concluyó que resulta muy importante que la recepción de su testimonio sea efectuada en la sede de la fiscalía y refiere que: *“...podría llegar a resultar muy perturbador para él un contexto distinto y ello podría ir en detrimento de su productividad a la hora de materializar la diligencia de referencia.”*

Así en el caso en cuestión, los argumentos referidos precedentemente me permiten tener por fundado el gravamen irreparable, pues como explica la Fiscal, la incidencia negativa que conlleva la denegatoria de su pedido en el curso de la investigación, no puede ser subsanada posteriormente de ninguna manera. Esto, toda vez que en caso de que el menor se vea alterado y su testimonio deba ser repetido, se tendría que realizar una nueva entrevista en Cámara Gessel con la consiguiente revictimización del menor.

Por lo tanto entiendo que corresponde hacer lugar a la queja y declarar admisible el recurso interpuesto (arts. 421,433, 439 y 442 del C.P.P.).

Asimismo propicio hacer lugar a la impugnación en tanto y en cuanto, de los actuados se vislumbra, que T. se encuentra alterado por la situación y por ello, es menester tomar las medidas necesarias para que pueda transitar este camino de la forma menos lesiva posible, evitando exponerlo a situaciones que sean perjudiciales para su estado de animo teniendo en miras el resguardo del interés superior del niño conforme lo establece la Convención de los Derechos del Niño en su art. 3.1 *“...una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...”*.

Ello mas aún considerando la recomendación efectuada por la Licenciada Sonia E. Oettel, en el sentido de que realizar la Cámara Gessel en otra sede no solo implica

someter al menor una situación de mayor tensión a la necesaria, sino que es factible que se vea disminuida la calidad de su testimonio atentando contra finalidad del proceso.

En consecuencia estimo procedente revocar el auto mediante el cual el titular del Juzgado de Garantías N° 3 departamental no hizo lugar al pedido efectuado por la Sra. Agente Fiscal, y disponer que la recepción del testimonio del menor sea realizada en los términos del art. 274 del CPP y la misma se efectúe en la Cámara Gessel emplazada en la sede de la Fiscalía de Violencia de Género de Vicente López (arts. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, 102 bis y 274 CPP.)

Así lo voto (arts. 168 C.P.B.A. y 106 C.P.P.) .

El Juez Carlos Fabián Blanco dijo:

No comparto la propuesta realizada por mi colega preopinante, pues a mi entender, corresponde ir más allá de los motivos de agravio y nulificar la decisión judicial *-cuya copia obra a fojas 1 de las presentes actuaciones-* sin perjuicio de realizar algunas consideraciones preliminares:

La impugnación de resoluciones judiciales en el proceso penal, requiere de un serie de formalidades que llevadas a cabo, habilitan la revisión que se solicita, y en ese sentido, cabe resaltar que antes de arribar a una propuesta del caso planteado, se debe realizar un juicio de admisibilidad formal del recurso de queja interpuesto, que en caso de tener acogida favorable y correspondiendo entrar al análisis del recurso de apelación presentado, el mismo debe encontrarse concedido, en los términos de la última parte del primer párrafo del artículo 433, por cuanto la norma dice: “ *Interpuesto un recurso ordinario o extraordinario ante el órgano o Tribunal que dictó la resolución estimada agravante, aquél examinará si está interpuesto en tiempo, si quien lo interpuso tenía derecho a hacerlo, si se observaron la formas prescriptas y si la resolución era recurrible, **concediéndolo de inmediato ante quien corresponda.*** “.-

Ese acto jurisdiccional de la concesión, es un paso indispensable en el trámite del recurso, pues implica la apertura de la vía impugnativa provocada por el recurrente, permitiendo el acceso al caso del Tribunal Superior, y que como lo he sostenido en el caso n° 13.748 de la Sala n° I de la Cámara que integro, puede ser subsanada en la presente instancia.-

En efecto, tal como pasaré a explicar, a mi entender el recurso de queja interpuesto, resulta formalmente procedente, corresponde revocar la resolución en cuanto

declara inadmisibile el recurso de apelación interpuesto, tener por concedida dicha impugnación y hacer lugar a la queja interpuesta.-

El artículo 433 del código de forma, dispone que interpuesto un recurso ordinario contra la denegatoria procederá una queja, que se interpondrá ante la Alzada y a la que se acompañará copia simple firmada por la parte del recurso denegado, de su denegatoria y de la decisión mediante aquél atacada con sus respectivas notificaciones. El plazo para interponerla será de tres (3) días si se tratase del recurso de apelación. El Tribunal que deba resolver el recurso examinará lo resuelto por el “a quo” y si se observaron las formas prescriptas.-.

En tal inteligencia, y como lo he sostenido en el marco de la causa n° 28.375/III de la Sala III de este Tribunal, en los denominados “recursos verticales (apelación, casación e inconstitucionalidad)” -tal como lo refiere Lino Enrique Palacio-, el análisis respecto de su admisibilidad le compete al órgano judicial que dictó la resolución impugnada. Ante su negativa, fue prevista normativamente la posibilidad de que el apelante requiera en forma directa al órgano superior en grado “la rectificación de ese juicio y la consiguiente orden de que se imprima al recurso denegado el trámite correspondiente.”.

El mencionado autor agrega que cualquiera de las partes a la cual le haya sido denegado ese “recurso vertical” estará habilitada para interponer un recurso de queja, “con la variante de que el interés exigible coincide, como es obvio, con el que determinó la interposición del recurso denegado.”. Además, el órgano judicial habilitado para decidir el recurso denegado será el único competente para conocer respecto de la queja, la que deberá estar debidamente fundada, y presentada en legal forma y tiempo (cf. autor citado, “Los Recursos en el Proceso Penal. Tercera edición. Actualizada y ampliada por Juan María del Sel”. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2009, pgs. 167/173).-

Consecuentemente, es dable advertir que al recurrente se le ha rechazado previamente un recurso de apelación; ha interpuso la queja dentro del término de ley acompañando copias de las partes pertinentes, resultando competente estos Estrados, la misma se autoabastece, y su sola lectura resulta suficiente para la comprensión del caso, de los agravios y los fundamentos que demuestran el yerro de la resolución impugnada, de manera que circunscribe adecuada y acabadamente la materia que es objeto de análisis, por lo que corresponde declarar formalmente admisible el recurso de queja interpuesto.-

Ahora bien, tal como lo he sostenido en la causa n° 28.747, en pos de alcanzar una mayor economía procesal y teniendo en cuenta los derechos en juego, previo a

adentrarme en el recurso de apelación que fuera denegado por el Magistrado Garante, entiendo que devolver el legajo a la instancia al sólo efecto que al Señor “Juez a quo” conceda el recurso, deviene un claro dispendio jurisdiccional en perjuicio del servicio de justicia, por lo que corresponde tenerlo por concedido e introducirme en su análisis, y en tal inteligencia, resulta procedente –tal como lo propone mi colega- declarar admisible formalmente el recurso de apelación interpuesto, dado que ha sido interpuesto en tiempo, quien lo interpuso tenía derecho a hacerlo, y se observaron la formas prescriptas.-

Efectivamente, -como lo refiere mi colega Vázquez- lo decidido es apelable dado que existe gravamen irreparable por parte de la recurrente, y en ese sentido efectivamente, una primer pauta de interpretación para la respuesta a este interrogante surge de la redacción del art. 442 CPP. Esa norma reza en la parte pertinente a este caso que “[e]l recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional que dictó la medida impugnada mediante escrito que contendrá, bajo sanción de inadmisibilidad, la indicación específica de los motivos de agravio y sus fundamentos”.

Al respecto, Jorge Clariá Olmedo enseñaba que “[...]a motivación o fundamentación constituye el elemento lógico o intelectual del acto impugnativo. En ella se contiene el razonamiento sobre la censura en su referencia al agravio producido y al vicio o vicios experimentados como consecuencia de la resolución impugnada...” (aut. Cit., Derecho procesal, Tomo II, Bs. As., Depalma, 1983, p. 293).

Si la apelación debe entonces ser fundada, resulta indiscutible que el primer punto que debe fundamentarse cuando el recurso no sea de evidente procedencia (por no estar expresamente contemplado el supuesto) es la existencia de un gravamen irreparable. La primera alegación del recurrente, pues, debe consistir en una explicación de por qué la resolución le causa un perjuicio de esas características.-

Es que tal como recientemente este Tribunal ha sostenido en causas nº 27.264 “Ferrara, Daniel s/sobreseimiento” y nº 27.294 “Romero, Jonathan s/ morigeración”, entre otras, no debe confundirse, aunque las materias están en estrecho contacto, la fundamentación del fondo del recurso con la ya descripta acerca de los motivos que tornan recurrible a la resolución; en el caso, la existencia de un gravamen irreparable y su fundamentación al respecto.-

La premisa atinente a que los parámetros de dicho “gravamen irreparable” no deben ser confundidos con los de corrección o no de la decisión; de lo contrario, si toda resolución de la cual pudiera predicarse agravio, por esa misma razón causara gravamen

irreparable, el principio de taxatividad de los recursos sería impracticable y la redacción del art. 439, superflua.-

Recuérdese que una resolución jurisdiccional causa gravamen a una parte del proceso en tanto la perjudique en forma concreta, y su irreparabilidad venga dada en tanto ello no pueda ser subsanado con posterioridad durante el curso del proceso; esto es, en palabras de Lino Palacio, que “...no existe otra oportunidad procesalmente útil para reparar el perjuicio que irroga la resolución...” (aut. cit., Los recursos en el proceso penal, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998 , p. 58).

Conviene entonces tener presente que “[e]l requisito del perjuicio irreparable que impone la ley para la viabilidad formal del recurso de apelación, es una exigencia que se vincular al interés de la parte, al daño que la resolución le causare o fuere susceptible de causarle. No basta un perjuicio teórico, una disconformidad formal contra la tesis sustentada en el pronunciamiento, para que sea permitida su impugnación, como un medio de perseguir la satisfacción de una mera curiosidad jurídica o en el beneficio de la ley...” (Washington Ábalos, Raúl, Derecho procesal penal, Tomo III, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 430).

Es que tal como enseñaba Franciso D’Albora, “...resulta susceptible de apelación toda resolución que causa “gravamen irreparable” determinado por las resoluciones que frustrarían el ejercicio de derechos procesales...” (aut. cit., Curso de derecho procesal penal, Tomo II, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1987, 2º ed., p. 152).-

Y, entrando a las consideraciones de mi propuesta, cabe resaltar que el artículo 434 del C.P.P., dispone que los recursos atribuirán al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los motivos de los agravios, **salvo si se tratare de causales de nulidad absoluta, respecto a las cuales aquél Órgano Jurisdiccional podrá pronunciarse.-**

Por su parte, el artículo 206 del mismo ordenamiento procesal, señala que el órgano judicial que compruebe un motivo de nulidad procurará su inmediato saneamiento, y el art. 203 del mismo texto legal, dice que **deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades que impliquen violación de normas constitucionales.-**

Y en ese sentido, se ha quebrado la garantía del debido proceso penal, establecida en los artículos 18, 33 y 75 inc. 22 de la Carta Magna, tal como lo paso a explicar:

El art. 274 del código de rito indica: *“Las partes podrán requerir al Juez de Garantías que realice un adelanto probatorio cuando deba declarar una persona que por grave enfermedad u otro obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerlo durante el debate. **Si el Juez no considerara admisible el acto, deberá rechazar su realización por auto fundado”*** (el resaltado me pertenece).-

El artículo 105, menciona que las decisiones del Juez o Tribunal, serán pronunciadas por sentencia, auto o decreto. Se dictará sentencia para poner término al proceso, después de su íntegra tramitación; **auto, para resolver un incidente o artículo del proceso o cuando este Código lo exija**; decreto, en los demás casos, o cuando esta forma sea especialmente prescripta. (*también el resaltado me pertenece*).-

Y finalmente, el artículo 106, refiere que las sentencias y **los autos deberán ser motivados, bajo sanción de nulidad.**-

Se ha dicho y lo comparto, que la fundamentación de las decisiones judiciales constituye un elemento del debido proceso penal, no sólo para el acusado, sino también para el Estado, en cuanto tiende a asegurar la recta administración de justicia.-

De la lectura de las constancias obrantes en autos surge a fs. 218, que la Sra. Fiscal solicitó al a quo que el testimonio del menor sea receptado en los términos del art. 274 del CPP, es decir, como un anticipo extraordinario de prueba y además que el mismo sea efectuado en la Cámara Gessel sita en la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio de Violencia de Género con la participación de la Lic. Oettel.-

Atento a ello el magistrado garante, a fs. 219, resolvió mediante simple decreto no hacer lugar a dicha solicitud; consecuentemente, se ha resuelto la cuestión introducida por la peticionante, sin la forma exigida por el ordenamiento procesal, en detrimento del debido proceso penal, acarreado la nulificación de la decisión judicial recurrida.-

En conclusión, entiendo que en la causa en trámite, el juez a quo al resolver mediante simple decreto la denegatoria del pedido efectuado por la representante del Ministerio Público Fiscal, ha incumplido con las formalidades previstas para dicha diligencia, las cuales resultan de carácter obligatorio. No puedo dejar de mencionar, que la necesidad de fundar dicha decisión radica en que la misma ocasiona un claro gravamen a la parte la cual se encuentra facultada para recurrirla, siendo para ello absolutamente necesario que la decisión sea tomada mediante auto fundado.

Por ello propongo que se declare la nulidad del auto en crisis (conf. arts.201, 205, 207, 208 del CPP).

Así lo voto (arts. 168 C.P.B.A. y 106 C.P.P.).

El Juez Gustavo Adrián Herbel dijo:

Adhiero al voto emitido por la Dra. Vázquez, por los mismos motivos y fundamentos.

Así lo voto (arts. 168 C.P.B.A. y 106 C.P.P.) .

RESUELVE:

I. POR MAYORIA HACER LUGAR a la queja interpuesta, **REVOCAR** el auto por el cual el Magistrado a cargo del Juzgado de Garantías N° 3 Departamental resolvió no hacer lugar a la petición efectuada por la Sra. Agente Fiscalía y **DISPONER** que la recepción del testimonio del menor sea realizada en los términos del art. 274 del CPP y la misma se efectúe en la Cámara Gessel emplazada en la sede de la Fiscalía de Violencia de Género de Vicente López, de conformidad con lo expuesto en el Considerando (artículos 102 bis, 421, 433, 439, 442, 274 del C.P.P. y 3.1de la Convención de los Derechos del Niño).

II. Regístrese, notifíquese al Fiscal de Cámara y a la Defensa de intervención (art. 125 del C.P.P.) y, cumplido ello, devuélvase.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

FDO.: CELIA M. VÁZQUEZ – CARLOS F. BLANCO – GUSTAVO A. HERBEL

Ante Mí: GABRIELA GAMULÍN