

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 23157/08 STJ

SENTENCIA Nº: 155

PROCESADOS: C. W. – L. R.

DELITO: LESIONES GRAVES REITERADAS – ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL POR VÍA ORAL REITERADO AGRAVADO POR SER EL ENCARGADO DE LA GUARDA – LESIONES GRAVES REITERADAS AGRAVADAS POR EL VÍNCULO – ABANDONO DE PERSONA AGRAVADO POR RESULTAR GRAVE DAÑO EN EL CUERPO Y EN LA SALUD DE LA VÍCTIMA CALIFICADO POR SER LA MADRE EN CONCURSO REAL

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN (QUERELLANTE)

VOCES:

FECHA: 04-11-08

FIRMANTES: SODERO NIEVAS – BALLADINI EN ADHESIÓN PARCIAL – CERDERA (SUBROGANTE)

///MA, de noviembre de 2008.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Víctor Hugo Sodero Nievas, Alberto Ítalo Balladini y Francisco Antonio Cerdera -por subrogancia-, con la presidencia del segundo y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “C., W. y L. , R. s/Abuso sexual y lesiones s/Casación” (Expte.Nº 23157/08 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal (Ley P 2107), con el planteo de la siguiente:- - - - -

C U E S T I Ó N

----- ¿Es procedente el recurso deducido?- - - - -

V O T A C I Ó N

El señor Juez doctor Víctor Hugo Sodero Nievas dijo:- - -

-----1.- Mediante Auto Interlocutorio Nº 21, del 14 de febrero de 2008, la Cámara Primera en lo Criminal de Cipolletti resolvió -en lo pertinente- declarar la nulidad del

auto de procesamiento de fs. 365/385 y remitir los autos al origen para que procediera a regularizar el proceso conforme a derecho (arts. 159 y 160 C.P.P.).- - - - -

-----2.- Contra lo decidido, la parte querellante -con patrocinio letrado- dedujo recurso de casación, que fue declarado inadmisibile por el a quo. Por ello vino en queja ante este Superior Tribunal, que le hizo lugar mediante el Auto Interlocutorio N° 27/08. Se dispuso entonces el expediente por diez días en la Oficina para su examen por parte de los interesados; a fs. 511/521 se agrega el///2.- dictamen de la señora Procuradora General y a fs. 525/529 la contestación del recurso de casación a cargo de la defensa. Realizada la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del rito, los autos están en condiciones para su tratamiento definitivo.- - - - -

-----3.- La casacionista hace una reseña de diversas actuaciones tanto en el fuero penal como en el civil, para poner en evidencia que la menor víctima ya fue examinada y sometida a peritajes en numerosas oportunidades, “exponiéndose una y otra vez al mismo dolor que el que había sufrido y que la colocó en un estado de vulnerabilidad e indefensión con grave compromiso en su salud física y psíquica y riesgo de vida”. Agrega que, según surge del informe N° 07-0164, del 24-04-07 (obstante a fs. 254/256), la menor evidencia una evolución favorable respecto de su situación, pero que expresó que no quería hablar de lo que había sucedido previo a vivir con su tía. y en sus palabras manifestó “yo ya hablé de esto”, con relación al acta de fs. 206/207 del expediente.- - - - -

----- Se opone entonces a la declaración de invalidez de la declaración de la menor documentada en el acta mencionada y a la nulidad del acto de procesamiento de W.D.C y de R.M.L., pues esto implicaría la necesidad de que la menor lo hiciera de nuevo en esta etapa procesal, y dado que se la valoró como fundamento basal del auto de procesamiento en desmedro de otras pruebas anejadas a la causa. Expresa que de tal modo se conspira contra el derecho a una tutela judicial efectiva de la víctima, pues lo decidido por la Cámara Criminal carece de motivación y violenta la garantía de un ///3.- juicio rápido.- - - - -

----- También sostiene que así se violentan aun más los derechos de la menor víctima, puesto que se insiste en que vuelva a comparecer ante la jurisdicción a hablar sobre lo que ya no quiere revivir ni recordar. Menciona los arts. 3.1., 12.1., 18.1., 19.1., 20.1., 34 y 39 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño; 1, 2, 3, 5, 8, 9, 24, 27 de la Ley 26061 y 8, 11 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como asimismo doctrina favorable a su reclamo, y aclara que su postura no obsta a que la niña

pueda declarar en el futuro, pero no ya en la instancia instructoria, sino en el eventual debate.- - - -

-----4.- La señora Procuradora General dictamina que el recurso debe ser acogido favorablemente y que la temática involucrada permite sortear cualquier valladar formal. Agrega que razones de orden público, fundamentalmente por encontrarse comprometido el interés superior del niño, ameritan la intervención aun de oficio del Superior Tribunal de Justicia con el fin de subsanar los vicios invalidantes de la decisión recurrida. Así, considera que la declaración de la menor impugnada no puede conllevar la nulidad del auto de procesamiento, pues no se trata de una situación equiparable a la de los testimonios que se incorporan al debate por su lectura, sin control de la defensa. Cita doctrina legal para dar fundamento a su criterio y expresa que se revocó un pronunciamiento provisorio sin mayores fundamentos, lo que provocará una revictimización de la menor.- - - - -

-----5.- En su contestación del recurso de casación, la///4.- defensa dice que no hay conexión entre la declaración de nulidad del acto procesal en que se reciben las manifestaciones de la menor y la alegada violencia a su integridad psíquica. Agrega que no puede exigírsele al Estado el procesamiento del imputado mediante una prueba constitucionalmente inválida en ausencia de control del Ministerio Público Fiscal y de su parte. Niega además que la nulidad de un auto de procesamiento constituya sentencia definitiva y alega que la garantía de defensa en juicio no puede sufrir menoscabo por la de celeridad procesal.- - -

----- La misma negativa esgrime respecto de los efectos que sobre la menor tendría una declaración en Cámara Gesell para poder así atribuir calidad de definitiva a la resolución nulificatoria. Entiende inaplicable al caso la regla de interpretación “pro homine”, pues el caso es el conflicto entre personas con intereses distintos. Considera a continuación que el derecho a interrogar a los testigos también alcanza a la etapa instructoria, y aduce que no se trata en el caso de una declaración testimonial de un adulto que será citado al debate, sino de una menor que no volverá ser escuchada, por lo que es una prueba irreproducible.- -

-----6.- Es equiparable a definitivo el Auto Interlocutorio N° 21/08, que declara la nulidad del procesamiento de fs. 365/385 y remite los autos al origen para que el Juez de Instrucción proceda a regularizar el trámite conforme al derecho que establece, en tanto de sus considerandos se colige que para su nuevo dictado sería necesaria una nueva declaración de la menor víctima en la etapa instructoria.- -

----- Tal nueva declaración en la etapa mencionada debería ///5.- ser inmediata con el fin de lograr una tutela judicial efectiva según el mérito probatorio que le atribuye la Cámara Criminal -central para la convicción acerca de los cuatro hechos reprochados-, circunstancia que, de acuerdo con los agravios deducidos y la prueba pericial que se cita, podría provocar un agravio de imposible reparación ulterior.- - - - -

- - - - -

----- En este orden de ideas -“mutatis mutandis”-, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que es “sentencia definitiva, a los fines del recurso de extraordinario federal, la resolución que concede la tenencia provisoria de una niña a su madre -poniendo fin a la guarda de hecho que venía ejerciendo el padre-, pues si bien no es de las que pone fin al pleito, es susceptible de ocasionar un agravio de insuficiente o imposible reparación ulterior, lo cual adquiere -en la especie- una dimensión singular en tanto el cumplimiento del decisorio recurrido supone habilitar un cambio fundamental para el psiquismo en formación de una persona menor de edad. (Del dictamen de la Procuración General que la Corte, por mayoría, hace suyo)”(CSJN, del 29-04-08, en LL del 28-05-08, sumario 8).- - - - -

----- Así, la declaración en las circunstancias apuntadas provocaría una situación ansiógena y estresante -revictimización- en la menor, que ya ha sufrido daños psicológicos de gran consideración -sin abrir juicio sobre su etiología o responsabilidad en ellos-, que se profundizarían.- - - - -

----- Entre las líneas directrices de la Convención sobre los Derechos del Niños encontramos el principio de evitar la ///6.- revictimización, que puede ser ocasionada por las distintas y sucesivas intervenciones del menor en los diferentes fueros judiciales, cuando es convocado como sujeto u objeto de prueba (ver causa 42394, “M.A. y otros s/abuso deshonesto -Recurso de hecho”, donde la CSJN rechazó la enésima declaración testimonial de un niño presuntamente víctima de incesto paterno a la edad de 4 años).- -

- - - -

----- De las constancias del expediente, dada la negativa de la menor a expresarse sobre los hechos en el peritaje de fs. 254/256 con el argumento de que ya había hablado de eso, surge que aquélla esta incurso en un proceso denominado de “revictimización institucional”, pues siempre el llamado a participar de éste implica una serie de actitudes invasivas e intrusivas, con el incremento de las vivencias traumáticas por procedimientos reiterados que patentizan el recuerdo y reactualizan la experiencia anómala (Norma G. Miotto, “Abuso sexual de menores. Complejidad diagnóstica”, IVº Congreso

Iberoamericano de Psicología Jurídica, Madrid, 2001).- - - -

----- En consecuencia, resulta evidente la exigencia de que este Cuerpo ingrese en el sub examine para analizar la verdadera necesidad procesal de que la menor declare de nuevo en la instancia de instrucción, atento a que, en el marco de los agravios deducidos por la recurrente, la nulidad del auto de procesamiento sería producto de un ritualismo inútil, pues las manifestaciones de la menor serían formuladas en un acto válido o -de modo subsidiario- porque la resolución encontraría sustento en otras medidas de prueba, distintas de aquéllas. De tal modo, si fuera así, el proceso podría avanzar sin retrotraerse a la espera de ///7.- una actual y pronta declaración, cuyos efectos perjudiciales quiere evitar la recurrente y es lo que justifica la intervención solicitada.- - - - -

----- Asimismo, resulta evidente que el recurso intenta -con motivos prima facie fundados- resguardar el interés superior del niño, de manera que ocupa a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (Fallos: 324:975 y 327:5210).- - - - -

-----7.- Se les reprocha a los imputados una serie de hechos que tienen como víctima a la menor C.E.R.L., algunos de ellos contra la persona, otros contra la integridad sexual, por los que se resuelve ordenar el procesamiento de W.D.C. como supuesto coautor del delito de lesiones graves reiteradas y autor del delito de abuso sexual con acceso carnal por vía oral reiterado agravado por ser el encargado de la guarda, los que concursan en forma real (arts. 90, 119 tercer y cuarto párrafos inc. a y b, 45 y 55 C.P.). Asimismo, ordena el procesamiento de R.M.L. por considerarla supuesta coautora del delito de lesiones graves reiteradas calificadas por el vínculo y supuesta autora del delito de abandono de persona agravado por resultar grave daño en el cuerpo y en la salud de la víctima calificado por ser la madre, los que concursan realmente (arts. 92 en función del 92 y 80 inc. 1º, 106 segundo párrafo en función del primero, 107, 45 y 55 C.P.).- - - - -

----- Entre la prueba de cargo merituada se encuentra la ///8.- declaración de la menor - ver fs. 206/207-, lo que motiva el agravio de la defensa por considerarla inválida, pues ha sido realizada sin notificación de su parte, lo que impidió su control. La Cámara Criminal hace lugar al planteo y -como fue referido- anula el auto de procesamiento por tal omisión, con la indicación al Juez de Instrucción de que aplique el derecho declarado.- - - - -

----- Considero que tal decisión obedece a un motivo aparente, que se desentiende de las concretas particularidades de la causa y que provoca una retrocesión del juicio a una etapa ya superada. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “NOCENTE”-Fallos 314:1399, del 05-11-91-, sostuvo que “el principio de progresividad y el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se retrotraigan a etapas ya superadas y se prolonguen indefinidamente”, con agravio para la víctima que se ve privada del derecho a una justicia efectiva bajo la errada utilización de su derecho a ser oída (art. 71 inc. 3º C.P.P., reformado por Ley 4134), que así la perjudica.- - - - -

----- El 14 de diciembre de 2006, mediante Auto Interlocutorio N° 868, la Cámara Segunda en lo Criminal de General Roca rechazó un planteo de nulidad de la defensa señalando algunas pautas para la recepción de las manifestaciones de la menor, entre las que señala que dicho ministerio “... puede estar presente en el acto, haciendo todas las preguntas que considere oportunas, a través del ///9.- profesional a cargo del interrogatorio, así como hacer las observaciones al respecto...” (ver fs. 29 del incidente “C.W. y L.R. s/abuso sexual y lesiones”, Expte.N° 5051/05 -JI XXI).- - - - -
- - - - -

----- Asimismo, el 13 de septiembre de 2006, en el expediente principal, el señor Juez de Instrucción había implementado mediante sistema de circuito cerrado de televisión una sala de audiencias bajo las previsiones de la última reforma de ley (se trata de la utilización de la Cámara Gesell, uno de los medios autorizados para entrevistar a los menores con actual reconocimiento legislativo expreso en nuestro C.P.P., lo que no implica negar otros en el marco de la libertad probatoria del rito tales como la entrevista con psicólogo o investigador especializado, con o sin videofilmación, o la exploración psicológica, etc., a elección del juzgador según su prudente arbitrio -Gutiérrez, Delitos sexuales sobre menores, pág. 178-), respecto del trato de menores que deben prestar declaración testimonial; ello no obstante que la audiencia no reviste calidad de declaración testimonial, sino de audiencia de conocimiento (ver fs. 182).- - - - -

----- A fs. 204 se presenta la señora Asesora de Menores e Incapaces N° 2 de la IVª Circunscripción Judicial y solicita se concrete la audiencia de declaración de la menor, a lo que la Juez de Instrucción hace lugar, de modo que se concreta la audiencia cuestionada con la participación de la víctima, su tía y la Asesora de Menores, sin notificación a la defensa ni al Ministerio Público Fiscal.- - - - -

-----8.- A la fecha de tal declaración -06-03-07- todavía no ///10.- había entrado en vigencia la Ley provincial P 3995 modificatoria del Código Procesal Penal (Ley 2107) conforme su art. 5, que condicionaba tal vigencia a la habilitación en cada una de las cabeceras de las cuatro circunscripciones judiciales como mínimo de un cualquiera de los métodos (cámara Gesell o registro de imagen y audio) previstos en la ley. Mediante Resolución N° 163/07, el Superior Tribunal dispone la operatividad de lo dispuesto en el art. 234 bis del código adjetivo, habilitando el funcionamiento de las Cámaras Gesell en las cuatro circunscripciones judiciales a partir del 10-04-07.- - - - -

----- Se trata de medidas aplicables a la declaración de los menores de dieciocho años, sujeta a determinados resguardos y garantías -art. 229 C.P.P.-, que así realizada es un acto definitivo e irreproducible al que los defensores tienen derecho a asistir según prevé el art. 185 del rito, modificado por la norma mencionada, y también el punto 16 de la resolución del Superior Tribunal citada supra.- - - - -

----- Resulta evidente que las manifestaciones de la menor instrumentadas en el acta de audiencia de fs. 206/207, por no reunir ninguna de las condiciones previstas por la normativa aún no vigente -basta para ello contrastar el acto procesal con las exigencias del art. 229 C.P.P. y la resolución reglamentaria- no constituyen una declaración testimonial especial y, en caso de ser necesario, deben reeditarse en el debate, pues el derecho de los defensores de las partes es a su asistencia a los actos definitivos e irreproducibles, pero esto no la invalida para fundamentar un auto de procesamiento en la etapa de///11.- instrucción.- - - - -

----- Va de suyo que, al no notificar a la defensa de la realización de tal acto, la Juez que lo dispone ha considerado que puede reeditarse su producción en la etapa de debate, pues de lo contrario se hacía imperioso asegurarle su control para que dicho acto pudiera ser luego incorporado por lectura a dicha etapa y ser útil para fundamentar una decisión judicial.- - - - -

----- Es que, respecto de los actos definitivos e irreproducibles, lo que “se debe asegurar a las partes es la posibilidad de controlar la prueba de esta naturaleza. Dicha posibilidad se otorga mediante la notificación a las personas mencionadas en la norma, siendo irrelevante la circunstancia de que posteriormente la parte interesada finalmente decida no efectuar ese control que le es permitido” (Asturias y Bustos, comentario al art. 200 C.P.P.N., en la obra colectiva Código Procesal Penal de la Nación, dirigida por Almeyra, T° II, pág. 126).- - - - -

----- La imposibilidad de volver a desarrollar el acto no surge de la propia naturaleza de

éste y así lo admite la propia recurrente cuando sostiene en su casación que “la niña pueda volver a declarar en el debate” (fs. 458). Tampoco la Cámara Criminal da razones valederas para considerarlo irreproducible y por ende inválido por la omisión de formas esenciales para entenderlo tal.- - - - -

----- En consecuencia, la Juez de Instrucción no incumple con ninguna formalidad en la recepción de la declaración cuestionada de acuerdo con la legislación entonces vigente, por lo que la resolución de la Cámara Criminal que nulifica ///12.- el auto de procesamiento y reenvía el expediente al Juez para que se realice nuevamente el acto carece de fundamentos que avalen su postura y viola la exigencia del art. 200 de la Constitución Provincial. De tal modo, también supone una revictimización innecesaria para la menor en una etapa procesal ya superada, puesto que para arribar al mismo momento procesal en que ahora se encuentra el expediente debería de modo ineludible volver a declarar, cuando ya lo hizo de modo válido bajo las formas de un acto en la que la menor víctima permite su conocimiento “de visu” al Juez y ejerce su derecho a “ser oída”, dando noticia de lo ocurrido.- - - - -

----- Al respecto, la Ley D 4109 tiene por objeto la protección integral de los derechos del niño -toda persona menor de dieciocho años de edad-, cuyo interés superior como criterio de interpretación obliga a intentar apreciar su opinión.- - - - -
- - - - -

----- En concreto, su art. 18 consagra el derecho a ser oídos, opinar y ser escuchados personalmente en todos los procesos judiciales y administrativos que los involucren o afecten directa o indirectamente. En los casos de delitos sexuales cometidos contra ellos, el derecho a ser oído se instrumentará en el ámbito apropiado y con la intervención de profesionales con competencia en su tratamiento psicosocial.- - - - -
- - - - -

----- Tal derecho se reitera en el art. 68 inc. d) íd.: “a ser escuchado personalmente por la autoridad competente tanto en la instancia administrativa como judicial”.- - -

----- Idéntica preocupación en cuanto a la declaración de ///13.- los menores se advierte en el legislador nacional al dictar el nuevo art. 250 bis del código adjetivo, que readecua los procedimientos para su entrevista, cuya única regla eliminatoria es evitar la sugestión (Bardelli, “La intermediación en el testimonio infantil”, DJ del 11-06-08, pág. 375). Por ello es conveniente incluir en la declaración medidas que aseguren la intangibilidad de la prueba, con notificación a las partes (entrevista videofilmada), para evitar el llamado “síndrome de Summit” o acomodación al abuso sexual (ver Gutiérrez,

Delitos sexuales sobre menores,

pág. 163), procurando acompañar a la víctima en su relato para evitar contaminaciones resultado de una mala praxis.- -

----- En este sentido, el intérprete judicial debe: i) verificar la validez formal de la prueba; ii) analizar la posibilidad fáctica de que los hechos hayan ocurrido como son presentados; iii) comprobar si se advierten los mencionados indicadores de contaminación; iv) evaluar si concuerda el relato con la información que se haya podido reunir sobre la historia y la forma de vida anterior al suceso; v) confrontar si hay correspondencia entre el episodio y las verificaciones periciales practicadas; vi) controlar si para las entrevistas de niños se ha seguido el protocolo del NICHD conforme el anexo de la Resolución N° 163/07 STJ, y vii) valorar el resultado obtenido frente al resto de la prueba aportada al proceso.- - - - -

----- En tal interpretación, para avanzar de la sospecha a la validación de un abuso sexual en niños (Volnovich, “Abuso sexual de niños pequeños”, en la obra colectiva *Abuso sexual en la infancia 2. Campos de análisis e intervención*, págs. ///14.- 117 y ss.), deben distinguirse como indicadores altamente específicos del abuso sexual infantil los siguientes datos: a) físicos (lesiones en zonas genitales y/o anales, sangrado por la vagina o el ano, infección genital no preexistente, embarazo, cualquiera de los anteriores junto con síntomas de maltrato físico -hematomas, escoriaciones, etc.-) y b) psicológicos (relato de la víctima. Como indicadores de sospecha según el período evolutivo, destaca los siguientes: a) preescolares (conductas hipersexualizadas, trastornos del sueño, conductas regresivas, enuresis, encopresis, retracción social, temores inexplicables frente a personas o situaciones determinadas, fenómenos disociativos); b) latentes (modificaciones bruscas en el rendimiento escolar, problemas con figuras de autoridad, huidas del hogar, conductas delincuenciales, coerción sexual a otros niños, excesiva sumisión frente al adulto, fobias, quejas somáticas -cefaleas, dolores abdominales, etc.-, sobreadaptación); c) en adolescentes: promiscuidad sexual, coerción sexual a otros niños, drogadicción, conductas delincuenciales, conductas autoagresivas, tentativas de suicidio, excesiva inhibición sexual, trastornos disociativos, anorexia, bulimia).- - - - -

----- El autor citado agrega que estos indicadores señalan una sospecha fundada, de los cuales el más relevante es el relato del niño, lo que remite a varias dificultades para su abordaje, entre las que se destaca en los niños pequeños su negativa a narrar la experiencia.- - - - -

----- También el legislador nacional con la Ley 26061///15.- consagra la protección integral del niño y constituye una suerte de medida elaborada para dar cumplimiento a los compromisos asumidos por Argentina al ratificar la Convención de Derechos del Niño, a la que se deben sujetar las legislaciones provinciales. Se destacan similares principios a los de la Ley D 4109: interés superior del niño, derecho a ser oído de acuerdo con la madurez que evidencie para formarse un juicio propio (la Observación General N° 7 del Comité de los Derechos del Niño, del año 2005, subraya: “En razón de su relativa inmadurez, los niños pequeños dependen de autoridades responsables que evalúan y representan sus derechos y su interés superior en relación con decisiones y medidas que afecten su bienestar, teniendo en cuenta al hacerlo sus opiniones y capacidades en desarrollo” -según citan Gil Domínguez, Famá y Herrera, Ley de Protección integral de Niñas, Niños y Adolescentes, pág. 95-, las que son progresivas), su consideración como sujeto de derecho, el derecho a contar con abogado que lo asista y la consagración de diversas medidas de protección de sus derechos, algunas de ellas de tipo excepcional.- - - - -

----- Así, el art. 27 de la ley 26061 establece una serie de garantías mínimas de procedimiento: a ser oído, a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte, a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia, a participar activamente en todo el procedimiento, a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte (ver también art. 24 íd).- ///16.-- Con esta nueva normativa se modifica la concepción paternalista propia de la “situación irregular” a la de la protección integral y se da cumplimiento con la obligación asumida por la Argentina de adoptar toda las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo tercero -en lo que interesa- establece como condición primordial que se atienda el interés superior del niño, mientras que su art. 12 prevé que debe dársele oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. Asimismo, la Ley 26061 dispone una serie de principios asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio interpretativo supra mencionado, que son una suerte de “medida” para el resto de las legislaciones, incluso provinciales, sin perjuicio de que “estas pueden maximizar el plexo de derechos de derechos de la Constitución Federal, manejando como punto central que el deber provincial de correspondencia con la parte dogmática donde se contienen la declaración de derechos, es un mínimo que las

Provincias tienen que acatar, respetar y cumplir, pero que pueden superar con un plus de mejoras que suscita competencia provincial” (Sabsay, “La dimensión constitucional de la ley 26061 y del decreto 1293/2005”, en la obra colectiva Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y adolescentes, pág. 17, y cita de Bidart Campos, Tratado..., Tº V, pág. 42).- - - - -

----- En este sentido, el art. 3º de la Convención Internacional de Derechos del Niño es preciso, pues debe///17.- lograrse la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esa ley o, si se prefiere, la plena satisfacción de los derechos de los niños, siguiendo la opinión consultiva 17/2002 de la Corte Internacional de Derechos Humanos, por la que -esto es relevante para dilucidar el sub examine- es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino las características particulares de la situación en que se halla el niño.- - - - -

----- Acerca de tales medidas especiales, para lograr la satisfacción integral de los derechos del niño por vía legislativa debería intentarse superar el efecto “backlash” ante la eventual persecución judicial, en los medios públicos de comunicación, por los grupos parentales involucrados, incluso por los que sacralizan la familia por sobre todo otro valor, etc., contra quienes trabajan en el área de protección contra el abuso sexual.- - - - -

----- Asimismo, dado que el niño es sujeto de derechos, y siguiendo la observación general Nº 7/2005 del Comité de los Derechos del niño, deben tenerse en cuenta sus opiniones y capacidades en desarrollo, es decir, las particulares circunstancias de la causa, consagrándose un régimen especial de capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes, en protección de su integridad personal y su dignidad.- - - - -

-----9.- Es necesario aclarar que, si bien en nuestro Código Procesal Penal rige la libertad probatoria -art. 191 C.P.P.-, las pruebas pueden ser merituadas en la medida en que sean producidas en legal forma y, aunque el interés///18.- superior de los derechos del niño (art. 3.1 CDN) orienta y condiciona a su favor toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos (Fallos 318:1269), tal interés no debe ser pensado en términos absolutos, puesto que si los derechos y garantías deben ser ejercidos conforme con las leyes que los reglamentan, tampoco son absolutas las potestades establecidas en el texto constitucional.- - - - -

----- De tal modo, a la par del interés superior de los derechos del niño, la Constitución también consagra el derecho de defensa -art. 18 C.Nac.-, acerca del cual en lo que nos

interesa este Superior Tribunal de Justicia, con cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo que “... conforme los arts. 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la defensa tiene el derecho de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.- - - - -

----- “En relación con tal normativa, este Superior Tribunal de Justicia es conteste con la doctrina que surge del fallo ‘BENÍTEZ’ (del 12-12-06, B. 1147. XL) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que entiende contradicho tal derecho en la medida en que el tribunal de juicio funde la sentencia de condena en prueba de cargo decisiva que la defensa no tuvo oportunidad adecuada de controlar.- - - - -

----- “De tal modo, ‘... el derecho de examinación exige que el imputado haya tenido - una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o///19.- cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra- (conf. TEDH, caso Sâidi vs. Francia, Serie A, Nº 261-C, sentencia del 20 de setiembre de 1993, párr. 43...; asimismo, caso Barberá, Messegué y Jabardo vs. España, serie A, Nº 146, sentencia del 6 de diciembre de 1988)’ (ambos citados por la CSJN)’ (ver in re ‘SEPÚLVEDA’, Se. 3/07)” (conf. Se. 108/07 STJRNSP).- - - - -

----- Los principios de defensa del imputado y otros vinculados con los del interés superior de la menor víctima

tienen consagración constitucional y no pueden ser interpretados de modo excluyente, tal que uno implique la negación del otro, lo que obliga a realizar una tarea de armonización, para preservarlos a ambos, atendiendo a los fines y propósitos que parecen haber guiado su formalización (ver CSJN, “ESTADO NACIONAL”, del 06-05-08, sumario 8, en LL 2008-C, 666).- - - - -

----- Dicha tarea de armonización ha sido ensayada por el legislador provincial al instaurar el procedimiento especial para recibir declaración a los menores de dieciocho años con el fin de evitar, en la medida de lo posible, una nueva revictimización de quien declara, tal como fue explicado supra (arts. 229 y 230 C.P.P.). Empero, esta forma de manifestación que ya no permite a la defensa el control directo en audiencia de lo que se dice, sí debe ser realizada de tal modo que le permita su asistencia, pues son actos definitivos e irreproducibles (art. 185 íd.).- - - - -

----- En atención a lo anterior, aun cuando tal procedimiento especial no se encontraba vigente en nuestra provincia en oportunidad de oír a la menor, el núcleo///20.- sustancial

mínimo que debía ser verificado para la recepción de determinada prueba de cargo y luego considerarla irreproducible está dado por la posibilidad de que aquella pueda ser controlada por la defensa -ésta fue la limitación reconocida por el legislador cuando estableció la declaración especial antes mencionada-. Ello no es lo que ocurrió en el sub examine, donde siquiera se notificó al Ministerio Público Fiscal, el que pese a actuar como contraparte también tiene un deber objetivo de garantía en cuanto al trámite del proceso. Por tal razón, la Cámara Criminal incurre en un error de actividad cuando considera que tales manifestaciones se encontraban alcanzadas por las formas de una declaración testimonial especial, cuando la norma respectiva no era vigente y nada hacía presuponer que la menor se vería imposibilitada -eventualmente- de volver a ser oída (esto en caso de ser necesario atento al mérito judicial en orden a la adecuación e idoneidad de las medidas de prueba incorporadas al legajo -periciales, informativas, etc.- para tener por acreditado el objeto procesal), de acuerdo con la modalidad reconocida expresamente en el rito u otras implícitas, según el principio de libertad probatoria mencionada supra en el marco de las facultades del juez y su razonado mérito de las circunstancias especiales que pueda advertir en el caso, siempre con el debido control y noticia a las partes en la distinción de pruebas reproducibles o irreproducibles.- - - - -

----- Para esta etapa del proceso, la validación de la audiencia realizada por la Juez de Instrucción implica que en algún otro momento del trámite, en caso de ser necesario ///21.- por las pruebas que se incorporen al expediente, y si así lo solicita la defensa, se le debe garantizar “el derecho de controlar las declaraciones testimoniales realizadas en favor de la imputación que le pesa. Esta posición es sostenida también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (conf. causas ‘Unterpertinger v. Austria’ y ‘Bönisch v. Austria’). Cabe agregar, que este control debe ser efectivo y útil. Por lo tanto, si no se le permite a la defensa la posibilidad de confrontar a los testigos, la incorporación por lectura de dichas declaraciones conculca los derechos que consagra el art. 8.2 f, Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14.3.c, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...” (CNCPenal, sala 2, del 09-05-08, en Lexis N° 70047099, voto de la Dra. Ledesma). En el precedente mencionado se trata la problemática de la incorporación por lectura al debate de las declaraciones de las víctimas vertidas en Cámara Gesell, sin dar oportunidad a la defensa de participar en ellas y, en apoyo de la postura, se citan -además de los señalados- los casos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “P.S. v. Alemania” (339000/1996, del

20-12-01), “A.M. v. Italia” (Se. 37019/1997, del 14-02-99) y “S.N. v. Suecia” (Se. 34209/1996, del 02-07-02).- - - - -

----- Robert Alexy aborda los conflictos entre las razones de protección de las víctimas o testigos -que llevan a incorporar por lectura sus manifestaciones en sede instructoria- y el derecho de la defensa a su contradicción amplia, mediante la introducción de cláusulas de excepción que permitan la subsistencia de ambas, mediante///22.- desplazamientos o compensaciones.- - - - -

----- Schapiro y Nogueira, en “La incorporación por lectura como medida de protección de víctimas y testigos (una hipótesis para los futuros procesos por delitos de lesa humanidad en la Argentina)” (LNBA 2008-2-123), con cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, señalan que las soluciones elaboradas por la jurisprudencia pueden sintetizarse en: i) el carácter excepcional de la incorporación del testimonio prestado en otra instancia; ii) la exigencia de ciertos requisitos para su admisibilidad; iii) la determinación de pautas de valoración probatoria de los testimonios incorporados por lectura, y iv) la disposición de medidas compensatorias de las desventajas que sufre la defensa como condición previa e indispensable para que el testimonio admitido pueda ser valorado como prueba de cargo.- - - - -

----- En dicho artículo de doctrina se citan, entre otros, los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “S.,N. v. Suecia (del 02-07-02, apart. 47) “Baegen v. Países Bajos” (del 20-10-94), “Doorson v. Países Bajos” y “A. M. v. Italia” (del 26-03-96 y del 14-12-99 respectivamente, para el concepto de proceso equitativo, y para el de proporcionalidad puede consultarse también “Doorson v. Países Bajos”), “Lüdi v. Suiza” (Serie A, vol 238; en relación con el otorgamiento de una oportunidad de control a la defensa).- - - - -

-----10.- En concreto: i) la resolución cuestionada es equiparable a definitiva, pues al tener como consecuencia///23.- inmediata una nueva declaración de la víctima menor podría provocar un perjuicio de imposible reparación ulterior; ii) dicha resolución carece de motivación pues confunde, en la etapa de instrucción, una declaración de la niña reproducible en el marco de su derecho a ser oída con una manifestación irreproducible, cuando las formas que rodean a ambos supuestos son distintas; iii) con ello retrotrae el proceso con fundamentos inadecuados a una etapa ya cumplida, con violación de la garantía de una justicia efectiva; iv) el acto procesal para oír a la menor y conocerla de visu es válido para la etapa procesal en que se encuentra; v) la defensa

tiene derecho a controlar los actos irreproducibles realizados en sede instructoria, aun los que tienen a los menores como sujeto u objeto de prueba y a oponerse a la incorporación por su lectura en debate de las declaraciones que no tuvo la posibilidad de controlar.- - -

-----11.- Por las razones que anteceden, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación y anular el Auto Interlocutorio N° 21/08 de la Cámara Primera en lo Criminal de Cipolletti, por falta de motivación, y reenviar el expediente al origen para que, con igual integración, resuelva la cuestión conforme al derecho que aquí se declara. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - -

----- Adhiero de modo parcial al voto del vocal preopinante con el alcance que aquí sostengo.- - - - -

----- Considero que debe hacerse lugar al recurso de casación deducido y nulificar el pronunciamiento de la Cámara Primera en lo Criminal de Cipolletti atento a su///24.- falta de motivación para invalidar la declaración de la menor víctima.- - - - -
- - - - -

----- Al respecto, coincido en que dicho tribunal exige al acto procesal cuestionado por la defensa el cumplimiento de formas que no son propias de un acto reproducible como el que nos ocupa.- - - - -

----- También entiendo que, con la nulidad que resuelve la Cámara, retrotrayendo el trámite hasta antes del auto de procesamiento, se podría entorpecer sine die la dilucidación del caso, en violación del derecho tanto del imputado como de la víctima y la parte querellante a una justicia eficaz, lo que resulta un mandato de actuación ineludible, pues el derecho de defensa en juicio puede ser invocado por cualquiera de los involucrados.- - - - -

----- Lo decidido se conecta de modo directo con la justicia eficaz a la cual se hizo alusión y la declaración de la menor, por ser válida, debe ser integrada junto con el resto de los elementos agregados al expediente para la convicción del auto de procesamiento, según el grado requerido por la etapa procesal en que transita el expediente.- - - - -

----- La retrocesión a una etapa superada inactiva el progreso del trámite procesal, que es condición para el esclarecimiento del hecho denunciado y la plena vigencia de las reglas del debido proceso legal. Cabe aplicar aquí el principio de preclusión procesal, toda vez que se ha superado la etapa preliminar hasta el dictado del auto de procesamiento, y no es posible “volver hacia atrás”, por cuanto ello trae perjuicios al

normal progreso del trámite.-

----- Adhiero además a la postura sustentada por el doctor ///25.- Víctor Hugo Soderó Nievas en el sentido de que el Código Procesal Penal, con la reforma del art. 229, reconoce de modo expreso una forma de declaración de los menores de dieciocho años, lo que no implica negar la producción y valoración de otras según el razonado criterio del juzgador, atendiendo siempre a las particulares circunstancias de los casos que tengan por protagonistas

a esos menores.- - - - -

----- Al respecto, las reglas del debido procesal indicarán las exigencias formales para actos de prueba reproducibles o irreproducibles en los que intervengan los menores mencionados, máxime que queda por delante un escenario procesal donde la intervención de las partes se encuentra garantizada en conjunción con las reglas del debido proceso y donde se podrán recrear las postulaciones de cada una. MI VOTO.- - -

- - - - - El señor Juez subrogante doctor Francisco Antonio Cerdera dijo:- - - - -

----- Adhiero en su totalidad al voto del doctor Víctor Hugo Soderó Nievas.- - - - -

----- Considero adecuado el tratamiento dado a la cuestión en donde se fundamenta el ingreso del Superior Tribunal de Justicia a la temática que nos ocupa.- - - - -

----- Así, las constancias del expediente permiten afirmar que se solicita la intervención de este Cuerpo para evitar un perjuicio de imposible reparación ulterior, toda vez que el pronunciamiento recurrido, para la continuidad del trámite en la etapa instructoria, exige que se le reciba nueva declaración a la menor, cuando esto implicaría su revictimización.- - - - - ///26.-- Además, se sostiene con motivos bastantes que la nulidad y el reenvío al Juez de Instrucción con la exigencia mencionada es propia de un ritualismo inútil, que violenta los principios de progresividad y preclusión, según reiterada doctrina legal de este Superior Tribunal.- - -

- -

----- Ello es así puesto que, ingresando ya en el fondo de la cuestión procesal, la Cámara Criminal confunde las formas exigibles a una prueba reproducible con las de otra irreproducible, de modo que la retrocesión a una etapa inicial ya superada carece de fundamentos y afecta los derechos de las partes. En este entendimiento, la entrevista realizada a la menor es válida para fundar el auto de procesamiento apelado.- - - - -

- - - - -

----- Por corresponder también a la distinción entre pruebas reproducibles e irreproducibles, considero que, atento a lo que dispone el art. 185 del rito (Ley P 2107), para que las manifestaciones en Cámara Gesell constituyan un acto definitivo e irreproducible, las partes -incluyo obviamente a la defensa- tienen que ser notificadas bajo pena de nulidad de la producción de la prueba -art. 186 íd.-, pues tienen que tener la posibilidad de controlarla, para que ésta se incorpore por su lectura al debate.- - - - -

- - -

----- En este orden de ideas, el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación señalado por el primer votante -“BENÍTEZ”, del 12-12-06, B. 1147.XL- es muy claro en cuanto a la indicación de que debe asegurarse tal posibilidad

de control en al menos una instancia del proceso.- - - - -

----- Finalmente, en orden al desarrollo de la declaración ///27.- prevista por el art. 229 del código adjetivo, de acuerdo con la evolución que se evidencia de tal modalidad, también considero adecuado y oportuno señalar que no debe interpretarse que el legislador provincial ha restringido la recepción de la declaración de los menores de dieciocho años sólo al supuesto que establece de modo expreso, sino que en el marco de una interpretación textual debe también acudir a otras -sistemática y teleológica-, por las que la libertad probatoria del art. 191 remite a la sana lógica y la prudencia del magistrado la decisión del mejor modo de recibir las manifestaciones de esos menores acerca de lo ocurrido, para lograr lo que aquella norma se propone -esto es, recibir la declaración del menor sin perjudicar sus intereses en la medida de lo posible. MI VOTO.- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Hacer lugar al recurso de casación deducido a fs.

----- 451/471 de las presentes actuaciones por la querellante S.L.L., con el patrocinio letrado de la doctora María Eugenia Gérardin, anular el Auto Interlocutorio N° 21/08 de la Cámara Primera en lo Criminal de Cipolletti y reenviar el expediente al origen para que, con igual integración, resuelva la cuestión conforme al derecho que aquí se declara (art. 441 C.P.P.).- - - - - Tercero: Registrar, notificar y, oportunamente, devolver.

EN ADHESIÓN PARCIAL

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 11

SENTENCIA: 155

FOLIOS: 2227/2253

SECRETARÍA: 2