

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 24306/10 STJ

SENTENCIA Nº: 37

PROCESADO: I.A.F.

DELITO: ABUSO SEXUAL DE UNA MENOR DE TRECE AÑOS DE EDAD – DOS
HECHOS EN CONCURSO REAL

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 18/04/11

FIRMANTES: BALLADINI – LUTZ – CERDERA (SUBROGANTE) EN
ABSTENCIÓN

///MA, de abril de 2011.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Alberto Ítalo Balladini, Luis Lutz y Francisco Antonio Cerdera –por subrogancia-, con la presidencia del primero y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “I., A.F. s/Abuso sexual s/ Casación” (Expte.Nº 24306/10 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, 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 Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - -

-----1.- Mediante Sentencia Nº 101, del 23 de diciembre de 2009, la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche resolvió -en lo pertinente- condenar a A.F.I. a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional, como autor del delito de abuso sexual de una menor de trece años de edad (arts. 45, 55 y 119 primer párrafo C.P., dos hechos en concurso real).- - - -

-----2.- Contra lo decidido, la defensa interpone recurso de casación, que es declarado admisible por el a quo en los términos del Auto Interlocutorio Nº 28/10, lo que resulta

confirmado por este Cuerpo, por lo que se dispone que el expediente quede por diez días en la Oficina para su examen por parte del Ministerio Público de la Defensa. - - - -

- -

----- A fs. 255/269 se glosa el escrito de la señora

///2.- Defensora General, por el que sostiene la casación en tratamiento, y a fs. 270 se da intervención a la señora Defensora de Menores para representar los intereses de la menor víctima. - - - - -

----- Realizada la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del Código Procesal Penal, los autos han quedado en condiciones para su tratamiento definitivo. - - - - -

-----3.- El casacionista argumenta que en la declaración especial de la menor mediante el sistema de cámara Gesell se ha violentado el derecho personal del imputado, garantizado por los arts. 8.2.f de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda vez que no pudo controlar el acto, y agrega que el contradictor es el imputado pues es el único que puede oponer su versión con la de la presunta víctima. - - -

----- Afirma asimismo que la prueba era irreproducible y que no pudo ser controlada de modo efectivo, de lo que hizo reserva para recurrir. Cita jurisprudencia y doctrina en abono de su postura y argumenta que si "... no hay comunicación con un presunto imputado el Defensor salvo que sea adivino no sabrá qué preguntar, ni como identificar si existe una falsedad en la declaración... no sabe cual es la posición del imputado sobre la cual podrá producirse el contradictorio..." - - - - -

----- Luego hace un mérito de las declaraciones de la denunciante en relación con lo ocurrido en la cámara Gesell, y alega que el Fiscal de Cámara solo ofreció la introducción por lectura de la desgrabación de la mencionada medida, lo que fue mencionado por su parte en el alegato. Expresa que,

///3.- posteriormente, presentó un escrito en el que solicitaba la incorporación de la videofilmación, en los términos del art. 364 del código adjetivo, que fue proveído de modo favorable por el tribunal como "medida para mejor proveer", lo que motivó su reposición pues el Ministerio Público Fiscal no podía incorporar nueva prueba y las posibilidades para ello se encontraban precluidas. Posteriormente el Tribunal dispuso la reapertura del debate, por lo que considera violentada la garantía de imparcialidad. - - - -

- - - - -

----- Respecto de la cámara Gesell, sostiene que no se siguió el Protocolo NICHHD y critica el procedimiento para su realización. Afirma que a la defensa no se le permitió

ejercer su ministerio en la primera oportunidad posible (arts. 94 y 188 C.P.P.) y que en la denuncia se encontraba individualizado su pupilo, por lo que no existía fundamento alguno para ordenar la medida sin notificarlo.- - - - -

-----4.- La señora Defensora General adhiere al recurso reseñado supra, hace una síntesis del trámite en lo referido a la fecha de denuncia, la fijación de audiencia para recibirle declaración a la menor víctima, la notificación al Defensor público pese a la individualización del imputado, la realización de la audiencia sin la presencia de aquel y la información al imputado del inicio de las actuaciones y del derecho de nombrar un defensor. De tal modo, alega, la defensa no tuvo posibilidad efectiva de confrontar el testimonio de cargo en una oportunidad efectiva y útil (arts. 83, 185, 186 y 229 C.P.P.).- - - - -

----- La doctora Custet afirma que la notificación al

///4.- Defensor Oficial significó el cumplimiento de una exigencia formal, pero ineficiente, ya que el imputado no había sido notificado del proceso ni se había contactado con su abogado defensor, quien no podía encontrarse en condiciones de intervenir en la cámara Gesell. Cita doctrina legal y jurisprudencia para dar sustento a su postura.- - -

----- En cuanto a la valoración del testimonio de la niña, agrega que no puede tener validez incriminatoria pues no fue rendido libremente ni de acuerdo con los protocolos aplicables, realiza cita de doctrina legal para sostener tal afirmación, y relata lo ocurrido en la cámara Gesell, según lo registrado en DVD.- - - - -

----- En cuanto a la medida de mejor proveer dispuesta por el Tribunal para la exhibición del DVD con posterioridad a la clausura del debate, plantea que esta se debió a un requerimiento expreso del Fiscal de Cámara, que omitió ofrecerla o solicitarla en la instancia oportuna. En el punto, señala que el art. 364 del rito era inaplicable, pues la orden para nuevas pruebas solo puede darse en el curso del debate, pero no una vez finalizado este. Argumenta que tampoco podía hacer uso del art. 373 del Código de Procedimientos, por el principio de preclusión procesal, y que los magistrados intentaron suplir la omisión de la parte en desmedro de la garantía de imparcialidad, pues asumieron una posición acusatoria. Como refuerzo de su planteo, menciona el voto del doctor Zaffaroni en el fallo “SANDOVAL” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y finalmente solicita que en la audiencia del art. 438 del rito el Superior Tribunal examine el DVD de la cámara Gesell.- - -

///5.--5.- En su contestación del recurso de casación, el señor Fiscal General sostiene

que en materia de nulidades rige un criterio restrictivo de interpretación y que la defensa fue notificada de la realización de la cámara Gesell cuestionada. Cita doctrina y jurisprudencia y agrega que esa parte tuvo la posibilidad de confrontar los testimonios brindados en el debate, de controlar la prueba y de seguir las alternativas del acto desde el exterior de la cámara.- -

----- Sobre dicha declaración especial de la niña, aduce que fue una prueba realizada de modo correcto, sin inferencias o influencias en la declaración; en lo atinente a la reapertura del debate, comienza por señalar la inmediatez entre el fin del debate y el inicio de la deliberación, y afirma que la visualización de la niña mediante la reproducción del DVD era un elemento probatorio clave, por lo que era indispensable reabrirlo, previa deliberación. También refiere a la garantía de imparcialidad de los jueces, y en tal sentido expresa que la reapertura fue solicitada por el Fiscal de Cámara, por lo que tampoco se conculca el principio acusatorio y de igualdad de armas. Agrega que ambas partes tenían esa facultad de petición y que esta cumplía acabadamente con los requisitos del rito. Para finalizar, también solicita la reproducción del DVD en la audiencia de casación.- - - - -

-----6.- A la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del Código Procesal Penal comparecen la señora Defensora General, el señor Fiscal General y la señora Defensora de Menores e Incapaces doctora Ana María Fernández Irungaray.-

-----6.1.- La señora Defensora General alega que la

///6.- declaración de la menor en cámara Gesell fue una prueba de cargo sin defensa efectiva y producto de una metodología errónea. Agrega que el tribunal suplió la omisión del Fiscal, que no había ofrecido la prueba antes de la clausura del debate. Cita doctrina legal en abono de su postura (Se. 212/09 STJRNSP), en la que se explica la necesidad de defensa material y lo que esto supone para que se pueda contradecir la prueba. Así, advierte una separación entre los criterios del Superior Tribunal de Justicia, que se ajustan a los parámetros internacionales y establecen una política judicial, y los de los tribunales inferiores, que deberían seguir aquellos. Reseña los antecedentes procesales que considera importantes y afirma que no se cumple con el debido proceso y que las nulidades fueron planteadas de modo oportuno y rechazadas. Sostiene que, de acuerdo con el art. 229 del Código Procesal Penal, las partes deben estar en la prueba, y que la cámara Gesell realizada en autos no cumple con los requisitos mínimos ni con el protocolo de NICHHD. Estima al respecto que las respuestas fueron inducidas, modalidad que siempre empleó la entrevistadora, quien además no dejó hablar a la menor en forma

espontánea ni le hizo preguntas abiertas. A lo anterior suma la temática de la incorporación por lectura de la prueba, pues la Fiscalía no ofreció el DVD, y relata el trámite con la petición luego del cierre del debate. Cuestiona en tal sentido lo realizado por la Cámara cuando suplió la inacción de la acusación, agravio incluido en el recurso dado que viola lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en autos “TELLELDIN”. En este orden de ideas, agrega que el juez es imparcial y no

///7.- debe suplir las falencias de la parte en búsqueda de la verdad real, pues hay un orden procesal constitucional que lo impide. Considera que el primero de los agravios - el referido a la falta de una efectiva defensa material en relación con la realización de la cámara Gesell-, es suficiente para revocar la sentencia del tribunal, pues la prueba que la sustenta afecta el debido proceso. Solicita por ello la absolució del imputado y, subsidiariamente, la nulidad del proceso, con reenvío para la realización de un nuevo juicio. Antes de concluir, la señora Defensora General se refiere a la solicitud de que se mirara el DVD en la audiencia, y afirma que ahora considera suficiente que esto ocurra antes del dictado de la sentencia, respecto de los modos de realización de la prueba cuestionada.- - - - -

-----6.2.- A su turno, el señor Fiscal General sostiene que en su escrito ha contestado los agravios de la defensa. Solicita la confirmación de la sentencia y dice que aquella fue correctamente citada a la realización de la entrevista mediante cámara Gesell y que su ausencia no es causal de nulidad. Remite a las citas jurisprudenciales realizadas en su presentación escrita y vinculadas con la notificación y la posibilidad de concurrencia y control de la prueba, que basta para el derecho de defensa. Respecto de la realización de tal medida, disiente y sostiene que su parte busca la verdad salvo lesión grave a la garantía de defensa, que no advierte. Estima que el relato es espontáneo, coherente, no inducido y claro, que es una cuestión sutil evaluar el grado de inducción de la respuesta en todo interrogatorio. Señala que le complace que la defensa pida la reproducción del DVD,

///8.- pues este pinta el caso, y solicita lo mismo. Por aplicación de la teoría del máximo rendimiento, coincide con la defensa pues debe revisarse todo lo que pueda ser revisado. También alega que el Fiscal logró, in articulo mortis pero lo hizo, introducir la petición al tribunal para que pudiera ser incorporada la prueba en cuestión. Por último afirma que no hubo desmedro de la verdad real en lo actuado por el Tribunal. Por todo ello, solicita que se tenga por contestado el recurso y, en coincidencia con la defensa, por requerida la visualización del DVD, que existe, está ahí y es apto para resolver la causa,

porque traduce los dichos de una víctima en el proceso, y debe haber generosidad procesal para ver la prueba.- - - - -

-----6.3.- Finalmente, la señora Defensora de Menores e Incapaces señala que se presenta en resguardo del derecho de la menor de ser oída. Adhiere al desarrollo del Fiscal General respecto de la temática de la notificación, y agrega que la cámara Gesell fue recibida el 23/03/07 y la norma del Superior Tribunal de Justicia que la hace operativa es posterior, de modo que no se encontraba vigente. También señala que las preguntas medulares no fueron sugestivas, sino abiertas, a lo que suma otra prueba –la declaración de la madre y de peritos-, de la que no quedó constancia en el acta, y se opone al mérito efectuado por el defensor. En cuanto a la reapertura del debate, señala la norma procesal que lo autoriza, y afirma que, si puede hacerse de oficio, también puede hacerse a petición de parte. Por lo tanto, concluye, no hay gravamen para la defensa, en tanto las partes tuvieron una nueva posibilidad de alegar.- - - - -

///9.--6.4.- En cuanto a la desgrabación del testimonio de la menor en cámara Gesell obrante a fs. 18/20, el doctor Luis Lutz pide a las partes su opinión, dada la ausencia de firmas. En respuesta a tal consulta, la señora Defensora General contesta que es irrelevante y le niega validez, pues no puede ser merituada; el señor Fiscal General manifiesta no tener objeciones y la señora Defensora de Menores adhiere a este último.- - - - -

-----6.5.- Al pedido de la doctora Rita Custet de aclarar los alcances de la petición de ambas partes de visualizar el DVD, el doctor Balladini relee los términos vertidos previamente en esta acta y manifiesta que se encuentra clara la temática de los alcances y la finalidad de tal solicitud.- - - - -

-----7.- El sentenciante tiene por acreditados dos hechos de abuso sexual, sin acceso carnal -tocamientos-, que tienen como víctima a una niña de 7 años de edad, hija de la pareja de su hermano. El imputado es condenado a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional, como autor responsable del delito de abuso sexual de una menor de trece años de edad (arts. 45, 55 y 119 primer párrafo C.P., dos hechos en concurso real).- - - - -

----- Arriba a tal pronunciamiento incriminatorio atento a la lectura de la declaración testimonial prestada por la menor en cámara Gesell e introducida por lectura, lo que se reafirma con la observación de dicha prueba y le permite concluir que la niña declara sin ningún tipo de presión, que no miente ni fabula. No advierte tampoco ningún tipo de injerencia de la madre o de la tía como acompañantes de la

///10.- menor. Señala que todo se encuentra avalado por el informe y la posterior declaración testimonial vertida en el debate por el psicólogo forense que interviene en la cámara Gesell.- - - - -

-----8.- Las actuaciones se inician mediante denuncia penal de la madre de la niña víctima, ocurrida el día 19 de marzo de 2007, en la Comisaría Segunda de San Carlos de Bariloche. En ella se efectúa el relato de lo ocurrido, con la precisa individualización del imputado. El día 20 de dicho mes el señor Juez de Instrucción recibe el sumario, requiere la realización de un examen ginecológico de la menor y da participación al Médico Forense. El día 22 dispone para el día 23, a partir de las 12 horas, la recepción de la declaración de la menor, de lo que se notifica la Defensa Oficial el día 23 (ver fs. 9). El mismo día de la notificación, sin indicación de hora en el acta respectiva, se le recibe declaración a la menor por un sistema de filmación, sin la asistencia de la defensa pública.- - - - -

----- El día 26 -siempre del mismo mes- comparece ante el actuario del Juzgado A.F.I., a quien se le informa que se encuentra imputado en la causa y se le hace saber su derecho a designar abogado defensor, a lo que responde que designará a uno público; dada tal designación, el señor Juez de Instrucción da intervención al Defensor Oficial, que se notifica en dicho día. No obstante ello, citado el imputado a prestar declaración indagatoria, en el acto revoca la designación del Defensor Oficial y designa dos defensores particulares. La doctora Fernanda García Spitzer acepta el cargo y lo acompaña al acto de la

///11.- indagatoria, mientras que el otro acepta después. La abogada hace varios planteos de nulidad, uno de ellos por la entrevista realizada a la menor, del que se forma incidente, es rechazado por el Juez de Instrucción y concurre en apelación ante la Cámara, donde mantiene el recurso.- - - - -

----- La cuestión se reintroduce en el principal hasta arribar de nuevo a la Cámara en lo Criminal, que resuelve nulificar los dictámenes médico-forenses y psicológico, no así la entrevista en cámara Gesell. También revoca el procesamiento por prematuro (ver fs. 94).- - - - -

----- A fs. 103 consta la renuncia de la defensa particular, y luego se designa un Defensor Oficial, que acepta el cargo y acompaña a I en la nueva indagatoria. Posteriormente se dicta el auto de procesamiento y luego la requisitoria de elevación a juicio.- - - - -

-----9.- Atento al trámite resumido en el punto 8 -como sostienen el recurrente y la

señora Defensora General-, es de aplicación al caso la doctrina legal que surge de la Sentencia 212/09 STJRNSP, que será reseñada extensamente, por su similitud con lo ocurrido en el sub exámine: “En razón de ser la víctima (menor), en el sub lite su declaración testimonial es la prueba de cargo esencial y única directa (las restantes son indiciarias) para decidir la cuestión controvertida de si existió consentimiento o no para la relación sexual admitida por el encartado.- - - -

----- “Así se entendió en las etapas de instrucción (ver auto de procesamiento -fs. 94/104 vta., en especial fs. 97 y 102 vta./103-) y de juicio (sentencia de condena, fs. 266/286, en especial fs. 274 y 275), por lo que rige a su

///12.- respecto el derecho de la defensa de tener oportunidad adecuada de controlar esa prueba.- - - - -

----- “Este Cuerpo ha dicho 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 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

///13.- 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

cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra- (conf. TEDH, caso Säidi 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 [...] (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

///14.- irreproducibles (art. 185 íd.)' (Se. 155/08 STJRNSP).- - - - -

- - - - -

----- “En este contexto, y para una mejor comprensión del desarrollo de mi voto, realizo un racconto de los actos procesales pertinentes:- - - - -

----- “a) En fecha 02/04/07 se realizó la detención del encartado D.V.B., quien al notificársele esta situación procesal, manifestó: \designará defensor una vez citado ante el Juzgado Interviniente\ (fs. 20).- - - - -

----- “b) El 03/04/07 el Juez de Instrucción dispuso que se realice \en el día de la fecha la entrevista de la víctima, R.M.G., por parte del psicólogo forense –art. 234 bis CPP-\ (fs. 45).- - - - -

----- “c) En misma fecha se \notificó al Def. en turno\ (fs. 45 in fine).- - - - -

- - - - -

----- “d) También el mismo día se recibió la declaración testimonial de la víctima \conforme lo dispuesto en los arts. 234 bis ss y cc del CPP\, a la que no asistió la Defensora Oficial (fs. 49).- - - - -

----- “e) El 04/04/07 se hace comparecer al imputado ante el Tribunal, quien designa al Defensor General en turno para que lo asista. El Juez provee que previa aceptación del

cargo se le dé la participación que por ley corresponda. Luego se notifica a la Defensora General y \manifiesta que acepta el cargo conferido\ (fs. 59).- - - - -

----- “f) El mismo día se recibe declaración indagatoria con la presencia de la Defensora General (fs. 60/61 vta.).- - -

----- “g) También en igual fecha el Juez provee: \Por recibido solicitud de Excarcelación a favor de D.B. por

///15.- parte del defensor actuante fórmese el respectivo Incidente\ (fs. 65). En este último, que se encuentra agregado al inicio del cuerpo I del expediente principal, se observa que la petición se presentó a las 13:00 hs.- - - -

----- “Con lo anterior queda en evidencia que desde la detención del encartado y hasta antes del día 04/04/07 (fecha en la que presta declaración indagatoria), el Juez de Instrucción omite invitar al imputado a designar defensor entre los abogados de la matrícula, como así también designar de oficio al Defensor Oficial (conf. arts. 83, 182 y ccddes. C.P.P.; fs. 20/53).- - - - -

----- “Con la notificación de la Defensora Oficial de fs. 45 in fine, los Tribunales inferiores entendieron que habría existido una tácita designación del Juez y una tácita aceptación de la Defensora.- - - - -

----- “Sin emitir opinión sobre la validez de esa interpretación -en función de la solución del caso-, destaco que ciertos autores y alguna jurisprudencia han admitido la tácita aceptación del cargo (Almeyra y Baez, Código Procesal Penal de la Nación. Comentado y Anotado, ed. La Ley, 2007, Tº I, pág. 550).- - - - -

----- “Ahora bien, de las constancias del proceso surge que el día 04/04/07 el Juez de Instrucción y la Defensora Oficial entendieron que no existía designación de Defensor ni aceptación del cargo por parte de la Defensora Oficial en razón de que recién ese día –y después de que D.B. solicitó ser asistido por el Defensor General en turno- el Juez designó al Defensor General y luego éste manifestó aceptar el cargo conferido (fs. 59).- - - - -

///16.-- “Las irregularidades señaladas superan holgadamente las cuestiones de forma, porque –en el caso de entenderse superados los temas de designación y aceptación de la Defensora- lo que realmente se observa es una defensa formal. Es decir, el imputado careció de un real y efectivo derecho de defensa por la total ausencia de actividad de la esencial asistencia legal (art. 18 C.Nac.) hasta que la Defensora Oficial aceptó el cargo el día 04/04/07.- - - -

----- “Al respecto, ha dicho este Superior Tribunal de Justicia que el \«... cumplimiento

de las normas tendientes a asegurar que el reo cuente con asistencia letrada constituye requisito de validez cuyo incumplimiento determina una nulidad que debe ser declarada por el tribunal. Esta conclusión, agregó el Alto Tribunal [nacional], se asienta tanto en la garantía de la defensa en juicio del art. 18 de la Constitución, como en la del debido proceso que la complementa» (Alejandro D. Carrió, «Garantías constitucionales en el proceso penal», Ed. Hammurabi, 4ª edición, pág. 433, con referencia a Fallos 310:1797, in re «LÓPEZ»)\ (conf. Se. 140/06 STJRNSP).- - - - -

----- “Una detenida lectura de las actuaciones nos demuestra que en la primera intervención de la Defensora Oficial (del 03/04/07 a fs. 45 in fine) habría realizado una rápida lectura del expediente (en el mejor de los casos).- - - -

----- “Ello es así por la variada actividad procesal (v.gr.: notificaciones, decretos, oficio, testimonial) que se registra durante ese día 3 hasta antes de la declaración de la víctima en Cámara Gesell (fs. 45/50), lo sostenido por el Juez de Instrucción (\‘... en la tramitación de expedientes con

///17.- detenidos, las notificaciones se asientan directamente en el expediente (como aquellas de fs. 45) y los autos son llevados personalmente y «en mano» hasta las oficinas que correspondan (Fiscalía, Defensoría, Asesoría de Menores), se notifica al funcionario lo que corresponda e inmediatamente se regresa con la causa al tribunal sin dejarse otra constancia, todo de acuerdo al art. 135 [actual 124] del CPP...\' fs. 172), y lo previsto en el art. 189 del rito (el sumario \‘lo podrán examinar después de la indagatoria\’), sin que se dejara constancia de excepción alguna sobre su cumplimiento.-

- - - - -

----- “Aun en el somero conocimiento del proceso que habría tenido la Defensora Oficial con la notificación de fs. 45 in fine, en lo particular surge que el anoticiamiento de la entrevista a la víctima es meramente formal, porque el proveído que no menciona la hora en que se va a recibir la declaración, y las omisiones de la Defensa de resaltar esta cuestión y/o de pedir que se le notifique la hora en que se realizaría el acto y solicitar al Tribunal una entrevista con el imputado o apersonarse en su lugar de detención, nos demuestran la clara inicial intención de inasistencia a la Cámara Gesell.-

- - - - -

----- “Además, en el contexto anterior, la simple presencia de la funcionaria en el acto de cámara Gesell no habría tenido ninguna eficacia para los fines de la defensa real por el desconocimiento del expediente y del encartado y su versión sobre los hechos.- - - -

- - - - -

----- “En efecto, la Corte ha sido muy enfática en este sentido. \Ni la defensa técnica puede convertirse en un

///18.- «sello de goma» o, con palabras de Zaffaroni, en un «buzón de notificaciones», ni el Poder Judicial obliterar todo control institucional al respecto, dado que de lo contrario las formas del proceso resultarán por completo resquebrajadas y el ejercicio de poder punitivo en esa coyuntura adquirirá un status ininteligible que carecerá de una mínima racionalidad republicana. [...] En este contexto, cabe reiterar que la figura tragicómica del legitimador de condenas, esto es, de aquel personaje cuya única función en el proceso reside en garantizar su mera presencia física con el fin de que la eventual aplicación de una sanción adquiera «validez», resultó anatematizado por la sentencia [«Nuñez» (Fallos, 327:5095)...]. No basta, pues, con que la defensa «esté allí», es decir, que se haga «presente» en el procedimiento. Por el contrario, ese mero «estar» debe dejar paso a una posición preactiva, combatiente, que le permita al imputado «resistir» los embates del poder represivo. No en vano Moreno Catena sostiene que la idea de defensa está naturalmente asociada a la agresión «... existente o meramente temida» [(conf. Víctor Moreno Catena, *La defensa en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 17 y ss.)]’ (Juan L. Finkelstein Nappi, \Del legitimador de condenas al defensor integral de los derechos humanos. El caso «Ricardo Alberto Núñez» y el derecho a la defensa técnica eficaz. Aciertos e interrogantes\, publicado en Daniel R. Pastor –dir.-, *El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte Suprema. Análisis de los precedentes que transformaron el sistema penal*, ed. Ad-Hoc, 2007, págs. 228/ 229).- - -

----- “La primera entrevista que el Defensor tiene con el

///19.- imputado \tiene un alcance importante. Ello, porque el hecho de estar «cara a cara», permite un conocimiento de «visu» mutuo, y así [se] podr[á] personalmente desentrañar ante qué tipo de persona [se] est[á] (su edad, educación, situación económica-social, profesión, antecedentes penales, forma de pensar y ver las cosas, etc.). También servirá dicha conversación para tomar razón, según su relato, del delito que se le imputa, y cuál es su posición personal frente al mismo [...]’ (Sánchez Freytes, *La defensa en juicio*, ed. PubliFadecs, 2003, pág. 10).- - - - -

----- “[C]orresponde al defensor una fluida comunicación con su defendido. Esto implica, por un lado, que no se establezcan cortapisas ni trabas a las visitas del profesional a los lugares de detención y, por el otro, que el abogado no sea remiso en sus necesarios contactos con el imputado. Sólo así podrá ejercitar cabalmente su función

y compenetrarse de los elementos de conocimiento sobre las circunstancias del hecho de la causa y la personalidad de su defendido. Esto significa dejar sentado con claridad que el primer requisito de la labor defensiva es una adecuada información que, en lo posible, no puede limitarse únicamente a los datos de las actuaciones, ya que con frecuencia el propio interesado podrá ofrecer elementos de importancia para la actividad a desarrollar por el letrado' (Vazquez Rossi, La defensa penal, ed. Rubinzal Culzoni, 2ª edición actualizada, 1989, pág. 206).- - - - -

----- “En el sub examine, de la ponderación del conjunto de los actos de detención (fs. 20), notificación al defensor en turno de fs. 45 -in fine-, designación y aceptación del ///20.- cargo de fs. 59, declaración indagatoria (fs. 60/61 vta.) y solicitud de excarcelación (fs. 65 y primeras hojas del primer cuerpo del expediente principal), surge que la Defensora Oficial se entrevistó con D.B. recién en fecha 04/04/07.- - - - -
- - - - -

----- “El inadmisble menoscabo ocasionado al derecho de defensa en vista de que la intervención técnica descansaba en una defensa provista por el Estado resalta la relación de la intervención debida con otro derecho convencional afectado, concretamente, el doble conforme tal como lo delineara la Corte a partir del precedente ‘CASAL’ (Fallos, 328:3399).- - - - -

----- “Así, ‘se advierten en el expediente circunstancias concretas, vinculadas con el ejercicio de la defensa técnica [...], que esta Corte Suprema no puede dejar de señalar, en tanto ponen al descubierto una transgresión a la garantía constitucional de la defensa en juicio de tal entidad que más allá de cualquier imperfección en la habilitación de la competencia del Tribunal para conocer los agravios expresados, afecta la validez misma del proceso en esta instancia, circunstancia que debe ser atendida y resuelta de modo prioritario a cualquier cuestión que se haya planteado (Fallos: 320:854). [...] Ello es así, pues constituye una exigencia previa emanada de la función jurisdiccional de esta Corte el control, aun de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran comprometidos aspectos que atañen al orden público. En efecto, la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecte una garantía constitucional no podría

///21.- convalidarse (Fallos: 183:173; 189:34, 320:854). [...] Que la garantía de defensa en juicio posee como una de sus manifestaciones más importantes el aseguramiento de una defensa técnica a todo justiciable, manifestación ésta que, para no desvirtuar el alcance de la garantía y transformarla en un elemento simbólico, no puede quedar

resumida a un requisito puramente formal, pues no es suficiente en este aspecto con que se asegure la posibilidad de que el imputado cuente con asesoramiento legal, sino que este asesoramiento debe ser efectivo. [...]\' (CSJN, S. 62. XL., \'SCHENONE\', del 03/10/06, Fallos, 329:4248).- - - - -

----- “El estado de indefensión \'de hecho\', como sucedió en autos, se presenta \'cuando el imputado queda «de hecho» en situación de indefensión, más allá de que formalmente el proceso dé cuenta de que se encuentra vigente el patrocinio letrado. Esto suele ocurrir cuando el justiciable ha perdido todo contacto con su defensor. Estos «tramos de indefensión» han habilitado el reconocimiento de instancias recursivas por parte del Máximo Tribunal\' (Leonardo G. Pitlevnik, Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Tº 7, de. Hammurabi, 2009, págs. 123/124).- - - -

----- “En el caso \'Torres y Rasuk\' (CSJN, Fallos, 315:1043) se consideró que el justiciable había quedado de hecho en situación de indefensión mientras expiraba el plazo legal y, a la vista de ello y en salvaguarda del derecho de defensa, optó por analizar los agravios planteados por el asistente técnico.- - - - -

- - - -

----- “[...] Por eso es importante la doctrina \'Dubrá\' (Fallos, 327:3802) que \'ha restablecido la obligatoriedad de

///22.- notificar al acusado de toda decisión que pueda ocasionarle perjuicio [...] Entendemos que, cuando pueda verificarse la pérdida de un derecho reconocido al acusado en juicio, no alcanzará con la notificación al asistente técnico sino que será necesario reconocer al acusado una oportunidad idónea para cuestionar, llegado el caso, la afectación a sus derechos a causa de eventuales inacciones u omisiones de su asistente técnico. [...] Se trata de una derivación necesaria no sólo de la doctrina que analizamos sino, fundamentalmente, de la circunstancia de que el único titular del derecho de defensa es el justiciable. Así como la ley establece claramente que el abogado debe contar con el mandato expreso de su representado para desistir de los recursos articulados a su favor [...] del mismo modo sería absurdo suponer que la inacción del abogado designado para representarlo pueda perjudicar al titular del derecho de defensa\' (Leonardo G. Pitlevnik, ob. cit., págs. 128/129).-

----- “En el fallo precedente, como así también en \'Moreyra\' (Se. del 26/02/08) y \'Morel\' (Fallos, 328:4580) reafirmó la idea de que es preciso notificar al justiciable de las decisiones que puedan ocasionarle perjuicio.- - - - -

----- “[...] Cerrando esta reseña de jurisprudencia en materia de defensa técnica ineficaz

y reivindicando una vez más la necesidad de que el acusado en causa penal \no pague los platos rotos\ por quien se suponía debía auxiliarlo en el proceso, agrego lo sostenido por la Corte en el pronunciamiento \Cardullo\ dictado en 1980 (Fallos, 302:1669): \En el dictamen del procurador leemos: «Esta Corte tiene dicho que cuando se encuentra en juego una

///23.- garantía constitucional básica como lo es la consagrada por el art. 18 no cabe extremar el rigorismo formal [...]». Con cita del dictamen de Sebastián Soler en CSJN-Fallos, 237:158 continuó diciendo el procurador que «... a los efectos de garantizar la defensa en juicio es preferible la adopción de un criterio amplio y no restrictivo y que ninguna duda debe quedar en el sentido de que se han reconocido en toda su amplitud los medios necesarios para proveer a la demostración de la inocencia dentro de las formas establecidas». [...] Agregó al respecto que: «Cabe que la especial naturaleza del juicio criminal impide que puedan considerarse –a diferencia de lo que acontece en el procedimiento civil- limitadas las facultades jurisdiccionales por las pretensiones de las partes (CSJN-Fallos, 270:236; 284:338; causa `Barri, Roberto Juan s/ Adulteración de documento público´, del 22 de agosto de 1978). 7º) Que en consecuencia, el a quo se ha apartado sin expresar fundamentos suficientes de las normas legales aplicables al caso que garantizan una efectiva tutela de los derechos del imputado, e invirtiendo su sentido, sanciona la falta del defensor en cabeza del defendido, en violación de la garantía mencionada ut supra, lo que descalifica el pronunciamiento como acto jurisdiccional válido» (consid. 6º del fallo de la Corte)\ (conf. Leonardo G. Pitlevnik, ob. cit., págs. 136/137).- - - - -

----- “La importancia de una defensa penal implica la tarea de intentar evitar o resistir jurídicamente cualquier acto que, con motivo del proceso o so pretexto de su desarrollo, pueda afectar los derechos individuales del imputado, fuera

///24.- de los casos y de los límites que la Constitución autoriza.- - - - -
- - - - -

----- “El ministerio de la defensa, en el ejercicio de sus funciones, debe velar para que no pueda utilizarse el \proceso penal\, ámbito para la defensa de la persona y de los derechos, para dar a luz desconocimientos o violaciones, y debe impedir o instar la rectificación de cualquier conculcación no autorizada por la ley y obligada por la imprescindible dignidad personal, seguridad, honra, intimidad, propiedad, etc.- - - - -
- - - - -

----- “La mayor labor de toda asistencia técnica será contradecir la imputación. En

general, todo debe estar encaminado a demostrar la ausencia total o parcial de argumentos de la pretensión de sancionarlo, sea por razones fácticas o jurídicas, de fondo o de forma.- - - - -

----- “Para la Corte Suprema de Justicia, la defensa del acusado constituye una actividad esencial, dado que en el proceso penal el cumplimiento de las normas tendientes a asegurar que el imputado cuente con asistencia letrada importa un requisito de validez cuya inobservancia determina una nulidad que debe ser declarada por el tribunal en el ejercicio de la jurisdicción extraordinaria. Tal conclusión se sienta tanto en la garantía de la defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional cuanto en la que asegura el debido proceso que la complementa, e integra aquélla a que se refiere el art. 33 por ser inherente al sistema republicano (ED 127-268).- - - - -

----- “A partir de la aceptación del cargo de defensor, comienzan las obligaciones profesionales (y funcionales, en

///25.- el caso de los Defensores Oficiales), no sólo para con el asistido, sino también para con las demás partes del proceso y los miembros del Tribunal. El letrado debe tener presente que no es un simple mandatario de su ahijado procesal, sino que integra su tutela desde un punto de vista técnico, tanto en cuestión de hecho como en el derecho, y tiene el dominio del litigio, toda vez que es el que establece la estrategia de la defensa.- - - - -

----- “En este orden de ideas, una de las obligaciones más importantes es el \aseguramiento de una justa defensa y evitación de injusticias: [...] El defensor deberá asistir a todos aquellos actos de defensa material, custodiando su regularidad y efectuando las observaciones que correspondan. [...] Es también obligación del defensor seguir paso a paso la marcha del sumario, tomando conocimiento pleno y directo de las medidas y decisiones que va tomando el juez o fiscal. Esto significa que no basta con conformar[se] con el mero recibimiento de «cédulas de notificación» [...] para tomar conocimiento del hecho. Si act[úa] de ese modo, seguramente perder[á] el control inmediato de los actos producidos; si lo hace[...] de manera contraria, ganar[á] tiempos procesales para evaluar detenidamente lo resuelto [...]” (conf. Sánchez Freytes, ob. cit.).- - - - -

----- “Y si debe resaltarse la importancia de la presencia del defensor en los actos –en principio- de indagatoria, careo, ruedas de reconocimiento de personas y de efectos, reconstrucción del hecho y testimoniales, con mayor razón cabe hacerlo cuando deponga la víctima del delito. Es \necesaria la presencia del defensor en oportunidad de

///26.- llevarse a cabo tales audiencias, a los efectos de controlar su legalidad, la calidad del interrogatorio, como también la posibilidad de efectuar las preguntas que considere pertinentes y útiles... Esto por cuanto, depende por cierto de cada caso, será la manifestación juramentada que más incriminación generará contra la situación procesal de[l imputado ...], toda vez que fue ella la que soportó el episodio, y por tanto proporcionará circunstancias de tiempo, lugar y modo que ninguna persona más ofrecerá. A raíz de ello, el defensor deberá controlar que su testimonio sea espontáneo, libre, voluntario, lo menos tendencioso posible, que en el acta se vuelquen sus propias palabras, y que las preguntas que se le formulen no sean indicativas o sugestivas\ (aut. y ob. citados).- - - - -

----- “Entonces, la declaración de la víctima mediante el sistema de cámara Gesell de fs. 49, considerado por los Tribunales inferiores como un acto definitivo e irreproducible (conf. arts. 185, 186, 229 y ccdtes. C.P.P.), se realizó omitiendo cumplimentar los actos procesales necesarios para asegurar el real derecho de defensa en juicio, con lo cual se privó al imputado de la posibilidad de controlar en esa oportunidad la principal prueba de cargo (art. 18 C.Nac.)”.- - - - -

-----10.- Aplicando dicho precedente a las constancias de la causa, se advierte que, aunque la normativa vinculada a la realización de la declaración de la menor en cámara Gesell no se encontrara todavía vigente, el magistrado instructor instrumentó la producción de la prueba en atención a sus requisitos formales.- - - - -

- -

///27.-- No obstante ello, considero además que, dado lo establecido en la Sentencia 155/08 STJRNSP, tal modalidad probatoria puede diferenciarse en irreproducible o reproducible. Si para la hipótesis de cargo se entiende que determinada prueba es irreproducible -por tanto que valdrá para el debate la realizada en la instrucción-, el núcleo mínimo que debe ser resguardado es el aseguramiento al imputado de una defensa efectiva -no sólo formal-, pues será en la etapa preparatoria del juicio donde podrá controlar y contradecir la prueba, que así quedará registrada o transcrita en un acta.- - - - -

----- Por lo tanto -en el caso-, con un imputado individualizado y una prueba que se pretende irreproducible, pues es la registración obtenida en la instrucción la que se solicita incorporar luego del cierre del debate, no es suficiente la notificación a la defensa el mismo día en que se realizaría la prueba, sin que conste una entrevista con aquel o alguna circunstancia procesal que dé cuenta de una posibilidad de controlar e

intervenir efectivamente en la declaración especial de la menor.- - - - -

----- Advierto que la defensa pública ni siquiera asiste a la prueba.- - - - -

----- También sumo que, en resguardo del interés superior del niño, este no puede ser interrogado directamente por las partes -art. 229 a C.P.P.-, sino que el acto debe realizarse de acuerdo con un procedimiento especial. Esto implica una restricción a los derechos del imputado, pero el trámite le permite la formulación de “inquietudes” -art. 229 d segundo párrafo íd.- que es el núcleo mínimo de resguardo para el

///28.- derecho de defensa previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional.- - - - -

----- De tal modo, la defensa que decida concurrir al control y la conformación de la declaración debe estar en condiciones de formularlas, pues la declaración del niño reúne las características de una prueba personal y, mutatis mutandis, “... la práctica de la prueba se cumple de manera fundamentalmente diversa en la prueba personal que en la real. La persona declarante, a la cual enfrenta el receptor de la declaración, puede ser impelida, mediante preguntas aclaratorias y admoniciones, a aclarar y, en su caso, a rectificar lo dicho, posibilidad que no existe en las probanzas reales” (Döhring, La Prueba, pág. 21).- - - - -

----- Por lo tanto, aun admitiendo la aceptación tácita del día 23, la defensa pública –según las constancias del expediente- no tuvo posibilidades reales de controlar o confrontar dicha prueba, que se realiza el mismo día -no hay indicación horaria del momento de la aceptación, para vincularlo con el de realización, ni de la existencia de una entrevista o comunicación entre el imputado o sospechado, ya individualizado, y su defensa-. En tales condiciones, nos encontramos ante un supuesto de defensa formal, en oposición a otra real o material, violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional y, por tanto, constitutiva de una nulidad absoluta.- - - - -

-----11.- Tales consideraciones tendrían como primera conclusión la declaración de nulidad de la sentencia y su reenvío para la realización de un nuevo debate (art. 441 CPP.); empero, sería ineludible para la hipótesis de cargo

///29.- -tal como lo admite el sentenciante por la decisividad de la prueba- la nueva realización de la declaración mediante cámara Gesell posibilitando el control efectivo a la defensa, lo que implicaría también la nulidad del escrito de ofrecimiento de pruebas del Ministerio Público Fiscal (fs. 186).- - - - -

----- De tal modo, el nuevo debate ya no podría realizarse con la sujeción y los límites a

las pruebas ofrecidas y merituadas en el anterior, por lo que la eventual retrocesión sería violatoria de la prohibición del ne bis in ídem, dada la mayoría que conforman en el precedente “SANDOVAL” (S. 219. XLIV, del 31 de agosto de 2010) los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Eugenio Raúl Zaffaroni.- - - - -

----- Los tres primeros consagran una imposibilidad de tipo absoluto en contra de una nueva persecución penal sobre los mismos hechos, en los que el imputado ya experimentó el riesgo de condena por un juicio. Empero -a mi entender-, el último de los mencionados, en los fundamentos que expone en su voto -considerando 30-, permite la retrocesión sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, en la medida en que verse “exclusivamente sobre la prueba ya ofrecida y proveída, sin retrogradación del proceso a la etapa de citación a juicio”.- - - - -

----- Por lo anterior, en tanto resulta imposible para que triunfe la hipótesis de cargo la retrocesión con idéntico ofrecimiento y producción de prueba, una correcta administración de justicia aconseja hacer lugar al recurso

///30.- de casación, revocar la sentencia y absolver al imputado, de condiciones personales obrantes en autos, por los hechos reprochados.- - - - -

-----12.- Asimismo, destaco que -incluso- en el ofrecimiento de pruebas mencionado, el señor Fiscal de Cámara solicita que se incorpore por su lectura la transcripción de la entrevista con la menor -fs. 18/20-, a lo que se hace lugar a fs. 187. El día 3 de diciembre de 2009 se realiza el debate y, previo a los alegatos de las partes, ordena la incorporación por lectura de la prueba ofrecida; se da por finalizado el debate y los magistrados pasan a deliberar de acuerdo con lo previsto por el art. 372 del código ritual y, luego de ello, el mismo día el señor Fiscal de Cámara presenta un escrito en el que pide que se incorpore para el análisis la video-filmación de la declaración de la menor, a lo que el Presidente del Tribunal hace lugar, en conformidad con el art. 373, entendiendo que la medida propuesta es necesaria para la resolución que se debe adoptar (fs. 195).

----- Sin ingresar a la legitimidad del art. 364 del Código Procesal Penal -en la parte en que permite al Tribunal ordenar, aun de oficio, la recepción de nuevos medios de prueba o de otros conocidos pero imprescindibles-, cabe sostener que esta facultad se encuentra restringida al debate, por lo que la petición del Fiscal de Cámara es tardía y ha precluido su posibilidad de hacerlo.- - - - -

----- La otra norma involucrada -también cuestionada en su legitimidad pues

proporciona facultades inquisitorias a los magistrados- es el art. 373 de la misma normativa -que le permite al tribunal la reapertura del debate ante la

///31.- absoluta necesidad de recibir nuevas pruebas.- - - -

----- Esta norma no es uno de los actos del debate, a poco que se examine que se encuentra legislada en el “capítulo IV SENTENCIA” y solo puede ser utilizada por el Tribunal una vez que se ha abocado al análisis detallado de la evidencia en el proceso de la deliberación.- - - - -

----- Por lo tanto, la aceptación de su ofrecimiento tardío violenta la garantía de imparcialidad, en tanto no podría soslayarse que introduce en el proceso de deliberación una advertencia o cuestión propuesta por una de las partes, favorecedora de la hipótesis que sostiene.- - - - -

----- Ello es así aun cuando tal conclusión -la necesidad de recibir tal nueva prueba- hubiera sido el resultado de la pura deliberación de los señores magistrados, a los que se les adunara la extemporánea petición fiscal; ocurre que la garantía de imparcialidad debe ser analizada desde el punto de vista objetivo, que “... consiste en determinar si independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos que pueden ser verificados autorizan a sospechar sobre su imparcialidad” (conf. CIDH, Informe 78/02, caso 11.335, “Guy Malary vs. Haití”, 27/12/02).- - - - -

----- “En la misma línea, como se asienta en un fallo del Tribunal, esta garantía ha sido interpretada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y se ha señalado que en materia de imparcialidad judicial lo decisivo es establecer si, desde el punto de vista de las circunstancias externas (objetivas), existen elementos que autoricen a abrigar dudas con relación a la imparcialidad con que debe desempeñarse el juez, con prescindencia de qué es lo que pensaba en su fuero

///32.- interno, siguiendo el adagio justice must not only be done: it must also be seen to be done (conf. casos ‘Delcourt vs. Bélgica’, 17/01/70, serie A, N° 11 párr. 31; ‘De Cubber vs. Bélgica’, 26/10/84, serie A, N° 86, párr. 24; considerando 27 in re ‘Quiroga’, del 23/12/04)” (Se. 203/09 STJRNSP).- - - - -

----- En el caso que nos ocupa, desde un punto de vista objetivo, ya en la deliberación el Ministerio Público Fiscal introduce un argumento de cargo, que es admitido por el Tribunal y luego forma parte de la sentencia de condena. Es siempre de cargo, pues la nueva prueba sería para dar respuesta o dilucidar alguna cuestión que el Fiscal considera dudosa y tal ausencia de convicción o certeza es siempre pro reo.- - - - -

- - - - -

-----12.- Por los motivos que anteceden propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación, revocar la sentencia de condena y absolver al imputado de los hechos reprochados. MI VOTO.----- El señor Juez doctor Luis Lutz dijo:-----

-----1.- ADHESIÓN. VIOLACIÓN DE LA DEFENSA EN JUICIO: Adhiero al voto ponente del doctor Alberto Ítalo Balladini y comparto que, efectivamente, en el sub exámine no se le dio al sospechoso identificado la posibilidad de una defensa efectiva de control del acto procesal en ocasión de recibir la declaración especial de la menor en cámara Gesell, según se ordenase a fs 16 y con una transcripción sin firmas glosada a fs 18/20, que fue motivo de advertencia en el tercer párrafo de fs 313. Tal fue su única oportunidad, dado que luego se pretendió la introducción de dicha prueba al

///33.- debate, aunque de modo indebido, como se aclarará infra.-----

----- Así, surge de modo notorio que se violenta la defensa en juicio prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional.-----

-----2.- LÍMITE POR LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:-----

----- También coincide en cuanto a que, declarada la nulidad de la prueba mencionada de la cámara Gesell, no puede aplicarse la regla procesal del art. 441 del Código Procesal Penal, esto es, la remisión del expediente al a quo para la continuidad del trámite, atento al límite para tal posibilidad expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “VERBEKE” (T. 326, P. 1149), entre otros, con el agregado de “SANDOVAL”, citado por el primer votante, en el sentido de que la retrocesión con motivo de la arbitrariedad de sentencia solo podría alcanzar al debate y a la sentencia consiguiente, pero no al ofrecimiento de pruebas.-----

----- Por lo tanto, en el eventual nuevo debate debería ponderarse la misma prueba que en el primero anulado, siendo esto decisivo para la hipótesis de cargo, que necesita de la cámara Gesell para su acreditación.-----

-----3.- FALTA DE ACTIVIDAD OPORTUNA Y EXTEMPORANEIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Asimismo, en un segundo argumento, puesto que el Ministerio Público Fiscal ni siquiera ofreció en tiempo y forma la susodicha registración audiovisual en cámara Gesell, sino que “a posteriori” fue solicitada su incorporación extemporáneamente al debate, una

///34.- vez que los jueces habían pasado a deliberar, comporta incumplimiento de los principios de preclusión y progresividad, ya que a todo evento y admitiendo la legalidad de la norma que permite una reapertura del debate, solo puede ser decidida de oficio por quienes se encuentran deliberando, como resultado de tal proceso deliberativo y no a instancia de una parte, para el caso el Ministerio Público Fiscal.-----

----- Advierto que la orden de la instrucción para producir el informe en crisis data del 22/03/07 (ver fs. 9) y que la Resolución N° 163/07 se dictó el 30/03/07 e hizo operativa la Ley P 3995 a partir del 10/04/07.-----

-----4.- INJERENCIA INDEBIDA EN EL PROCESO DE DELIBERACIÓN: Entonces, ha de colegirse que la admisión de la prueba en esa oportunidad procesal de estar deliberando el Tribunal de Juicio resulta de la petición del Ministerio Público Fiscal, obrante a fs. 194 y la expresa recepción por el Tribunal de Juicio a fs. 195, con las impugnaciones y reservas de fs. 197/198, 201 y 205, que evidencian una injerencia indebida en tal proceso de deliberación, lo que violenta la garantía de imparcialidad del juzgador ante las partes en el proceso en curso.-----

-----5.- NULIDAD DE CÁMARA GESELL. ABSOLUCIÓN: Por lo tanto, coincido en declarar la nulidad de la incorporación del video de la cámara Gesell del modo en que fue traído a la causa y de la sentencia que lo tiene como prueba decisiva, por lo que en la instancia extraordinaria sólo es dable absolver al imputado por los hechos reprochados, en atención a las actuaciones descriptas supra en adhesión al voto

///35.- ponente y a los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin perjuicio del deslinde de responsabilidades a que pudieren dar lugar los arts. 55, 56 y ss. de la Ley K 4199.-----

-----6.- OBITER DICTUM: Obiter dictum, pondero conveniente que, previo proceder a recopilar y sistematizar con rigor técnico las experiencias acumuladas en los ámbitos jurisdiccional y forense desde la aplicación de la Ley P 3995, ahora consolidada en el Digesto Jurídico en los actuales arts. 185, 227, 229, 230 y ccdtes. del mismo Código Procesal Penal (Ley P 2107) y la Resolución N° 163/07 STJ, se revisen y dicten normas de actualización y ajuste, además de reglas más precisas según los arts. 5 y 6 de la citada Ley P 3995, con recomendación de reformas del legislador y además, de modo suplementario, con aportes desde el Poder Judicial con sus facultades reglamentarias del art. 5 de la Ley P 2107, u operativas de los arts 44 y 45 de la Ley Orgánica y otras complementarias, para asegurar principalmente por parte de cada órgano jurisdiccional

que aplica ese plexo normativo la observancia irrestricta del procedimiento reglado, en especial el debido proceso y la garantía de defensa en juicio.-----

----- A mi entender son aspectos relevantes, entre otros, para incluir en una eventual revisión y ampliación de la reglamentación con el fin de prevenir casuísticas como la de autos: a) la acreditación de la idoneidad y la especialización para el acto procesal del psicólogo o médico psiquiatra en función de las incumbencias respectivas de las Leyes G 972 y G 4330; b) la oportunidad temporal de

///36.- realización de la prueba, que se debe compatibilizar en la proximidad a los hechos con el interés superior del niño y la posibilidad efectiva de control por las partes del proceso; c) las formas procesales y el rol de los distintos operadores del sistema judicial en la realización de la “sui generis” prueba de la cámara Gesell, que en parte ya fue abordada por el Superior Tribunal de Justicia mediante el dictado de la Resolución N° 163/07, en la que acota en el art. 21 y en el art. 25 opta por la utilización del “Protocolo del NICHD”; d) la adecuada y objetiva instrumentación y preservación del registro audiovisual, sin que se dé lugar ni se reflejen alteraciones en lo sostenido por el menor entrevistado; e) la precisión en el contenido del requerimiento del informe al profesional actuante y sus concretas respuestas, con incorporación de las respuestas o aclaraciones de las inadecuadamente nominadas “inquietudes” de las partes; f) la normal participación del Ministerio Público, con la diversidad de funciones de los arts. 219 y ccdtes. de la Constitución Provincial, la Ley K 4199 y la Resolución N° 163/07 STJ (arts. 14, 16, 20 y ccdtes.).- - -

----- Destaco que, más allá de lo normado y reglado, al cumplir ese acto procesal se deben atender puntos importantes, ante la naturaleza en principio irreproducible de la prueba, toda vez que se intenta evitar la revictimización institucional, los que tienen que ser celosamente custodiados por el magistrado, en resguardo de las garantías de las partes. MI VOTO.----- El señor Juez subrogante doctor Francisco Antonio Cerdera dijo:-----

///37.-- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).-----

----- 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 interpuesto a

----- fs. 215/236 de las presentes actuaciones por el señor Defensor Oficial doctor Marcelo Álvarez Melinger y oportunamente sostenido por la señora Defensora General.- - Segundo: Revocar la Sentencia N° 101/09 de la Cámara Primera

----- en lo Criminal de San Carlos de Bariloche y absolver de culpa y cargo a A.F.I, cuyos datos filiatorios obran en autos, de los hechos por los que fue traído a juicio.- - -

- - - - - Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver la

----- causa.

EN ABSTENCIÓN

(art. 39 L.O.)

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 3

SENTENCIA: 37

FOLIOS: 410/446

SECRETARÍA: 2