

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 21257/06 STJ

SENTENCIA Nº: 47

PROCESADO: B.Y. J.H.

DELITO: ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR ACCESO CARNAL Y POR SU CONDICIÓN DE PROGENITOR DE LAS VÍCTIMAS (TRES HECHOS EN CONCURSO REAL), COMETIDO EN FORMA REITERADA Y, POR SU DURACIÓN, CONSTITUTIVO DE SOMETIMIENTO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE

OBJETO: RECURSO DE QUEJA

VOCES:

FECHA: 17-04-07

FIRMANTES: SODERO NIEVAS – BALLADINI – LUTZ EN ABSTENCIÓN

///MA, de abril de 2007.

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “B.Y., J.H. s/Queja en: ‘B.Y., J.H. s/Abuso sexual’” (Expte.Nº 21257/06 STJ), puestas a despacho para resolver, realizada la deliberación según constancia de fs. 100; y- - - - -

CONSIDERANDO:- - - - - El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - - -

-----1.- Antecedentes de la causa:- - - - -

-----1.1.- Mediante sentencia Nº 26, del 16 de mayo de 2006, la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche resolvió -en lo pertinente- condenar a J. H. B. Y. a la pena de catorce años de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por acceso carnal y por su condición de progenitor de las víctimas (tres hechos en concurso real), cometido en forma reiterada y, por su duración, constitutivo de sometimiento sexual gravemente ultrajante (arts. 45, 55, 119 párrafos segundo, tercero y cuarto inciso b C.P., y 369, 370, 371 y ccdtes. C.P.P.).- - - - -
- - - - -

-----1.2.- Contra lo decidido, la defensa dedujo recurso de casación, cuya denegatoria motiva la queja sub examine.- - -

-----2.- Fundamentos de la denegatoria del recurso de casación:- - - - -

- - - - -

----- El tribunal de grado inferior sostiene que la defensa se agravia por el ficto incumplimiento del art. 234 bis del rito (según Ley 3995), en cuanto prevé los interrogatorios mediante “cámara gesell”, en virtud de que el sistema en sí mismo aún no ha sido instituido por falta de reglamentación ///2.- y de establecimiento concreto.- -

- - - - -

----- Sobre la negativa a que la defensa participara en la recepción de los testimonios a las menores abusadas, refiere que “dada la edad de las mismas, los informes psicológicos y demás circunstancias de la causa, el Tribunal no hubiera hecho lugar [a que declaren en el debate oral], atento las claras disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño que integra el derecho supranacional y es de aplicación obligatoria, después de la reforma constitucional de 1994”. Agrega que en el ofrecimiento de la prueba no se solicitaron las testimoniales de las niñas ni surge de las actas del debate ningún planteo de la defensa, como así tampoco respecto de su incorporación por lectura.- - - - -

----- El a quo señala además que la parte no impugnó a los profesionales que analizaron las declaraciones originales de las víctimas y depusieron en el debate, ni pidió actuaciones por falso testimonio de la declaración del pastor Ceballos.-

----- Por último, afirma que el recurrente no invoca ni intenta demostrar absurdo en la valoración de la prueba ni planteó la nulidad del acta de fs. 140 en tiempo y forma, conforme los arts. 162, inc. 1 y 163, inc. 2 del código de forma.- - - - -

- - - - -

-----3.- Argumentos del recurso de queja:- - - - -

----- En función del análisis que desarrollaré más adelante, reseño sucintamente las afirmaciones de la defensa:- - - - -

-----a) No es cierto que no ofreció la prueba testimonial en la oportunidad del art. 325 del Código Procesal;- - - - -

-----b) con el rechazo de la petición de que las menores declararan en debate se violó el derecho de defensa, de lo ///3.- que hizo oportuna reserva de recurrir en casación;- -

-----c) ningún precepto legal establece que los menores no pueden declarar en juicio, como sostiene la Cámara, y en todo caso se debieron instrumentar los medios para garantizar su seguridad psicológica, pero nunca negar el derecho de defensa;- - - - -

- - - - -

-----d) en el escrito de ofrecimiento de prueba claramente se impugnó a las

profesionales que trataron a las menores y se dejó constancia de que desplegaron maniobras inductivas;-

-----e) no es cierto que admitiera la incorporación por lectura de las testimoniales brindadas en instrucción, porque en el recurso de revocatoria contra la resolución que no hizo lugar a prueba ofrecida -de fs. 354/355 vta.- solicitó el desglose de las referidas declaraciones;- - - -

-----f) no es cierto que no solicitó oportunamente la nulidad del acta de fs. 140, ya que se agravió en todo momento, y además se trata de una nulidad absoluta, por lo que no era necesario el planteo previo; y- - - - -

-----g) la Cámara yerra en la cuestión vinculada con la prueba y el modo en que fue analizada, ya que se violó el derecho de defensa al tomar las declaraciones que se usaron como principio fundamental para arribar a la condena y al no permitir su repetición en debate, a lo que se suma que también eran contradictorias, insuficientes, inconsistentes y poco creíbles.- - - - -

-----4.- Hechos:- - - - -

----- Se le reprocha a J.H.B.Y. la comisión de los siguientes hechos: "... PRIMERO: en fechas y número de ocasiones que no pueden ser determinadas con ///4.- precisión, pero a partir del año 1995 –cuando la menor contaba con 5 años de edad-, y hasta los primeros días del mes de noviembre de 2002, haber abusado sexualmente de su hija V.E.B.N., nacida el 20 de abril de 1989, primero con manoseos intensos en sus órganos sexuales, y luego accediéndola carnalmente con su pene por vía vaginal; actos llevados a cabo en forma repetida y habitual en el interior del domicilio familiar de Paramaribo 1262, Barrio San Francisco III, de [... la ciudad de San Carlos de Bariloche], ya sea en la cama matrimonial que ocupaba el imputado con su cónyuge y madre de la niña aprovechando la ausencia de aquella, o en la cama de V. a cuyo fin la despertaba en las primeras horas de la mañana; SEGUNDO: en fechas y número de ocasiones que no pueden ser determinadas con precisión, pero a partir del año 1999 –cuando la niña contaba con 6 años de edad-, y hasta los primeros días del mes de noviembre de 2002, haber abusado sexualmente de su hija A.E.B.N., nacida el 19 de diciembre de 1992, accediéndola carnalmente con su pene por vía vaginal en forma repetida y habitual, en el interior del domicilio familiar..., y la cama matrimonial que ocupaba el imputado con su cónyuge y madre de la niña, aprovechando la ausencia de aquella; TERCERO: en fechas y número de ocasiones que no pueden ser determinadas con precisión, pero en forma repetida y habitual con anterioridad al 7 de noviembre de 2002, haber abusado

sexualmente de su hija M.J.B.N., nacida el 6 de diciembre de 1994, accediéndola carnalmente con su pene por vía vaginal en el ///5.- interior del domicilio familiar..., en la cama matrimonial que ocupaba el imputado con su cónyuge y madre de la niña, aprovechando la ausencia de aquella” (fs. 60/61).- - - - -

-----5.- Análisis de admisibilidad de los agravios recursivos:- - - - -
- - - - -

-----5.1.- Falta de declaración testimonial durante el debate:- - - - -
- - - - -

----- Esencialmente, el quejoso sostiene que la Cámara debió recibir declaración testimonial a las menores en conformidad con el art. 234 bis del rito o según lo previsto en el art. 355, morigerando la situación con el fin de que las menores fueran preservadas y sin vulnerar el derecho de defensa del imputado, puesto que éste no podría defenderse sin escuchar la acusación de modo directo.- - - - -

----- En primer lugar, como lo reconoce el recurrente y lo decidió el a quo desde fs. 362 del expediente principal, la solicitud de utilización de una “cámara gesell” para la declaración de las menores (art. 234 bis C.P.P., texto según Ley 3995, BOP del 29-09-05) carece de sustento fáctico legal en función de lo previsto en el art. 5 de la norma invocada: “La presente ley entrará en vigencia una vez habilitadas en cada una de las cuatro circunscripciones judiciales, como mínimo una en cada cabecera cualquiera de los métodos (cámara gesell o registro de imagen audio), previstas en la presente ley”.- - - - -

----- En cuanto a la pretensión de que se morigerara la situación para que declararan las niñas en el debate, advierto que en el sub judice se evidenciaba como///6.- improcedente, tal como lo resolvió oportunamente el sentenciante y luego sostuvo en la inadmisibilidad del recurso de casación.- - - - -

----- En este sentido, deben meritarse las siguientes circunstancias:- - - - -
- - - - -

-----a) A fs. 327/328 del expediente principal la parte querellante particular adjuntó un “informe de las hermanas B.” –fechado el 05-09-05-, realizado por la psicóloga Inés Usandivaras (quien luego declaró en debate como testigo), en el cual dictaminó: “Las tres hermanas B., V. (15 años), A. (12 años) y J. (10 años), han sido víctimas de abuso sexual, sindicando como el autor a su padre biológico... De las tres, es V. la que más ha podido ponerle palabras a la situación de abuso. Sus hermanas tienen mucha dificultad y rechazo a referirse a lo que les ha pasado. Han dicho con mucha vergüenza y culpa que

ha sido su padre el que las 'tocaba', manera de referirse a la situación sumamente traumática por ser el propio padre, el que les causaba semejante experiencia... A. es la que peor se siente con toda la situación, desea no ser interrogada ya que teme por lo que pueda pasarle a sus padres y si es ella la que tiene que volver a hablar del tema se siente que por ella su papá irá a la cárcel. La situación de víctima-victimario queda invertida, es ella la dañada y su sentimiento psicológico es que ella es la culpable... La exposición de

cualquier interrogatorio y/o declaración en el ámbito legal aumenta el estrés y la dificultad para poder referirse a lo sucedido con tranquilidad y veracidad. El daño emocional,///7.- intelectual, y relacional de las chicas es grave y sumamente complejo. Quien se suponía debía cuidarlas, criarlas y protegerlas es el agresor. La desconfianza, desorden interno, y falta de escapatoria a la situación hace que las tres hermanas se encuentren hoy en un estado de mucha precariedad existencial. Es un trabajo lento y arduo ayudarlas a volver a confiar en el mundo de los adultos y en lo que debe buscarse y esperarse de éstos... El miedo a causar daño a su familia así como el enojo, acusación y/o a las represalias de parte de sus padres que ellas imaginan que éstos pueden tener para con ellas, aumenta el grado de estrés que se tiene cuando se les pide alguna declaración, por lo tanto su capacidad actual para responder a las preguntas que se le hagan se encuentra totalmente limitada e inhibida... Exponerlas nuevamente a un interrogatorio o a un testimonio, la dificultad intrínseca de que este resulte exacto, coherente y veraz cuando a mucho de lo que han vivido aun no han podido ponerle palabras, no han podido asimilarlo ni comprenderlo, es obviar las necesidades y limitaciones de las niñas... En consecuencia, y por lo expuesto, estimo como altamente contraproducente para las menores la reanudación de los interrogatorios, ya sea judicial ó extrajudicialmente”.- - - - -

-----b) Lo precedente tiene estrecha relación con que “durante años se han planteado la pregunta hasta qué punto y en qué condiciones la declaración de un niño que alega haber sufrido abusos sexuales es válida. Las dudas sobre esta validez provienen básicamente de: a) la constatación de una elevada frecuencia de casos en los que el niño, tras afirmar ///8.- en un primer momento, haber sido objeto de un abuso sexual, posteriormente se retracta; y b) el escaso desarrollo de las capacidades y habilidades cognitivas en niños de corta edad” (Gabriel M. A. Vitale, “Estudio sobre la declaración infantil”, publicado en eldial.com).- - - - -

----- La respuesta –que transcribo brevemente- la da el autor citado cuando continúa

diciendo: “La revelación del abuso sexual por parte del niño, no es un hecho que surge repentinamente en un momento determinado, sino que es fruto de un proceso. En este proceso existen cuatro etapas: 1) Negación del abuso; 2) Relato del abuso; 3) Retracción, y 4) Reafirmación.-----

----- “La negación por parte del niño del abuso sexual se produce en dos momentos, uno de los cuales tiene lugar en la fase inicial de la investigación, cuando el profesional está en contacto con el niño. Existen datos [conf. Spencer y Flin, Año 1990- de Ferrán Casas, Ob. Cit. Pág. 241] demostrando que sobre un total de 116 notificaciones comprobadas de abuso sexual, el porcentaje de casos en los que el niño negó su ocurrencia fue del 72%. Tras múltiples entrevistas, un 96% de estos niños, llegaron a reconocer su existencia. Pero posteriormente, el niño puede volver a negar sus afirmaciones previas, o sea retractarse. Según estos datos, el 92% de los niños se retractaron en algún momento de la investigación. Este efecto de retractación se encuentra definido como parte del denominado ‘síndrome de acomodación del abuso sexual infantil’ [Denominación formulada por Summit (1983)] Este síndrome contempla que es habitual que el niño se vea presionado por sus sentimientos //9.- de culpa y por el sufrimiento de sus familiares, y sienta que tiene en su poder la responsabilidad de proteger o dañar a su familia.-----

----- “[...] Un menor abusado sufre una lesión o trauma psíquico de importancia, y al ser sometido a la operación de testimoniar, se le ‘abre simbólicamente’ la cabeza para que sus contenidos psíquicos sean extraídos, conocidos y así investigados por los adultos que llevan a cabo el procedimiento judicial. Si tal operación o proceso judicial, es realizado en lugar, tiempo y forma inadecuados, sin tener en cuenta las características psicológicas y el período evolutivo, y la situación en la que se encuentra el niño/a-familia, sucede el hecho institucional conocido como revictimización. Una vez finalizado el testimonio, es necesario ‘cerrar la cabeza’ de la víctima y de su familia, donde es importante el tratamiento posterior.-----

----- “[...] Hoy en día existe un amplio consenso, siempre y cuando sean entrevistados por personal competente y en lugares adaptados, que los niños son capaces de recordar, resisten a la sugestión y pueden proporcionar un testimonio creíble en relación al abuso [Faller, 1990,1993; Filip y cols., 1998; Jones y Mc Quiston, 1985; Myers, 1994; Steward y cols., 1993]”.-----

-----c) El referido dictamen de la psicóloga Inés Usandivaras –con fundamentos ampliamente conocidos y recogidos por el derecho nacional e internacional- nos

conduce a evaluar la legalidad de la incorporación en debate de las declaraciones testimoniales que las niñas víctimas prestaron en la etapa de instrucción y en las cuales –en lo ///10.- aquí pertinente- señalaron a su padre como el autor material de los hechos imputados.- - - - -

----- Sobre la cuestión, resulta de importancia el capítulo “VII) DECLARACIÓN TESTIMONIAL” del obiter dictum que desarrollé en la Se. 69/06 del registro de la Secretaría 2 de este Superior Tribunal. Dada la gravedad de los hechos del sub examine y la insistencia en el agravio por parte del quejoso, cito el referido capítulo in extenso:- - - - -

----- “Se puede afirmar que el testimonio es la atestación o aseveración con respecto a una cosa o a un hecho y que para su existencia no es necesario que el testigo conozca los hechos sobre los cuales declara y mucho menos que los haya percibido, sino que narre lo que de ellos sepa o manifieste su absoluta ignorancia, a pesar de que carecerá, en este caso, de mérito probatorio para el proceso.- - - - -

----- “Se puede agregar que se refiere exclusivamente a una persona física, ya que las personas jurídicas carecen de aptitud para percibir hechos y en consecuencia no pueden ser llamadas a declarar como testigos: ‘Pueden ser sujetos de la prueba de informe y de confesión, aunque en ambos casos se expiden, naturalmente, a través de sus representantes necesarios’ (Epifanio J. L. Condorelli, ‘Código Procesal Civil de Buenos Aires Comentado’, Tº II, Ed. Zabalía, 1988 pág. 368). Entonces, testigo es cualquier persona de la cual nos valemos para dar fe de algo, tenga relevancia o no en el proceso (conf. Gabriel M. A. Vitale, op.cit.).- - - - -

----- “En este sentido, el derecho del niño a ser oído no debe confundirse con el derecho, que también le asiste, a tener un representante (art. 12 CDN). Es ‘decir que///11.- efectivamente el niño debe tener derecho a ser escuchado directamente en todo proceso que lo involucre sin importar el tipo de juicio de que se trate’ (Inés M. Weinberg, obra citada [Convención sobre los Derechos del Niño, ed. Rubinzal Culzoni, 2002], pág. 196).- - - - -

----- “‘Dicha norma prevé expresamente que «los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño». Si bien es cierto que la controversia acerca de la edad mínima a partir de la cual la opinión de un niño puede ser atendida continúa vigente, según lo destaca Rodolfo HUSSONMOREL (comentario

al art. 12 de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, publicado en «Convención Internacional los Derechos del Niño», p. 191, AAVV, dirigida por Inés WEINBERG, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002. Por su parte, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en «El derecho constitucional del menor a ser oído», publicado en «Derecho privado en la reforma constitucional», p. 172, N° 7, de la Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, aporta que «la disposición del convenio es muy amplia y otorga el derecho a ser oído a todo menor capaz de comprender y de distinguir lo que está bien de lo que está mal; aquel que tenga un mínimo de razón. Por eso, no todo menor que sepa expresarse será oído; todo depende de su edad y grado de madurez, dos cuestiones eminentemente fácticas», queda fuera de toda disquisición ///12.- que el precepto de marras es un «corolario de la libertad de expresión, como representación externa del libre pensamiento»\ (Luis E. Kamada, op. cit., pág. 1379).- - - -

----- “Ciertamente es que este derecho fundamental adquirirá su mayor trascendencia en aquellos procesos en que el niño resulta ser víctima de abusos o malos tratos. En tal sentido, \[l]a participación del niño en el proceso judicial, iniciado a raíz del maltrato sufrido por obra de sus padres o sustitutos, representa un elemento esencial en la defensa de sus derechos, pues le permite expresarse en las cuestiones que lo afectan directamente. Más aún, como las decisiones que pueden adoptarse en estos casos se relacionan con su derecho a permanecer en el ámbito familiar, salvo que la separación fuere necesaria para proteger su bienestar (CDN, art. 9, inc. 1), es indudable que la palabra del niño víctima constituye un factor primordial para determinar dicho interés\ (cf. Grosman i Mesterman, citados por Inés M. Weinberg, op. cit., págs. 196/197).- - - -

----- “Este derecho a ser oído que prevé la Convención de Derechos del Niño tiene jerarquía Constitucional (art. 75, inc. 22) y ha sido reconocido expresamente en las Leyes 26061 (art. 2°), 2748 (art. 9°), 3097 (art. 8°) y 3830 (art. 27°) y el Código Procesal

Penal (arts. 223, 225, 233, 234 bis y 234 ter).- - - - -

----- “Sobre esta participación, y aunque no se trataría, en rigor y stricto sensu, de un tema dogmático del derecho procesal penal (al menos pensado en términos \clásicos\), no podemos soslayar una referencia –mas no un tratamiento ///13.- exhaustivo- con respecto al llamado \carácter victimizador\ (victimización secundaria) que se le ha adjudicado al propio enjuiciamiento criminal, diferenciándolo en grados de la

'victimización primaria' (el daño que se deriva directamente del crimen), tal como expone Antonio Beristain (trabajo y obra citados, pág. 71).- - -

----- “En tal sentido, se ha subrayado que ‘el hecho de que frecuentemente la víctima del delito no tenga información sobre sus derechos; de que no reciba la atención jurídica correspondiente; de que sea completamente mediatizada en su problema, y de que, más aún, en muchos casos (violaciones o agresiones sexuales en general, violencia doméstica, etc.) reciba un tratamiento que le significa ahondar la afectación personal sufrida con el delito, implica que los operadores del sistema penal procesal le determinan sus condiciones de desamparo e inseguridad, con lo cual se reafirma su etiqueta de víctima’ (cfr. Bustos Ramíres y Larrauri, ‘Victimología’, citados por Pedro Bertolino, obra referida, pág. 23).- - -

----- “Por estas razones, considero oportuno citar la reunión IX de la Legislatura Provincial, 8ª sesión ordinaria, del 21 de julio de 2005, en cuanto se trató el proyecto de ley de incorporación de los arts. 234 bis y 234 ter al Libro Segundo, Título III, Capítulo IV del Código Procesal Penal: el ‘... legislador Fabián GATTI... refiere concretamente a la problemática de la declaración en sede penal de menores víctimas o testigos de delitos... Esta es una cuestión que ha motivado un amplio debate acerca de qué modo debe la misma receptarse en los ámbitos tribunales, señalando la doctrina, la inconveniencia de que los menores ///14.- comparezcan ante los estrados judiciales en idénticas condiciones que los adultos, ya que ello les acarrea consecuencias psicológicas adversas. Casi diariamente los menores víctimas y testigos de los delitos violentos son noticia en nuestro país, y nuestra provincia, naturalmente, no es ajena a tan triste realidad. Esto conlleva un doble problema: No sólo el de los delitos violentos en sí, sino el de las consecuencias que acarrea con su tratamiento actualmente en los tribunales...-

- - - -

----- “‘La doctrina que se ha encargado de estudiar el tema, manifiesta en este sentido que es imposible pasar por alto que, aún cuando se adoptaran extremados recaudos para evitar que el menor deba enfrentar situaciones apremiantes, el solo hecho de obligarlo a sentarse frente a uno o tres jueces en la instrucción, en una audiencia de debate, para que, sin tapujos, sin ningún control, describa con pormenores la pavorosa situación que por desgracia le tocara atravesar, terminaría por sufrir un efecto adverso al fin que se pretende dilucidar. Tal es así, que en la mayoría de los casos el niño habrá de inhibirse y no contará absolutamente nada de lo sucedido, o bien dejará de suministrar detalles que son importantes, relevantes, y que podrían ser de utilidad para la resolución de la causa,

o incluso hasta cambiaría su versión de los hechos, mostrándolos como inexistentes o desligando de responsabilidades a personajes de su entorno o cercanos al mismo. De igual modo, aunque se obtenga una narración precisa de todo lo acontecido, lográndose además que el menor responda con claridad cada uno de los interrogantes que en tal sentido se le formulen, ///15.- el tribunal bien podría sentirse satisfecho por aproximarse a la meta del descubrimiento de la verdad real de lo acontecido, es más, muy probablemente, también debería cargar con el compromiso de haber logrado tal empresa gracias a la producción de un evento que habría acrecentado el padecimiento de la víctima.- - - - -

----- “\Se impone con ello... redefinir el rol de la víctima... En este marco de nuevos paradigmas la resignificación de la víctima, su revalorización resulta fundamental, lo que tratamos de hacer... es evitar a los menores la sobre exposición a situaciones traumáticas y al daño psicológico que se le ocasiona cuando debe enfrentarse a un proceso judicial en el cual con el sistema actualmente imperante aparece desprotegido. Estamos... aportando nuevas herramientas que posibiliten que el interrogatorio de los menores sea en condiciones favorables y adecuadas a su madurez y al trauma de las situaciones conflictivas que han debido padecer.- - - - -

----- “\... Dice ROZANSKI, lo voy a citar: «... que, cuando se obliga a un niño abusado a sentarse ante un tribunal, se lo está silenciando y de tal modo se violan sus derechos elementales, concretamente su derecho a ser oído, es muy probable que el menor en vez de expresar todo lo que quiere decir, guarde silencio», esto lo ha escrito en un trabajo que se llama ¿Denunciar o Silenciar?. Ediciones Buenos Aires, 2003, página 129,... libro... Abuso Sexual Infantil.-

----- “\... Voy a citar expresiones del doctor GONZÁLEZ DA SILVA, un experto en la materia, que ha estudiado la reforma del Código de Procedimiento y se ha expresado, por ejemplo, ///16.- en el siguiente sentido. Dice el doctor DA SILVA: «... resulta frecuente que una niña abusada sexualmente, por vergüenza, falta de confianza o temor a destruir la convivencia familiar, no efectúe la revelación de lo sucedido a un familiar cercano (madre, tía, abuela), pudiendo darse el caso que tampoco se atreva o no posea otras personas mayores de confianza a quienes efectuarles su relato (maestra, médico, terapeuta). En tales casos es muy probable que desahogue sus aterradoras experiencias a una amiga de su misma edad. ¿Por qué entonces someter a la tan criticada maquinaria judicial... a la pobre amiga que debió oficiar de receptora de narraciones nada acordes a su etapa evolutiva, obligándolos a ambos a padecer un interrogatorio directo por parte

de un tribunal, una fiscalía o un abogado defensor».- - - - -
----- “\No alcanza con proteger al menor víctima, muchas veces hay menores que son testigos de delitos tan aberrantes, que sufren psicológicamente a un mismo nivel que quien ha sido víctima.- - - - -

----- “\... Respecto de este artículo... se ha analizado obviamente la constitucionalidad en el momento de ser sancionado a nivel nacional y respeto, sobre todo, de las garantías fundamentales previstas en la Constitución nacional respecto del imputado, su derecho a defensa en juicio, y nosotros siempre repetimos una frase, que me parece que resume claramente de qué estamos privando, en todo caso, a abogados, jueces o fiscales en el proceso con este sistema protectorio. No lo estamos privando de la facultad de interrogación, sí le estamos sacando la///17.- capacidad de intimidación, que no está garantizada en la Constitución...\’.- - - - -

----- “Asimismo, en la reunión XI de la Legislatura provincial, 10ª sesión ordinaria, del 8 de septiembre de 2005, al tratarse igual proyecto de ley, el citado legislador agregó: \’... Hemos intentado en este tema avanzar sobre la normativa nacional que rige la materia, -de la cual ya hablamos en primera vuelta- tuvimos en cuenta fundamentalmente tres ejes: Por un lado una amplia protección a menores, tanto víctimas como testigos de diversos delitos, ampliando el catálogo de delitos previstos en la norma nacional en la cual originalmente nos habíamos referenciado y hasta los 18 años de edad... Asimismo, establecemos claramente la obligatoriedad del procedimiento de protección y expresamos en la ley que sólo existe la posibilidad de ser entrevistado el menor, adolescente o niño por un especialista designado por el juez, disponiendo expresamente que la medida se realizará sin excepción en el ámbito judicial, excluyendo también expresamente la declaración en sede policial... En tercer orden y no menos importante establecemos, también de manera distintiva al régimen nacional, disposición para el caso que alguna parte solicitara seguir las alternativas del acto desde el exterior de la Cámara Gessell; en tal caso la medida se tornará obligatoria en protección al derecho de defensa de las partes, cuestión que no está reflejada de esa manera en el orden nacional. También aclaramos, en el proyecto redacción definitiva, que de todo el acto desarrollado en Cámara Gessell se debe dejar soporte audiovisual, o sea, ///18.- debe quedar una constancia de audio y video de manera tal que luego pueda ser exhibida tantas veces como sea necesario, sin necesidad de citar nuevamente al menor revictimizándolo\’.- - - - -

----- “Luego, por Ley 3995 (sancionada el 08-09-05, promulgada el 26-09-05 y

publicada en el BO N° 4346 del 29-09-05), se incorporó al Código Procesal Penal –sin perjuicio de la condición prevista en el art. 5° para entrar en vigencia- el art. 234 bis: \Cuando se trate de víctimas o testigos de los delitos tipificados en el Código Penal, Libro Segundo, Título I, Capítulos I, II, III y VI y Título III, que a la fecha en que se requiera su comparencia no hayan cumplido los dieciocho (18) años de edad, se debe seguir el siguiente procedimiento:- - - - -

----- “\a) Los menores aludidos sólo deben ser entrevistados por un psicólogo o médico psiquiatra especialistas en niños y/o adolescentes designado por el juez que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa en sede policial o por el Juez, el tribunal o las partes.- -

----- “\b) El acto se debe llevar a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor.- - - - -

----- “\c) En el plazo que el Juez disponga, el profesional actuante debe elevar un informe detallado con las conclusiones a las que arriba.- - - - -

----- “\d) A pedido de parte o si el Juez lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto serán seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se ///19.- cuente.- - - - -
- - - - -

----- “\En ese caso, previo a la iniciación del acto, el Juez debe hacer saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que deben ser canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.-

----- “\e) Del acto mencionado en el inciso d) se dejará constancia en soporte audiovisual. A dicho soporte tendrán acceso exclusivo las partes y será exhibido como prueba siempre velando por el interés superior del menor.- - - - -

----- “\Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor debe ser acompañado por el profesional que designe el Juez, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado\.- - - - -

----- “Este artículo contiene formalidades similares a las previstas en el \Protocolo indicativo para recibir el testimonio del niño abusado\ que elaboró la Federación Argentina de Colegios de Abogados.- - - - -

----- “En igual sentido, también se ha sostenido que la \propuesta para evitar la revictimización del niño radica en la recepción de un relato único, válido en todas las

instancias en que el mismo pueda ser requerido, que resista los análisis y aporte herramientas a todos los operadores, que desde uno y otro lugar deban intervenir, aún con escuchas diferentes.- - - - -

----- “\A tal fin la entrevista inicial y única a la que nos referimos, debe ser videofilmada y realizarse con la técnica del espejo unidireccional. De esta forma todos tienen acceso ///20.- a la información que brinda el niño, ocasionando el menor daño posible a la persona que ha sido objeto del abuso, optimizando además los recursos de tiempo, dinero y espacio. Por otro lado se realiza una tarea integral entre magistrados, funcionarios, empleados y peritos que son parte necesaria en el proceso.- - - - -

- - - - -
----- “\Esta modalidad de trabajo permite una mejoría de las relaciones entre las diferentes partes intervinientes en el mismo en beneficio de los niños y exige que cada profesional y funcionario mejore naturalmente su calidad de trabajo y su actitud personal debido al compromiso que implica la labor interdisciplinaria\ (Mirian Susana Alcolcel, Roxana Sandra Enríquez y Diana Rocco, en trabajo \Abuso sexual infantil intrafamiliar protección de la víctima o víctima de la protección\, publicado en XXI Encuentro Nacional de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores y Familia, 2002).- - - - -

----- “Sobre esta última labor y en relación con la entrevista, \debe tenerse en cuenta la demora previa a la recordación, ya que es otro factor que puede afectar la confiabilidad, ya que la memoria se deteriora fuertemente a lo largo de un período de dos semanas y después más gradualmente hasta dos meses de sucedido el evento... [no obstante lo cual las] distintas investigaciones confrontadas, han apoyado la opinión por la cual la recordación de un testigo infantil puede ser tan precisa como la del testigo adulto\ (Mónica Atucha, \La perceptible credibilidad de los niños como testigos\, LL 1998-B-1298/1300).- - - - - ///21.-- “Queda claro, entonces, que \[m]ucho se ha hablado sobre el abuso sexual infantil. Pero nunca lo suficiente para poder comprender las graves consecuencias y estigmas que trae aparejado ese tipo de delitos en los niños, víctimas solitarias y silenciosas\ (Gabriela Yuba, artículo citado [\Una realidad: el abuso sexual\, publicado en Victimología N° 18, 1999], pág. 213). \El menor es considerado víctima vulnerable debido a su situación de indefensión frente a la violencia. La misma, entre otras cosas, se debe a su menor desarrollo psico-físico y social, que le impiden comprender la peligrosidad del hecho y por lo tanto reaccionar ante la misma\ (Estacio A. Cremaschi e Hilda B. Herrera Reynals, \El menor víctima

en el proceso penal', en *Victimología* n° 18, 1999, pág. 184).- - - - -

----- “En este orden de ideas, la '[v]iolencia significa forzar o violar. La violencia siempre implica el uso de la fuerza para producir un daño... En todos los casos, el uso de la fuerza nos remite al concepto de poder: «En sus múltiples manifestaciones, la violencia siempre es una forma de ejercicio del poder mediante el empleo de la fuerza (ya sea física, psicológica, económica, política...) e implica la existencia de un arriba y un abajo, reales o simbólicos, que adoptan habitualmente la forma de roles complementarios...» (CORSI, Jorge, «Violencia familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social», ed. Piadós, Buenos Aires, 1994, p. 23)... Los estudios realizados indican que en la gran mayoría de los casos quien ejerce este tipo de violencia o abuso de poder es un hombre, y que las mujeres, las niñas y los niños son las principales ///22.- víctimas' (María Inés Amato, «Víctimas de la violencia, abandono y adopción», ed. La Rocca, 2006, pág. 44), lo que pone en evidencia la importancia del artículo del rito que estoy analizando.- - - - -

----- “Leandro Corti y Carlos Arietti (en «Delito contra la integridad sexual. Tratamiento en la Provincia de Formosa», publicado en *LL Litoral*, marzo de 2006, págs. 146/150), al comentar un fallo de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Formosa, del 18-05-05, sostuvieron: «La ley 1453 de la Provincia de Formosa (B. O. 21/9/2004) incorporó al código de procesal penal local los arts. 227 bis y 227 ter... [que reproducen] textualmente los arts. 250 bis y 250 ter del Código Procesal Penal de la Nación, incorporados por la ley 25.852 (Adla, LXIV-A, 105) (B.O. 8/1/2004)... [y] la ley 9197 (B. O. 15/12/2004) de la Provincia de Córdoba (Adla, LXV-A, 752) incorporó al Código Procesal Penal el art. 221 bis, cuyas líneas generales coinciden con la normativa nacional, aunque estableciendo ciertas particularidades.- - - - -

----- “'... Finalmente, como otra norma provincial también inscripta en la tendencia aludida, puede mencionarse a la ley 3995 de Río Negro (B. O. P. 29/9/2005), que incorporó al código local, entre otros, los arts. 234 bis y 234 ter. Entre sus aspectos distintivos, resalta su mayor amplitud, tanto en lo atinente a delitos como beneficiarios. Así, alcanza a los menores de 18 años (no a los de 16), sea que resulten víctimas o testigos -la norma aclara que los que hayan cumplido 16 años prestarán juramento previo al acto-. Los delitos comprendidos alcanzan no sólo a los sexuales y ///23.- las lesiones sino también a los delitos contra la vida -homicidio, aborto-, homicidio y lesiones en riña y abandono de personas. Respecto del procedimiento, se incluye al

médico psiquiatra como opción al psicólogo, para la conducción de la entrevista, y se establece la obligación de dejar constancia del acto en soporte audiovisual. A dicho soporte tendrán acceso exclusivo las partes y podrá ser exhibido como prueba siempre que el interés superior del menor lo consienta. Finalmente, la ley estableció que su entrada en vigencia quedaba supeditada a la habilitación, en cada una de las circunscripciones judiciales -como mínimo una en cada cabecera- de uno de los medios técnicos previstos para el desarrollo del acto -cámara gesell o registro de imagen y audio-\'.-----

----- “Posteriormente, los mismos autores comentan: \Del relato de los agravios de la defensa que hace el tribunal, ésta planteó la inconstitucionalidad de la ley provincial argumentando que impedía la inmediatez de la prueba y lesionaba la defensa en juicio al obstar el contralor de aquélla, estimando insuficiente la intervención de la psicóloga para asegurar aquel principio pues deben observarse los gestos, postura y tono de voz al deponer la testigo.- -----

----- “\El tribunal rechazó la postulación entendiendo que «nuestro procedimiento no excluye la posibilidad de que la defensa satisfaga el interés de su defendido preguntando y repreguntando a la supuesta víctima, aun por intermedio de una profesional en psicología»... el tribunal también consideró que «la ley 1453 orienta su contenido a brindar un ///24.- mínimo de protección a los menores víctimas de los hechos que señala, evitando victimizarlos a través de su exposición durante el proceso en el cual son destinatarios de exámenes físicos, ginecológicos, psicológicos y hasta psiquiátricos en algunos casos -muchos de ellos reiterados-, informes socio-ambientales que en muchos casos provocan una trascendencia no querida en su comunidad -especialmente la educativa-, debiendo brindar testimoniales en más de una oportunidad, evocando una y otra vez el hecho con afección a su psiquis».- -----

----- “\Asimismo, aclaró que si bien la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen que el imputado y su defensor tienen derecho a interrogar a los testigos, «aquéllos deben armonizarse con el citado art. 8 del primer tratado -que tutela de igual modo tanto a los encartados como a las víctimas- y con las ya invocadas de la Convención de los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) como clara inspiradora de la ley provincial». Tras recordar que, conforme el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, «dichos tratados no derogan parte alguna de la primera parte de la Constitución y se entienden complementarios de los derechos y garantías reconocidos», expresa que ello significa

que «no existe posibilidad de contradicción alguna entre los tratados y las normas constitucionales siendo inviable que se excluyan entre sí». Juzgó que no era viable que los derechos correspondientes al imputado tengan preeminencia por sobre los de la víctima ni que puedan recíprocamente excluirse y que, en verdad, lo que había era una «aparente///25.- contradicción».- - - - -

----- “\Finalmente, ponderó que «la Constitución es un todo sistemático y coherente cuyas partes no se destruyen sino que deben compatibilizarse», y que «observando todas las normas invocadas y armonizándolas en el proceso, tanto la víctima como el imputado deben conservar sus derechos y garantías»\.- - - - -

-
----- “En igual orden de ideas, y refiriéndose a los citados artículos del Código Procesal Penal de la Nación que son similares a los supra mencionados del código de nuestra provincia, la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en autos \Incidente...\ (Se. del 29-12-05), argumentó: \Entendemos que la inviolabilidad de la defensa en juicio debe ser resguardada y que se encuentra implícito en ella el derecho de interrogar a los testigos de cargo. «El derecho a interrogar no se limita a `hacer preguntas`, sino a cuestionar la veracidad de sus dichos, analizar sus motivaciones, su memoria; su credibilidad en suma, en caso contrarios se trataría de letra muerta. Esto también hace al debido proceso ya que contribuye en gran medida a averiguar la verdad, que es el objeto último del proceso» (BUNGE CAMPOS, Luis María, «Delatores, informantes y casos análogos», «Nueva Doctrina Penal», 1999-B, pág. 777). Ahora bien, debemos considerar si el interrogatorio se satisface con la remisión de un pliego de preguntas por parte de la defensa o debe realizarse «cara a cara», a los fines de la declaración de inconstitucionalidad solicitada. Teniendo particularmente en cuenta que nos encontramos en la etapa instructoria parcialmente///26.- contradictoria y escrita en la que la inmediación no es un elemento definitorio como sucede en el juicio. El propio código de rito contiene la respuesta, la norma introducida con posterioridad a la Constitución de 1994, el art. 250 bis del CPP, limitada a los menores de dieciséis años víctimas de delitos sexuales, establece un procedimiento particular de interrogatorio en el que no pueden ser interrogados en forma directa ni por el Tribunal o las partes, sino a través de un profesional de la salud mental y en un gabinete especial. La conclusión es clara, la defensa se garantiza mediante el interrogatorio que, en la etapa instructoria, bien puede ser realizado a través del juez, fiscal o, en los casos previstos en el art. 250 bis de un profesional actuante, con

lo que la inconstitucionalidad solicitada no prosperará' (Cita: MJJ6664).- - - - -

----- “Aun cuando se supere la etapa de instrucción, no deben olvidarse las normas y argumentos que sustentan el art. 234 bis del rito en cuanto a las formas en la declaración de víctimas y testigos menores de dieciocho años, como así tampoco el art. 8° inc. 2° letra f de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14 inc. 3° apartado c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -en los que se consagra el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos presentes en la audiencia de debate y fundamentalmente a los testigos de cargo.- - - - -

- - - - -

----- “Por ello, cobran vital importancia el art. 191 (Ley 3995), en cuanto deban considerarse definitivas e irreproducibles las declaraciones de los testigos recibidas ///27.- conforme los arts. 234 bis y 234 ter -éstos últimos por los motivos supra indicados-, el art. 353 -en \cuanto sean aplicables y no se disponga lo contrario, se observarán en el debate las reglas establecidas en el Libro Segundo sobre los medios de prueba, y lo dispuesto en el art. 197\'- y el art. 362 incs. 3° -cuando el testigo se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar- y 4° -cuando el testigo hubiera declarado de conformidad a lo dispuesto en el art. 328, referido a la instrucción suplementaria.- -

----- “Es decir, en los casos en que las declaraciones hayan sido recibidas durante la etapa de instrucción en cumplimiento de las formas previstas en el art. 234 bis, el tribunal de juicio, oportunamente, debe resolver si aquéllas pueden considerarse definitivas e irreproducibles en los términos del inc. 3 del art. 362, o si corresponde recibirlas según los arts. 328 y 362 inc. 4, o si la declaración testimonial del niño –o adolescente- se realizará en la audiencia de debate oral, siguiendo –conf. art. 353- el procedimiento del art. 234 bis, con lo que cobra aquí relevancia lo previsto en su inc. d.-

- - - - -

----- “Ello así porque \ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, la obligación del Tribunal es dar una solución que permita satisfacer las necesidades de este último del mejor modo posible para la formación de su personalidad. Esta decisión corresponde hacerla en función de las particulares circunstancias en que transcurre la vida del niño y no por remisión dogmática a fórmulas preestablecidas, generalmente asociadas a concepciones sustantivas de la vida. Esto ///28.- último, por más que parezca «de acuerdo a derecho», no lo será' (CSJN, Se. del 02-08-05, voto de los doctores Fayt, Zaffaroni y Argibay).- -

- - - - -

----- “\GROSMAN («Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las Relaciones de Familia», LL, 1993-B, 1089) señala que este interés superior del niño cumple una función correctora e integradora de las normas legales mostrando una notoria similitud con el papel reservado a la equidad como moderadora de la aplicación de la ley en el caso específico\’ (CCiv Com Trab y Minas de Catamarca, 2ª Nom., 13-04-05, publicado en LLNOA, setiembre de 2005, pág. 1091).- - - - -

----- “Concretamente, \¿puede ser una persona condenada por un delito contra la integridad sexual si la víctima no se presenta a declarar al juicio oral?\’ (conf. Carlos A. Carbonea, obra citada, pág. 140). El interrogante encuentra respuesta en lo resuelto por este Superior Tribunal en los autos \’PINILLA\’ (Se. 105/03), donde se dijo que \’... el Tribunal se ocupó de destacar que la menor había declarado ante el Juez de Instrucción y que se consideró «la legislación que protege a las víctimas, y más aún, los menores y a los niños».- - - - -

----- “\Tras ello, puede apreciarse que la Cámara convocó a la licenciada..., quien se pronunció acerca de la inconveniencia de que la menor declarara en debate. Este caso bien puede encuadrarse entonces en la excepción prevista en el inciso 3º del art. 362 C.P.P..- - - - -

----- “\Cabe recordar al respecto que este Superior Tribunal de Justicia tuvo oportunidad de pronunciarse en un sentido ///29.- concordante en la causa «BARRIGA» (Se. 102 del 27/9/00). También puede destacarse, por ejemplo, lo expresado a instancias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la Cámara Nacional de Casación Penal cuando determinó que «[r]esulta improcedente convocar nuevamente a un menor víctima de abuso sexual para que amplíe su declaración testimonial, si ésta es desaconsejada por su terapeuta por los efectos negativos que puede acarrearle, máxime cuando el menor a dispuesto testimonialmente en el proceso en tres oportunidades» (conf. C.Nac.Cas.Penal, Sala II, causa «NIESZAWSKI», del 21-11-01, L.L. Supl. Jur. Penal del 20-05-03, pág. 67)\’.- - - - -

----- “Asimismo, en la sentencia Nº 102/00, in re \’BARRIGA\’, este Cuerpo sostuvo que \’... en principio, el proceso oral se caracteriza según la regla por la cual la decisión judicial respecto de la pretensión punitiva debe estar fundada en el material probatorio proferido en el debate.- -

----- “\A su vez, el art. 362 del Código Procesal Penal establece que las declaraciones testimoniales no podrán ser suplidas, bajo pena de nulidad, por la lectura de las

recibidas durante la instrucción, salvo que se dé lo previsto en alguno de los cuatro incisos que contiene.- - -

----- “\Según fue establecido por este Tribunal en numerosas ocasiones (v.g. STJ in re «SENIOW», Se. 163/93, entre otras), estas excepciones establecen en forma taxativa en qué casos puede el tribunal apartarse del criterio general, claramente explicitado por el encabezado del artículo en cuestión.- - - - -

----- “\Siguiendo este lineamiento, se ha dicho: «... ///30.- tampoco puede ser válidamente eficaz para la motivación el acto que haya ingresado al debate ilegítimamente. Al debate sólo pueden incorporarse los actos válidos y admisibles. Es decir, los que no estén viciados de nulidad en cuanto a su forma, o inadmisibilidad en cuanto a sus requisitos de ingreso al proceso; y admisibles, en cuanto su incorporación al debate (no ya al proceso) esté consentida por la ley. El principio es que la prueba debe practicarse y producirse en el debate; sólo excepcionalmente, y en cada caso en forma expresa y taxativa, la ley permite que se introduzcan actos cumplidos fuera de él...» (de la Rúa, «El Recurso de Casación», pág. 170).- - - - -

- - - - -

----- “\En sentido concordante, Raúl Washington Ábalos ÁBALOS ha expresado, en su obra «Código Procesal Penal de la Nación» (pág. 838), que «... Siendo taxativa la enumeración del citado Art. 391 C.P.P. [nuestro art.

362] -puesto que autoriza excepciones al principio de la oralidad- su interpretación debe ser restrictiva y no extensiva, ni el precepto puede aplicarse a casos análogos. Por lo tanto, si el testimonio que se incorpora mediante lectura no es de aquellos que puede leerse en el debate, dicha incorporación es nula, dada la sanción establecida en el precepto...».- -

----- “\En este orden de ideas, sustentada la regla general mediante la cual la sentencia debe basarse únicamente en los actos del debate, como señalé supra, el código de rito, en el inciso 3 del art. 362 autoriza suplir la declaración del debate por la prestada en sede instructoria, cuando el testigo se hallare inhabilitado por cualquier causa para ///31.- hacerlo -inhabilidad de índole mental conforme Francisco J. D\Albora («Código Procesal Penal de la Nación», pág. 393).- - - - -

----- “\Como se advierte, el propio texto del Código Procesal Penal regula la situación de excepción alegada por lo que, establecida dicha causal, es posible la incorporación cuestionada.- - - - -

----- “\... En estas especiales circunstancias, sin perjuicio de reafirmar los principios

generales según los cuales la sentencia debe ser el resultado de la prueba vertida en el debate oral, entiendo que... las características especiales de la menor indican la necesidad de procurar su resguardo, por lo que no resulta desacertada la decisión del a quo de evitar una segunda declaración, ahora oral, que nada podría agregar a la primera.- - - - -

----- “\Entiendo así que «... las decisiones judiciales, cuando existan menores involucrados, debe consultar, primordialmente, su interés y estar inspiradas en lo que resulte más conveniente para su protección [...] la tutela de sus derechos debe prevalecer como factor primordial a toda relación judicial de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que ocurra en cada caso...» (CNac.Apel.CC. de la Capital Federal, Sala A, 28-05-96, en LL 1996-E, 203).- -

----- “\En tal orden de ideas, siendo válida la manifestación de la víctima, que describe en sede instructoria el hecho requerido, resulta suficiente, para el sustento de la sentencia condenatoria, la prueba indiciaria ///32.- corroborante y el peritaje psicológico mencionado que niega su posibilidad de fabulación.- - - - -

----- “\... la postura que sustento no significa desconocer el principio de la oralidad en el proceso penal. Así, es evidente que, ante la necesidad de resguardar la situación de quienes declaran, nuestro Código Procesal Penal permite que el Presidente del Tribunal, como director del debate, adopte diversas medidas en su interés -desalojo del imputado de la Sala al momento de efectuarse la declaración, acompañamiento en dicho trámite de algún familiar cercano, presencia de la Asesora de Menores, desarrollo de la audiencia «a puertas cerradas» en resguardo de la privacidad, examen en el domicilio, etc. (ver arts. 334, 357 y ccdtes. del C.P.P.- hasta agotar la posibilidad de la declaración en debate. Sin embargo, entiendo que, en este supuesto, las mismas resultan inapropiadas para quien se manifestó ante el Juez de Instrucción con las limitaciones aludidas\.- - - - -

----- “De forma concordante razonó el Supremo Tribunal Constitucional de España al resolver en la STC 195/2002, del 28-10-02 (Recurso de amparo nº 3540/98, promovido por Juan Carlos Caballero Blanco contra la Sentencia de la Sala en lo Penal del Tribunal Supremo de 02-07-98 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Primera, del 06-02-97). Al respecto, Carlos A. Carbone (obra citada, pág. 146) comenta que \la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos que hemos

clasificado en materiales (su///33.- imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de proveerse de abogado al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art....\'.-----

----- “Pero, sobre el mismo fallo, el autor citado dice que lo \relevante desde la perspectiva del derecho de defensa y de la garantía de contradicción no es que un letrado concreto haya interrogado o no al denunciante, declarante o testigo sino que se haya permitido a la defensa del acusado (con independencia de la concreta persona que en ese momento la asumiera) asistir a la declaración a fin de poder interrogar\’ (pág. 147) o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso (conf.pág. 148).-----

----- “Además, y no obstante la necesidad del imprescindible acatamiento a las exigencias procesales que deben observarse en la tramitación del debate, resulta ajustado que en las particulares circunstancias de cada causa se observe la superioridad del interés del menor afectado, imponiéndose incluso respecto de aquéllas. En rigor, se trata de una orientación que viene impuesta de antigua data por el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde ///34.- lo expresado en la célebre causa \COLALILLO\, donde decidió que \el proceso no puede ser conducido en términos estrictamente formales, pues no se trata de cumplir ritos caprichosos, sino de desarrollos de procedimientos destinados al esclarecimiento de la verdad jurídica que es su norte\’ (Fallos: 238:550, LL, 89-412; LLO), por lo que, de corresponder, se vea ratificada su preeminencia por encima del ápice formal.-----

----- “\No se pretenda entender en lo que asevero una suerte de aquiescencia o justificación a toda prescindencia del ordenamiento ritual, toda vez que de lo que se trata es de la adopción de un criterio de prelación, fundado en la jerarquía constitucional del derecho en juego, en la sustancialidad de la que está impregnada la necesidad de pronunciamiento del órgano judicial y, en definitiva, en la vitalidad del interés sometido a valoración. La cuestión a elucidar... consist[e] en la determinación de la respuesta que mejor consulte el interés superior del niño en el caso concreto. En este sentido, y sin permitir el desvío de su atención, el centro del análisis fue adjudicado al verdadero

hecho en discusión, a la sazón, la existencia de una situación de riesgo actual y cierto para el niño y, en su caso, la necesidad de conjurarla, proveyendo las medidas conducentes a ese fin' (Luis E. Kamada, obra citada, pág. 1379).- - - - -

- - - - -
----- “Otra cuestión que debe tenerse en cuenta es que el cumplimiento de los correspondientes requisitos –dependiendo de la capacidad y la edad del declarante, el delito que se imputa, etc.- previstos en los arts. 105, 125, 126, 223, ///35.-+ 225, 233, 234 bis y 234 ter de la ley ritual determinan la calificación de “prueba válida” del testimonio del niño”.- - - - -

----- La extensión de la transcripción precedente se justifica –como antes dije- en la gravedad de los hechos imputados en el sub examine, como asimismo en la delicada situación psico-física de las víctimas de este tipo de delitos, tanto más porque son niñas o adolescentes (conf. Convención de los Derechos del Niño). No hay dudas sobre la normativa que rige a las víctimas menores de dieciocho años ni sobre la plena vigencia y operatividad de la trascendente Convención sobre los Derechos del Niño, que fija su “interés superior”, ni existe divergencia doctrinaria o jurisprudencial sobre quién es la víctima en el proceso penal ni sobre cuáles son sus derechos (información, asistencia y trato digno y respetuoso).- - - - -

----- En este contexto, destaco que las declaraciones de las niñas B. Norambuena fueron tomadas previo a la entrada en vigencia de la Ley 3995. Además, cabe recordar que V. B. declaró en presencia de la Asesora de Menores, la Agente Fiscal, la psicóloga Andrea Aparicio–del Hogar “Refugio de Jesús”, donde las niñas estaban internadas-, el Juez y el Secretario (fs. 136/138); J. B. expuso ante la Asesora de Menores, la Agente Fiscal, la psicóloga Inés Usandivaras –también del Hogar “Refugio de Jesús”-, el Juez y el Secretario (fs. 150/151), y A. B. hizo lo propio ante la Asesora de Menores, la psicóloga Usandivaras, el Juez y el Secretario (fs. 154/155).- - - - - ///36.--

También quiero poner de resalto el informe presentado por la psicóloga Usandivaras, fechado el 18-03-05, donde expone su opinión técnica: “Los menores que han sufrido abuso sexual se disocian para poder sobrellevar el trauma psíquico; el abuso se guarda, se archiva de tal manera que queda borrado, suprimido de su yo que ha sido degradado, con sentimientos de suciedad, asco, vergüenza y culpa... Esto implica un empobrecimiento de toda su persona, tanto en el aprendizaje como en los vínculos, y en el desarrollo personal en todos sus aspectos... El hecho de que V. haya podido romper el secreto tanto tiempo guardado la libera de un enorme peso. [...] V. impresiona como si

tuviera cierta debilidad mental, como consecuencia de una situación de víctima-victimario que ha durado tanto tiempo; ella se pregunta si no es 'loca', el trabajo que estamos realizando es reconstruir su yo, así como su confianza en ella y en los otros; reconstruir lo que sus padres han dañado tanto física como moralmente, este último el mayor de los daños... El trabajo psicológico con las demás hermanas será similar en la medida que ellas puedan comenzar a confiar, trabajando con las fantasías y los miedos. [...] Anexo: después de dos semanas de la 'confesión' de V. y J., A. ha podido contar también 'su verdad', el padre ha sido quien ha abusado de ella. Le cuesta mucho hablar directamente de lo sucedido,... ido asumiendo el rol de cuidar de su hogar y a su papa, aunque también experimenta alivio al desembarazarse de tan pesada carga" (fs. 171/173).- - - - -

----- Entonces, en el contexto de las situaciones fáctico- ///37.- legales mencionadas, se inserta el agravio referido a la violación del derecho de defensa del imputado, puesto que "... nunca escuchó la acusación de modo directo"; es decir, ante el cuadro psicofísico de las niñas por el cual se recomendó la no-reiteración de sus declaraciones, el quejoso opone el derecho de defensa al interés superior del niño, con la pretensión de que ceda o se sacrifique este último en aras de garantizar el primero.- - - - -

----- Sin embargo, el recurrente omite el debido análisis de la Constitución Nacional y los Tratados y Convenciones de igual jerarquía, por lo que su reclamo carece andamiaje normativo. En tal orden de ideas, cito parcialmente mi voto en Se. 166/06 STJRNSP respecto de la "... la nueva visión de la dogmática penal, que en nuestro tiempo se califica de abierta, creadora, teleológica o funcional. Actualmente, el paradigma de ciencia penal ha cambiado sustancialmente y, como explica el jurista español Mir Puig, la moderna hermenéutica ha demostrado que la aplicación de la ley va más allá del puro análisis del tenor literal del texto legal: 'La letra de la ley no ofrece más que el punto de partida y el límite máximo de la interpretación de la norma'.- - - - -

----- "'Frente a esta nueva forma de ver la dogmática, se hace evidente que los razonamientos científicos y judiciales no se inician necesariamente a partir del enunciado de la ley. Por eso, el profesor español Bacigalupo explica que en realidad las cadenas argumentativas de las que se valen los dogmáticos o los jueces no comienzan en la ley positiva, en su enunciado, sino en una serie de axiomas que son el ///38.- fundamento de esa legislación. Así, la «primera fase del método no sería, por lo tanto, la reunión de las normas jurídicas que componen el objeto de la dogmática penal, sino la

selección de los principios de los que se entiende deducible el derecho vigente» (Bacigalupo, 1982-1999a: 35).-

----- “\En el orden jurisdiccional en particular, Bacigalupo indica que si el juez está vinculado con el orden jurídico, no solo el «legal», no puede prescindir, en el momento de aplicar la ley, de la significación que ésta tenga conforme a los «valores fundamentales» de aquel orden (1999b: 117). Por tanto, cuando hoy se habla de una dogmática abierta, creadora o con sentido teleológico, en realidad se expresa la apertura del saber penal a los fines, bienes y valores que están intrínsecamente vinculados con la noción de un saber práctico, no logicista, abstracto o meramente conceptual.- - - - -

----- “[...] Bacigalupo afirma que la ciencia dogmática partió históricamente de una rígida distinción entre valoración y conocimiento, que hoy ya no se puede sostener (Bacigalupo, 1999a:27). En este nuevo modo de entender la aplicación del sistema penal, Roxin advierte, de todos modos, que la tarea de concreción y valoración en la aplicación del derecho penal, no puede suplir las concepciones y finalidades previamente definidas por el legislador, ya que lo decisivo está en los principios deducibles del ordenamiento jurídico y no en las concepciones valorativas del intérprete (Roxin, 1997: §7, III)\’ (Guillermo Yacobucci, \Interpretación constitucional y legalidad penal\’, en la obra \La interpretación en la era ///39.- del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria\’, coordinada por Juan Cianciardio, ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, págs. 385/386).- - - - -

----- “Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que \la misión judicial no se agota con la sola consideración indeliberada de la letra de la ley. Es ineludible función de los jueces, en cuanto órganos de aplicación del ordenamiento jurídico vigente, determinar la versión, técnicamente elaborada, de la norma aplicable al caso\’ (Fallos, 249:37). Más aun, es propio del Tribunal revisar las resoluciones acerca de la adecuación de las normas a la Constitución Nacional (Fallos, 117:7, 137:47, entre otros). Particularmente, en los casos de reglamentación de derechos básicos o fundamentales, considera que es labor de los jueces evaluar la razonabilidad de las restricciones y exigir que éstas se encuentren debida y singularmente fundadas.- - - - -

----- “En este punto, la Corte argentina afirma que \las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones o necesidades de la comunidad, porque toda ley, por su naturaleza, tiene una visión de futuro, está

predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción. Con mayor fundamento la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria para poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempo de su sanción' (Fallos, 241:291 y 319:3241, consid. 14).- - - - - ///40.-

"\La noción de sujeción a la ley, que está en el fundamento tradicional del concepto de Estado de derecho, si bien mantiene el valor de evitar la arbitrariedad del poder, requiere hoy además la integración de los principios jurídicos con contenido material. La ley, en esta perspectiva, es solo una parte del derecho y el legislador, el juez y el dogmático necesitan una comprensión total del sistema u orden jurídico, no solo de la ley formalmente apreciada. [...Lo] explica bien Bacigalupo al señalar que la noción de Estado de derecho no está vinculada exclusivamente con los criterios de la mayoría legislativa, sino que aparece relacionada con la defensa de los derechos fundamentales. El sentido profundo de esto significa que la sola formalidad legal sin contenido material determinado no satisface los supuestos de legalidad de los que se habla (Bacigalupo, 1999c:16)'\ (Guillermo Yacobucci, ob.cit., págs. 394/395).- - - - -

- - - - -
----- "Resumiendo: los principios penales son por un lado reglas de configuración y, por el otro, fuente de interpretación e integración de carácter normativo, con un especial sentido axiológico, pues se ordenan a la realización de ciertos bienes. Se aprecia así la razón por la que Bacigalupo advierte que existe una verdadera dependencia de los sistemas dogmáticos respecto de la función social del derecho penal pero, sobre todo, respecto de una teoría de la sociedad. Al ser estos principios el punto de partida de los razonamientos, determinan, desde la consideración del fin de la vida social y su comprensión de la persona humana, buena parte de las consecuencias

///41.-operativas en la teoría del delito y la interpretación de la ley.- - - - -
- - -

----- "En ese campo, Dworkin habla de la integridad del sistema a partir de ciertos estándares de moralidad compartidos comunitariamente. En Law\'s Empire, Dworkin da respuesta al problema de la tarea judicial frente a casos difíciles, esto es, en aquellas hipótesis donde la solución de las reglas positivas no resulta satisfactoria o existe una colisión. En estas situaciones el juez recurre a los estándares de moralidad indicados, que suponen la justificación ético-política de la decisión adoptada. De esta forma, se limitan los criterios de discrecionalidad judicial, pues en todos los casos los jueces

deben responder frente al baremo ético-político representado, sólo parcialmente, por la legislación positiva que requiere su integración a los principios. Se puede hablar entonces, como lo hace Alexy, de una dimensión normativa de la dogmática jurídica que va más allá de la simple comunicación de aquello que es empíricamente constatable como derecho positivo válido.-----

----- “En consecuencia, como dice Bacigalupo, en la actualidad no hay discusión sobre la vinculación de la ley penal con los principios superiores constitucionales y supralegales –legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, ultima ratio, non bin in ídem-, pues esto ha dejado de constituir una mera opción metodológica libre del legislador o del intérprete de la ley. A la inversa, la cuestión de los principios determina la validez de los textos legales y de su aplicación.----- ///42.-- “Quizá en esta nueva etapa se observe cierta aproximación entre el Estado de derecho y el sistema de rule of law, que ciertamente no implica el abandono de los principios propios de los órdenes continentales de derecho penal, pero sí de su interpretación y aplicación.-

----- “El derecho penal de la ilustración o incluso el denominado tradicional tomaban como punto de partida la estructura del Código Penal. Hoy puede decirse que las argumentaciones de orden jurisdiccional y las científicas tienen por inicio una perspectiva constitucional. Esto supone una gran diferencia en la metodología interpretativa. No es lo mismo un código que una constitución (ver Fallos 321:2781). En definitiva, la nueva legalidad es eminentemente axiológica y está orientada por los valores constitucionales antes que por el enunciado literal de la norma penal. Es posible así referirse a un principio de juridicidad como orientador último de la interpretación constitucional en materia penal (conf. Guillermo Yacobucci, ob. cit., págs. 396/398).- -

----- “Una de las notas distintivas entre normas y principios se manifiesta en la estructura lógica de unas respecto de otros. Las normas responden a una determinada estructura lógica; la proposición jurídica está formada por un supuesto de hecho suficientemente precisado y la consecuencia jurídica con similar propósito de precisión. La norma prohíbe, obliga o faculta ciertas conductas a las que describe con satisfactoria claridad. Por el contrario, la naturaleza del principio le hace perder esa claridad y precisión. Por eso se dice que el principio es norma de ///43.- normas, ya que esa carga de generalidad le permite el recurso de su formulación breve (conf. Vigo (h), \Interpretación jurídica...\').-----

----- “Entonces, a diferencia de las normas, los principios –que suelen expresarse de una manera más general y desprovista de detalle- poseen una mayor estabilidad en los postulados que exponen. Según la doctrina, éstos pueden a su vez diferenciarse de las normas por su contenido, su origen, su capacidad explicatoria y justificatoria, su forma de aplicación, los tipos de razones que comprenden, su dificultad de identificación, su inderogabilidad, el esfuerzo interpretativo que exigen, la posibilidad de que se contradigan entre sí, su compromiso histórico, su localización en el ordenamiento jurídico, su operatividad con la lógica formal, su aporte a la completud del sistema, su falta de coactividad, su capacidad sistematizadora del derecho, etc. (conf. Rodolfo Vigo (h), ‘Teoría distintiva fuerte y teoría distintiva débil entre normas y principios jurídicos’, en ‘Interpretación...’). Ello entonces habrá de conferir al encargado de aplicar el derecho una mayor libertad al abocarse al estudio de la resolución de un conflicto particular y le permitirá alcanzar una solución ajustada a derecho –que adecue lo justo general a lo justo particular- por sobre la (aparente) rigidez de las normas del caso: ‘Cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviera ahí ///44.- presente, así lo habría declarado. Por tanto, lo equitativo es justo, y aún es mejor que cierta especie de lo justo, no mejor que lo justo en absoluto, sino mejor que el error resultante de los términos absolutos empleados por la ley. Y ésta es la naturaleza de lo equitativo: ser una rectificación de la ley en la parte en que esta es deficiente por su carácter general’ (Aristóteles, ‘Ética Nicomaquea’, Libro 5 ap. IX, Harla, México, 1990).- - - -

----- “Retomando la posición sostenida, si los principios son fuente del derecho positivo, ya fuera porque lo dirigen o porque lo integran, ¿a partir de qué momento poseerán éstos el carácter de derecho positivo –lo que no implica que se trate de normas que adquieran el carácter de tales-? Conforme señala Esser, ello se produciría ‘desde y en la medida en que han sido encarnados en una institución, por un acto constitutivo del poder legislativo, de la jurisprudencia o de la vida jurídica’ (conf. Sebastián Balbín, ‘Principios, fuentes y derecho comercial argentino’, en la obra ‘La interpretación en la era del neoconstitucionalismo...’ supra citada, págs. 408/409).- - -

----- “Desde el punto de vista de las garantías penales y los derechos humanos, el criterio último para fundamentar el ejercicio del poder penal del Estado y para legitimar las interferencias que mediante ese ejercicio se efectúen en la órbita de influencia de los

derechos reconocidos en los instrumentos de derechos humanos está expresado con claridad en el art. 32 de la Convención Americana, en el que se establece: '\1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.- - - - -
- ///45.-- "\2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática\'. - - - - -

----- "La referencia contenida en la Convención Americana a deberes de las personas para con la comunidad y la humanidad y la mención de las justas exigencias del bien común como posible fuente de delimitación de los derechos demuestra cómo también en el campo de los derechos humanos el principal desafío es articular armónicamente las exigencias de la vida en comunidad con el respeto de la persona humana, sin desmedro de ninguno de los dos aspectos. El título del citado art. 32 de la Convención expresa muy bien esto al referirse a la \correlación entre deberes y derechos\'. - - -

----- "Por su parte, la Corte Interamericana ha desarrollado el concepto de bien común en la Serie A Nº 5, OC-5/85 (del 13-11-85, párrs. 66 y 67). \De este modo puede afirmarse que la dignidad humana como fundamento de los derechos y de la obligación de respetarlos por un lado, y las necesidades de tutela de esos derechos y las exigencias del bien común como fuente de la obligación de garantizarlos y a la vez como fundamento de legítimas limitaciones de ellos por otro, constituyen la base de un poder penal ejercido de manera compatible con los derechos humanos (con mayor profundidad y rigor en su argumentación, Yacobucci concluye en que bien común político y dignidad humana constituyen los principios materiales configuradores a partir de los cuales se constituye y se explica la realidad del derecho penal, y se opera adecuadamente con él...)\' (Santiago Ottaviano,

///46.- \Garantías penales y derechos humanos\', en la obra \La interpretación en la era del neoconstitucionalismo...\'' supra citada, págs. 433 y sgtes.).- - - - -

----- "En el mismo sentido, refiriéndose a un .breve panorama de las garantías penales luego de la reforma constitucional\', Santiago Ottaviano sostiene: \Tanto en lo que respecta a las injerencias sobre derechos reconocidos, como en lo que hace al ámbito de las garantías se constata que los instrumentos internacionales dotados de jerarquía constitucional a partir de 1994 han producido un complejo esquema normativo en el que se dan las siguientes situaciones:- - - - -

----- "\a) Superposición, al menos parcial en sus alcances, entre las garantías reconocidas en los pactos y aquellas expresadas en la Constitución histórica [...].- - - -

--

----- “\b) Especificación o consagración expresa de garantías que anteriormente habían sido reconocidas por vía de interpretación o consideradas implícitas en los arts. 18 o 33 de la Constitución [...].- - - - -

----- “\c) Aparición de nuevas garantías que no estaban reconocidas como tales [...].- - - - -

----- “\d) Aparición de nuevos derechos individuales no consagrados explícitamente en los instrumentos pero extraídos de ellos por los órganos internacionales de aplicación (por ejemplo, el derecho de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos a que se investigue y sanciones a los responsables de esas violaciones, construido por la Corte Interamericana como una derivación de los artículos 8º y 25 de la Convención –Corte IDH, Serie C, nº ///47.- 75, «Barrios Altos c/ Perú»...-)\’ (obra citada, págs. 436/437).- - - - -

----- “Como quedó dicho, tras la reforma constitucional de 1994 se han mejorado las posibilidades de tutela de la persona, puesto que indudablemente se ha dado el reconocimiento de derechos y garantías que anteriormente no se tomaban en consideración (CSJN, \’ARANCIBIA CLAVEL\’, \’VIZOTTI\’, \’SIMÓN\’, \’CASAL\’).- - - - -

----- “En este desarrollo argumentativo no puede olvidarse la vinculación entre la ética y la actividad judicial, aunque no es una tesis defendida pacíficamente. Es que el derecho es inescindiblemente ético o moral (conf. Robert Alexy y Francisco Laporta), de manera que cualquier comprensión que margine esa dimensión estará condenada a hablar de un derecho sin correspondencia con la realidad jurídica o de un derecho que puede volverse groseramente contra el mismo hombre. “Esa carga ineludible ética o moral del derecho ha recibido distintos nombres: así el tradicional de «derecho natural» (dikaion physikon o ius naturae) o los más actuales de «principios» (exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moral en Dworkin), «derechos humanos o moral rights» (Nino), «bienes o valores humanos básicos» (Finnis), «umbral de injusticia o injusticia extrema» (Alexy) o «equidad» (Rawls). Pero ese «coto indisponible o vedado» (Garzón Valdés) no queda como un mero postulado teórico sino que se proyecta al campo operativo propios de los juristas de muy diversas formas: así, por ejemplo, a la hora de analizar la validez y consiguiente obligatoriedad de las normas jurídicas en tanto ///48.- aquella dimensión ética exigía no sólo comprobar la satisfacción del cumplimiento de los requisitos previstos en el sistema jurídico positivo sino también confirmar su

conformidad a ciertas exigencias «éticas o morales». La fórmula «la injusticia extrema no es derecho», propuesta por Radbruch y difundida por Alexy, resume en buena medida aquel rechazo al juridicismo y una asunción de la dimensión ética que hoy distintas corrientes pregonan respecto al derecho. Por supuesto que el Estado constitucional de derecho que sucedió al estado legal de derecho también ha contribuido decididamente a superar aquel modelo de ciencia jurídica de saber teórico cuyo paradigma eran las ciencias físico-matemáticas, y a afrontar el desafío de un saber jurídico práctico que inevitablemente apele a valores y que debe resignarse a certezas excepcionables ligadas a la prudencia y a la contingencia de los casos (Cianciardo)' (Rodolfo Luis Vigo, ob. cit., págs. 345/347).- - - - -

----- “Consecuente con lo dicho, es certero afirmar que las leyes que regulan derechos fundamentales deben ser razonables, y también debe ser razonable la interpretación que se hace de ellas. Lo primero es exigido por el art. 28 de la Constitución Nacional, según la interpretación que ha hecho de él la Corte Suprema. Se trata de una exigencia, por otro lado, ampliamente extendida en el derecho comparado de los derechos humanos. La exigencia de razonabilidad en la interpretación proviene, en cambio, sólo de la jurisprudencia constitucional (son numerosísimos los fallos en los que se descalifican sentencias que interpretan de modo irrazonable las normas aplicables al caso o los hechos ///49.- que le dieron lugar).- - - - -

----- “Sobre el requisito de la razonabilidad de la interpretación, se advierte que '[e]l quid del problema reside entonces en optar por una interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley que se desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos o por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos' (Fallos, 302:1284 (1980), voto de los jueces Gabrielli y Rossi, consid. 6). Así, es útil retener que '[n]o debe prescindirse de las consecuencias de cada criterio que utilice y prefiere la labor interpretativa; pues... [las consecuencias] constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma' (CSJN in re 'SIGRA SRL', LL 1998-A, pág. 336, consid. 12; conf. Juan Cianciardo, 'Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad', en la obra 'La interpretación en la era del neoconstitucionalismo...' supra citada, págs. 21 y sgtes.).-

----- “Ello conlleva concebir el derecho como una práctica colectiva, o como el

resultado de una práctica colectiva, pues parece un punto de partida acertado para su comprensión. En primer lugar, porque sitúa al intérprete en la pregunta inicial correcta. En segundo orden, porque la correcta situación del intérprete en esta pregunta inicial permite explicitar, sin ningún tipo de tapujos

///50.- pseudocientíficos, sus propias e inevitables valoraciones.- - - - -
- - - - -

----- “\Comenzando por lo primero, si el fenómeno que denominamos «Derecho» se concibe como una práctica, la pregunta que debería formularse cualquier intérprete –interno o externo- no es tanto «qué», sino «para qué» (conf. Cotta). El motivo es simple: la naturaleza finalista del obrar libre determina que cuando nos enfrentamos a obras humanas, individuales o colectivas, su comprensión exige que nos preguntemos por las razones o los fines del obrar, y no exclusivamente por su morfología extrínseca. El análisis extrínseco es sin duda necesario, pero no suficiente. Es, como bien lo describe Dworkin, un estudio «preinterpretativo» que sirve, a lo sumo, para deslindar muy provisoriamente cuál es el campo de actividades que pretendemos comprender. Muy provisoriamente porque, una vez hallada alguna respuesta, este campo se ampliará o se restringirá pero en cualquier caso modificará sus confines.-

----- “\Pues bien; también acierta Dworkin... al calificar en el estadio «preinterpretativo» a esta práctica como «colectiva» y como «creativa y constructiva». En efecto, las exigencias prácticas o mandatos que englobamos en el término «Derecho» emanan o surgen de una práctica colectiva en la que intervienen diversos actores con roles complementarios, definidos a su vez por otras exigencias o mandatos jurídicos... [Por último,] insiste Dworkin en que el Derecho es, sobre todo, una práctica moral, una práctica donde los participantes ponen en juego, cada vez que interpretan sus exigencias, una concepción acerca de lo que es tratar ///51.- dignamente a las personas, y de cómo la práctica jurídica de la que practican ha concretizado a lo largo de su historia los requerimientos prácticos de la dignidad\ (María del Pilar Zambrano, ‘El liberalismo político y la interpretación constitucional’, en la obra ‘La interpretación en la era del neoconstitucionalismo...’ supra citada, págs. 93/96).- - - - -

- -

----- “Lo anterior fuerza a decir que ‘los derechos coexisten, no conforman una mera yuxtaposición (Ollero; Cotta). Más aún, ni siquiera es que, como señalaba Jean Dabin, los derechos se tengan frente al Estado o frente a los demás, y no contra ellos (Bidart Campos), sino que, en rigor, se tienen con los demás y en la comunidad que cada titular

de derechos habita... [Es decir] que, desde el punto de vista de la teoría jurídica de los derechos fundamentales no constituye una buena técnica establecer o realizar limitaciones, jerarquías y balances que prioricen un derecho fundamental sobre otro. Por ello, para resolver los conflictos, los jueces deben determinar el modo de armonizar los dos derechos aparentemente en pugna, cuidando que el ejercicio legítimo de ninguno de ellos sea destruido por el otro y buscando en cada litigio el mejor ajustamiento posible de los bienes en juego\'' (Pedro Serna y Fernando Toller, \La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos\'', ed. La Ley, 2000, págs. 39/40).- - - - -

----- “Por tanto, la primera pauta hermenéutica para resolver los conflictos será distinguir entre derechos fundamentales y normas de derecho fundamental y buscar la //52.- armonización en el nivel de los derechos, no de las meras normas. Dicho de otro modo, se tratará de superar –en los casos de conflicto- la interpretación literal de las normas iusfundamentales, dando entrada a los derechos por vía de una interpretación dirigida al fundamento de la norma, concretamente de una interpretación teleológica y sistemática. Esta interpretación, aplicada a los derechos fundamentales, es lo que habitualmente se conoce como determinación del contenido esencial del derecho. Se trata, pues, de buscar las formas de compatibilidad que respeten el núcleo esencial de cada uno de los derechos, solucionando del modo más ajustado posible la controversia y evitando que se vea frustrado el ejercicio legítimo de alguno de ellos.-

----- “Pedro Serna y Fernando Toller (ob. cit., pág. 41) continúan diciendo que la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina se sitúa en esta dirección. Así, por ejemplo, en \SA DAVID HOGG Y CÍA.\'' (Fallos 242:353, 363 (1958)), ha sostenido que \cualquiera sea el alcance que se atribuye a la incorporación del derecho de huelga en la Constitución, es obvio que esta incorporación deja en salvo y no simplemente aniquila los demás derechos y garantías que la Ley Suprema asegura a todos los habitantes del país. Que, recíprocamente, corresponde añadir que los demás derechos y garantías individuales deben ser interpretados también de manera que no hagan prácticamente ineficaz el derecho de huelga\'. En \MORANO\'' (Fallos 251:86 (1961), cons. 2), la Corte sostuvo la obligación de \rechazar toda interpretación de la que resulte que un derecho de base constitucional

–para tener vigencia- requiere, inevitablemente, la

//53.- sustancial aniquilación de otro (doctrina de fallos 242:353, p. 363). De donde se sigue que, siempre que en una contienda judicial se contrapongan garantías

constitucionales de naturaleza procesal –en el caso, acción de amparo y derecho de defensa, arts. 33 y 18 de la Constitución- es deber primario de los jueces asegurar el coordinado ejercicio de ellas, de modo que cada una se realice debidamente, sin sufrir restricciones que la alteren o degraden\'. Por su parte, en \'SCHOKLENDER\' (Fallos 311:1438 (1988), cons. 6), el tribunal afirmó que ningún derecho constitucional \'puede esgrimirse y actuar aisladamente, porque todos forman un completo de operatividad concertada, de manera que el estado de derecho existe cuando ninguno resulta sacrificado para que otro permanezca (Fallos 256:241; 258:267; 259:403)\'. En esa misma sentencia la Corte también dijo que \'el ejercicio del derecho de defensa no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas\' (cons. 8).- - - - -

----- “Siguiendo a los autores citados, determinar el contenido esencial es mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional; es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable. \'Identificamos, pues, contenido esencial con contenido del derecho, prescindiendo de núcleos duros y periferias disponibles, e introducimos el requisito del ajustamiento como parte del proceso de determinación del ///54.- contenido esencial\' (págs. 42 y 47).- - - - -

----- “\'Una interpretación jurisdiccional que invariablemente postergue un derecho como consecuencia de la jerarquización apriorística o de la jerarquización ad casum que llamamos balance o ponderación, tiene como resultado, en definitiva, jerarquizar y postergar a los sujetos de derecho, a las personas que son sus titulares. Se vulnera así la más elemental noción de igualdad. [...] Esta es, en definitiva, la razón por la que, en caso de un supuesto conflicto, la primera regla es que el derecho de un sujeto no puede ser ejercido a costa del derecho o los derechos de otro, y la segunda es que los derechos constitucionales obligan a correlaciones armonizantes y a concordancias dentro de la unidad integral y coherente de la Constitución\' (Pedro Serna y Fernando Toller, ob. cit., págs. 94/95).- - -

----- “En definitiva, se impone la \'armonización de derechos\' porque las tesis del tipo \'cuando dos derechos se enfrentan, uno de ellos debe ceder o ser sacrificado en aras del jerárquicamente superior\', o \'hay que efectuar la adecuada ponderación o balance que permita determinar cuál de ellos debe prevalecer\', adolecen de un notable déficit desde el punto de vista de las exigencias de la democracia, el constitucionalismo, la teoría

jurídica de los derechos fundamentales y la sensibilidad política determinada por los valores ascendentes en las sociedades de nuestra época (conf. Serna y Toller, ob. cit., pág. 105)”.- - - - -

----- Aplicando estas ideas y principios, entiendo que, en el caso concreto, el conflicto que se presenta entre el interés de las víctimas menores y el derecho de defensa del ///55.- imputado (que pretende “escuchar directamente de las niñas” y eventualmente formular alguna pregunta) encuentra solución en la incorporación legal de las declaraciones testimoniales prestadas en instrucción que se realizó en la audiencia de debate.- - - - -

----- Ello así porque fueron recibidas en conformidad con la normativa vigente, en presencia de una psicóloga y, además, su validez no fue cuestionada con argumentos serios, concretos y razonados, fundados en el derecho, la doctrina, la jurisprudencia y la ciencia aplicables. Resalto también que, ante el cuadro psico-físico de las menores -que no fue discutido-, el recurrente no mencionó por qué se violó su derecho de defensa al no escuchar directamente a las niñas o de qué forma habría ejercido tal derecho (por ejemplo, qué preguntas habría hecho a las víctimas).- - - - -

----- En síntesis, el interés superior del niño llevó a la decisión de no convocar a las víctimas a declarar en la audiencia de debate, pero ello en modo alguno causó un perjuicio o violentó el derecho de defensa, porque, frente a la hipotética declaración –cualquiera hubiera sido su contenido-, podría haberse aplicado el art. 362, inc. 2º ó 3º, del rito, por la situación de las menores.- - - - -

----- Por otra parte, no se afectó el derecho de defensa en función de que los sucesivos letrados intervinieron activamente en el proceso y tuvieron oportunidad de ejercer ampliamente su ministerio con los testigos que declararon en debate (médicos forenses, psicólogas, etc., quienes dictaminaron respecto de la situación psico-física de las menores y sobre lo que ellas les relataron en cuanto a la ///56.- autoría de los abusos), lo que -por supuesto- no debe confundirse con la casi exclusiva pretensión de que las niñas declaren ante la defensa o que ésta les pueda formular preguntas que, por otra parte, nunca especificó.- - - - -

----- No obstan a lo anterior “los arts. 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, [según los cuales] 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 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)" (Se. 3/07 STJRNSP).- - - - -

----- Adviértase que en estos autos las declaraciones que las menores prestaron en instrucción no fueron consideradas esenciales ni decisivas por el tribunal oral, sino que ///57.- fueron valoradas como indiciarias junto con las restantes colectadas. Por lo tanto, la alegada violación del derecho de defensa deviene abstracta y carente de interés jurídico, puesto que, después de una supresión mental hipotética de esas testimoniales, la sentencia condenatoria tendría igualmente sustento en elementos de juicio suficientes y válidos, en virtud de que aquéllas no son dirimientes en sí mismas, sino que forman parte del cúmulo de la prueba cargosa.- - - - -

----- Esto último concuerda con el oportuno sobreseimiento dispuesto a favor de Héctor Obreke por el Juez de Instrucción (ver infra), aun cuando las menores lo sindicaban como autor material de los abusos, lo que demuestra que en ninguna etapa del proceso las declaraciones de las víctimas fueron consideradas esenciales.- - - - -

----- A lo anterior se suma que la defensa tampoco argumenta ni demuestra la esencialidad de las testimoniales que impugna, de modo que la problemática que introduce no tiene -en el caso- la consecuencia procesal nulificatoria que ella pretende, pues la determinación de la materialidad y la autoría delictivas, conforme lo desarrolló el juzgador, se obtuvo a partir del análisis de los elementos probatorios ventilados en el debate. Así, la sentencia cuenta con argumentos adecuados, fundados en datos o circunstancias útiles provenientes de medios de prueba válidos e incorporados de acuerdo con el código de forma.- - - - -

----- En este sentido, cabe consignar que la materialidad delictiva se encuentra acreditada con los informes del médico forense doctor Leonardo Saccomanno, ratificados en ///58.- debate, tal como consta en la sentencia; este profesional, en función de la revisión de las menores, señaló su criterio de que éstas habían tenido

experiencia sexual por años, y habitual en el caso de la mayor (fs. 64). Dicha materialidad es corroborada asimismo por el informe victimológico de las cuatro menores (fs. 19/24 del expte. Ppal.), que concluye en recomendar internación de las menores por maltrato infantil grave, alto riesgo, negligencia, abandono y abuso sexual infantil; de este informe, el sentenciante destaca la afirmación de “que debe ser muy importante y cercana la relación con el abusador o abusadores, dado que no pueden nombrarlo y lo siguen salvando, guardando el secreto” (fs. 66).- - - - -

----- A estas medidas se suma el informe de la Licenciada Usandivaras, psicóloga que trabajó en el Hogar Refugio de Jesús con las tres hermanas mayores, que precisa que las niñas “pudieron contar la verdad \que individualizaba a su progenitor como el autor de los abusos sexuales\” (fs. 66/67). La profesional declaró luego en debate, donde narró cómo las víctimas fueron contando en el Hogar, “con vergüenza, asco y mucha culpa”, la situación que estaban viviendo. Respecto de este testimonio, el fallo destaca que “[e]n todos los casos se habla de penetración y en todos ellos también, a criterio de la testigo se ha producido un trauma psíquico importantísimo” (fs. 64).- - - - -

----- Notable es la importancia de este testimonio porque los relatos de las víctimas han sido despojados de toda “sospecha”, en virtud de que surgieron después de las particulares circunstancias que motivaron la fuga de las ///59.- niñas del Hogar Refugio de Jesús, como así también de sus cambios y comportamientos posteriores a la internación en él, dada la relación familiar con el imputado. En este contexto, destaco que “la declaración de la psicóloga tratante de la menor... es un \[t]estigo técnico... (y) puede no sólo relatar lo que ha caído bajo la percepción de sus sentidos, sino también adicionarle sus conceptos personales sobre los extremos técnicos o científicos referidos al mismo\”, Eduardo M. Jauchen, \La Prueba en Materia Penal\, p. 110” (Se. 88/04 STJRNSP).- - -

----- Además, es dable agregar el indicio de oportunidad física (“La circunstancia de que las nenas de corta edad no salieran nunca de su casa y carecieran de vida social, circunscriben los actos abusivos con exclusividad al ámbito del hogar familiar” –fs. 67-) y otro de mala justificación, atento a que las explicaciones del padre son contradichas por el resto de la prueba (“Las excusas vertidas defensivamente carecen de toda trascendencia y la tesis conspirativa carece del más mínimo sustento” –fs. 67-).- - -

----- De tal modo, la materialidad y la autoría establecidas son plenamente contestes con los hechos relatados; siempre fue sospechoso J. H. B. Yáñez, hasta que pasó a ser imputado como el responsable de los ilícitos, y no surgen motivos para presumir la

mendacidad en la atribución de la autoría o alguna irregularidad en la forma en que se develó la identidad del victimario.- - - - -

----- En razón de lo anterior, adelanto que también he de desechar el siguiente motivo de agravio, no obstante lo cual paso a analizar los argumentos impugnativos, planteados como ///60.- subsidiarios en el recurso de casación.- - - - -

-----5.2.- Mala interpretación de la prueba:- - - - -

----- El recurrente afirma que de los testimonios de las menores tomados en sede instructoria surgen contradicciones y diferencias tales que las tiñen de no ser reales. En este sentido, sostiene que hay “dos ‘baterías’ de declaraciones: una primera etapa fs. 86/93 donde las menores unánimemente declaran como responsable de los abusos a un tal Francisco que vive en Chile. También hablan de abusador respecto de un tal Héctor Obreke que vive al lado de la casa de las declarantes. Nunca hablan de su padre” (fs. 36). Luego, manifiesta: “Esta defensa pregunta: ¿Cómo saber que mienten respecto de Obreke, de Francisco y de David y no respecto del padre o viceversa? En los relatos se evidencian más detalles en las declaraciones que vinculan a Obreke de las que vinculan al padre” (fs. 37).- - - - -

----- Este agravio puede ser desechado con base en la resolución por la cual se sobreseyó definitivamente a Héctor Obreke (fs. 121/128 expte.ppal.), en la segunda declaración judicial de V. B. (fs. 136/138) y en la sentencia N° 26/06, que condenó a J. H. B. Y.- - - - -

----- En la resolución N° 103/04, del 26-05-04, el Juez de Instrucción argumentó: “... pasando al análisis del cuadro cargoso expuesto, entiendo que no quedan dudas en cuanto a que las menores fueron abusadas sexualmente, extremo debidamente acreditado con el informe del médico forense el que da cuenta que las mismas han mantenido relaciones sexuales en forma frecuentes. [...] Por el contrario, dicho ///61.- material no es suficiente como para responsabilizar al imputado por los hechos que se le atribuyen. Al respecto, nótese que sólo se cuenta con los dichos de las menores, probablemente inducidas por la madre, los que no se condicen con los informes técnicos emitidos por los profesionales que los practicaron; quienes incluso luego de escuchar los relatos que incriminan al imputado tampoco se pronunciaron al respecto, pudiendo inferirse que no ha variado el cuadro de situación que venían sosteniendo a esa fecha en cuanto a que el vínculo con el abusador era muy cercano, familiar. [...] En efecto, de los informes confeccionados por los profesionales técnicos que trabajaron con las menores y su grupo familiar se desprende que la relación de las niñas con el abusador era muy

importante y cercana, incluso podría tratarse de un abuso sexual intrafamiliar. Ello por la forma en que durante varios meses no develaron la identidad del victimario a pesar del gran deseo, por lo menos al inicio de la investigación, de regresar a su hogar. Extremo que evidencia la importancia para las niñas de guardar el secreto a fin de proteger a alguien muy allegado a sus afectos, e incluso más importante que su propio bienestar, que evidentemente no se trataría del imputado [Héctor Obreke] al que todo el grupo familiar hace referencia como a una persona con la que las unía una simple relación de vecindad y concurrencia al mismo culto. [...] Por su parte, los padres ante la Licenciada Chena... manifestaron no creer en lo sucedido y que de existir lesiones seguramente se las produjeron las propias niñas jugando, manoseándose entre ellas o secándose en el baño. Refieren que es imposible que ///62.- alguien les haya hecho algo ya que ellos no tienen amigos y que no salen de su casa. Incluso la progenitora manifestó nunca perderlas de vista con la siguientes expresión: '\... de mis ojos yo las vea\' y el padre expresando \'somos una familia atípica\' e insistiendo en que no tienen amigos y que no les gusta que sus hijas los tengan. Asumiendo así, una actitud similar a sus hijas en cuanto a no querer revelar datos que permitan individualizar al responsable de lo sucedido lo que lleva a pensar que se trataría de alguien muy cercano al grupo familiar. [...] Durante dicha entrevista y a lo largo de los días de internación, fue notorio la actitud de la progenitora de no querer dejar solas a sus hijas con los profesionales que las supervisaban. En tanto A. realizaba señas a sus hermanas para que guarden silencio. Así también, la profesional nombrada señala que los progenitores en algunos momentos presionados por las evidencias buscan culpabilizar a alguien con el convencimiento de que con ello se resolvería la situación de internación y que las menores regresarían a su casa y es así, a criterio del suscripto, lo que han perseguido con la denuncia que formulara la progenitora y a raíz de la cual se recibieran los testimonios a las menores en los que responsabilizan entre otros al imputado de autos con el cual conforme las constancias de autos no las uniría un vínculo íntimo como al que hacen referencia los profesionales intervinientes” (fs. 126/127).- - - - -

----- Observo además que “en agosto de 2003,

la Lic. Andrea Aparicio informa que las niñas no pueden expresar todo lo que les ha sucedido pues '\en ellas opera de manera muy ///63.- marcada como mecanismo de defensa la protección, lo que hace que se limiten al hablar protegiendo así a los supuestos abusadores. Entre ellas y sus padres manejan de forma concreta la información que las hermanas van a dar en cada entrevista psicológica\'”. Asimismo,

obran dos informes sociales, “el primero de ellos elaborado a más de un año de iniciada la presente causa [08-11-02], en el que además de reiterarse todos los conceptos ya reseñados sobre la actitud asumida por B. y su mujer, se agrega: ‘Resulta evidente la existencia de un pacto implícito, a través del cual se deja a las niñas la responsabilidad de salvar a la familia’; y el segundo, de enero [de 2005], en el que se mantienen las condiciones verificadas desde un comienzo” (requisitoria de elevación a juicio, fs. 283, que cita el expediente en trámite ante el Juzgado de Familia, leída en la apertura del debate oral a fs. 395).- - - - -

----- Por su parte, frente a preguntas de la Asesora de Menores, en su declaración en debate V. B. “sostiene que su hermana A. tiene un muy fuerte carácter y es más madura que la dicente, y que fue ella quien de algún modo estableció la estrategia de no contar la identidad de quien era el autor de los abusos del caso” (fs. 138).- - - - -

----- Finalmente, en la sentencia de condena se concluyó que B. Y. fue el autor material de los abusos, a partir de una inferencia que tuvo corroboración unívoca en la valoración del conjunto de los diversos elementos probatorios, conclusión que se ha fundado en un razonamiento cuya exposición se ubica dentro de los parámetros de la ///64.- lógica, la experiencia y la psicología.- - - -

----- Entre los medios probatorios mencionados, cabe destacar las declaraciones testimoniales de las menores –no esenciales-, del psicólogo forense Oscar Benítez, del médico forense Leonardo Saccomanno, de la psicóloga Usandivaras, del pastor Ceballos -encargado del Hogar Refugio de Jesús-, de la trabajadora social Valeria Pasarelli y de la señora Ruth Martel; la denuncia de fs. 1; el peritaje médico forense de fs. 8/9; el informe victimológico de fs. 19/24 y el informe de la licenciada Usandivaras. También se valoró el acto material de defensa del imputado -la indagatoria-, en virtud de que sus manifestaciones en la audiencia de debate, hechas ante el Tribunal y en presencia de su defensor, pueden ser usadas en su contra (conf. art. 22 C. Prov., y Se. 242/04, 29/05, 157/05 y 24/06 STJRNSP).- - - -

----- El tribunal inferior valoró esta prueba con sujeción a las reglas de la sana crítica racional -aun cuando se mantenga en la esfera de lo opinable- y demostró la materialidad y la autoría responsable del encartado por los hechos reprochados. De tal modo, “la sentencia expone diferentes medios probatorios que revelan un importante grado de relación con la denuncia referida [... T]al vínculo es contingente -por oposición a necesario-; cada uno de ellos sólo torna meramente verosímil o probable el hecho

indicado, pero es propio de la prueba de indicios que éstos no deben ser individualmente considerados, pues es su consideración conjunta la que impone una inferencia presuncional. Para poder cuestionar la fundamentación de una sentencia sustentada en la prueba de indicios es necesario ///65.- el análisis en conjunto de todos los indicios valorados y no en forma separada o fragmentaria ya que es probable que los indicios individualmente considerados sean ambivalentes, imponiéndose su análisis en conjunto, a los efectos de verificar que no sean equívocos, esto es que todos reunidos no puedan conducir a conclusiones diversas” (Se. 29/05 y 204/06 STJRNSP, entre otras).- - - - -

- -

-----5.3.- He dejado para el final las restantes impugnaciones, puesto que carecen absolutamente de argumentos serios, concretos y razonados:- - - - -

-----a) Planteo de nulidad de fs. 139 y 140 del expediente principal:- - - - -

- - - - -

----- La defensa alega que “a fs. 139 se deja constancia por secretaría en instrucción que se ordenó judicialmente grabar la declaración de las menores... la filmación y grabación ordenada por el juez se hizo pero por un problema técnico no quedó registrada (acta de fs. 139). Por lo tanto la forma en que se extrajo la declaración es nula. Esto trae aparejada la nulidad del acto y por ende de todo el proceso ya que esta primer declaración fue el hilo conductor de todo el juicio” (fs. 81).- - - - -

- -

----- Ya dije precedentemente que el art. 234 bis del Código Procesal Penal no estaba vigente, por lo que cabe desestimar la pretendida nulidad por ausencia de grabación y filmación en tanto no se advierte ni demuestra irregularidad alguna en el acto procesal.- - - - -

----- Por otra parte, el recurrente sostiene que “surge a partir del acta de fs. 140 en el que increíblemente los asistentes a una 'reunión' en sede del tribunal, dejan ///66.- constancia de proceder a inducir los testimonios futuros. El acta de fs. 140 dice textualmente: 'Certifico: que en el día de la fecha siendo las 18 hs. se mantuvo una reunión en sede del tribunal de la cual participaron además del Sr. Juez, el Pastor Ceballos, la Sra. Asesora de Menores e incapaces, Dra. Ana María Fernández Irungaray y la Actuaría. Durante dicho marco se trazó una estrategia de acción que contempla la posibilidad de que V. logre comunicar a sus hermanas lo declarado durante la instrucción verificando la reacción de aquellas e ir simultáneamente allanando el camino para que A. y M. B. comparezcan por ante el Tribunal a prestar declaración

testimonial. San Carlos de Bariloche, 9 de febrero de 2005\” (fs. 82).- - - - -

----- La defensa se agravia por la metodología acordada entre la psicóloga, el encargado del Hogar, la Asesora de Menores y el Juez para posibilitar la declaración de las otras dos niñas abusadas por su padre. Sin embargo, no se advierte en concreto cuál es la impugnación, pues no fundamenta ni técnica ni científicamente que se haya actuado irregularmente. En cuanto a que el Código Procesal Penal no dice que se realicen reuniones, se tracen estrategias, se contemplen acciones o se allanen caminos para que una víctima declare (fs. 82), la parte desatiende tanto el art. 197 del rito como los fundamentos científicos (pues la revelación del abuso sexual por parte del niño no es un hecho que surge repentinamente en un momento determinado, sino que es fruto de un proceso en el que existen etapas) y el “interés superior del niño” (conf. CDN; art. 75 inc. 22 ///67.- C.Nac.).- - - - -

-----b) Los recurrentes también aducen que los profesionales que atendieron a las menores no son especialistas en niños y/o adolescentes y “por lo tanto los dictámenes acompañados por los peritos intervinientes no tienen el rigor científico que requiere el proceso y que la ley establece como obligatorio” (fs. 76).- - - - -

----- En este punto, reitero que el artículo referido no estaba vigente. Por otra parte, observo que el agravio se ha expuesto sin un solo argumento científico o legal y descalifica el trabajo de los profesionales sin ningún motivo atendible.- - - - -

-----6.- En consecuencia, los motivos casatorios carecen de entidad para viabilizar el remedio de hecho en tratamiento, lo que obsta a su progreso, pues corresponde a una mejor administración de justicia negar la instancia a aquellos recursos que manifiestamente no puedan prosperar.- - - - -

-----7.- Por las razones que anteceden, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de queja interpuesto a fs. 44/51 de las presentes actuaciones, con costas, y, atento a que ha sido revisada en forma integral, confirmar en todas sus partes la sentencia impugnada. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - -

----- Adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- El señor Juez doctor Luis A. Lutz dijo:- - - - -

----- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación, me abstengo de ///68.- 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: Rechazar el recurso de queja interpuesto a fs.

----- 44/51 de las presentes actuaciones por los doctores Leonardo Sebastián Pacheco y Jorge Alejandro Pschunder en representación de J. H. B. Y., con costas, y, atento a que ha sido revisada en forma integral, confirmar en todas sus partes la sentencia definitiva N° 26 dictada por la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche en fecha 16 de mayo de 2006.- - - - - Segundo: Registrar, notificar y, oportunamente, archivar.

ANTE MÍ:

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 3

SENTENCIA: 47

FOLIOS: 555/622

SECRETARÍA: 2