

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 24822/10 STJ

SENTENCIA Nº: 115

PROCESADO: LL.R. H.

DELITO: ABUSO SEXUAL SIMPLE REITERADO

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 30/08/11

FIRMANTES: BALLADINI – SODERO NIEVAS – CERDERA (SUBROGANTE)

///MA, de agosto de 2011.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Alberto Ítalo Balladini, Víctor Hugo Soderó Nievas y Francisco Antonio Cerdera –por subrogancia-, con la presidencia del primero y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “LL.R., H. s/Abuso sexual simple reiterado (dos hechos) y coacción agravada por el uso de armas s/Casación” (Exppte.Nº 24822/10 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal, con el planteo de la siguiente:- - -

CUESTIÓN

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

VOTACIÓN

Los señores Jueces doctores Alberto Ítalo Balladini y Víctor Hugo Soderó Nievas dijeron:- - - - -

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

-----1.1.- Mediante Sentencia Nº 24 del 13 de mayo de 2010, y su aclaratoria de fecha 26 de igual mes y año, la Cámara Segunda en lo Criminal de la IIª Circunscripción Judicial resolvió 1º) no hacer lugar a la nulidad de las declaraciones de los menores víctimas recibidas con el sistema de cámara Gesell planteada por la defensa; 2º) declarar improcedente la acusación formulada por la señora Defensora de Menores, y 3º)

condenar a H.L.L.R., como autor material y responsable del delito de abuso sexual simple reiterado (dos hechos), a la pena de un año y seis

///2.- meses de prisión, de ejecución condicional, con costas, con imposición de reglas de conducta estipuladas en los considerandos bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de revocar la condicionalidad de la pena (arts. 119 primer párrafo, 55, 26, 29 inc. 3º y 27 bis C.P.).- - - - -

-----1.2.- Contra lo así decidido, la señora Defensora de Menores en representación de las víctimas y el defensor particular de H.L.L.R. dedujeron sendos recursos de casación, que fueron declarados admisibles por el tribunal de grado inferior.- - - - -

- -

-----1.3.- Por Auto Interlocutorio N° 33/11 STJRNSP, se resolvió declarar formalmente inadmisibile el recurso de casación deducido por la señora Defensora de Menores e Incapaces y formalmente admisible el recurso interpuesto a fs. 364/377 de las presentes actuaciones por el doctor Jorge O. Crespo en representación de H.L.L.R..- - -

-----1.4.- Realizada la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del código adjetivo con la asistencia de la señora Defensora General doctora María Rita Custet Llambí en representación de los menores víctimas y la señora Fiscal General subrogante doctora Adriana C. Zaratiegui, los autos han quedado en condiciones para la decisión definitiva.- - -

-----2.- Recurso de casación del doctor Jorge O. Crespo en representación del imputado H.L.L.R.: - - - - -

----- Sostiene que la sentencia vulneró severamente los principios que emergen del art. 18 de la Constitución Nacional, ya que se basó en razonamientos que van en contra de los más elementales principios que deberían haberse

///3.- considerado.- - - - -

----- Reseña constancias de la causa en relación con las cámaras Gesell realizadas en autos y afirma que “al momento de suceder en el expediente el acto principal de cargo, esto es el desarrollo de los testimonios de los menores (fs. 23/24), únicos testigos de los hechos requeridos, no contó con la presencia en el acto de su defensor y lo que es peor en momento alguno el Sr. L.L.R. fue notificado personalmente de la realización de estos testimonios, violentándosele el derecho de estar presente en esos interrogatorios y por supuesto el derecho de contradecir a los mismos” (fs. 373). En apoyo de su postura, cita la Se. 212/09 STJRNSP.- - - - -

----- Agrega que la sentencia basa su conclusión definitiva en prueba que fue obtenida

en un acto nulo, en tanto considera que la incorporación de esta prueba y su posterior valoración le estaba vedada al Tribunal, por lo que el razonamiento efectuado por los jueces para condenar a LL.R. peca de arbitrario y a la postre el fallo condenatorio incurre en nulidad.- - - - -

----- Refiere que la afectación de las garantías constitucionales invocadas revela la errónea aplicación de la ley sustantiva y procesal, según lo estipulan los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 14 puntos 1 y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 puntos 1 y 2 inciso h) del Pacto de San José de Costa Rica.-

-----3.- Contestación de la señora Fiscal General subrogante doctora Adriana C. Zaratiegui:- - - - -

----- La representante del Ministerio Público Fiscal en esta ///4.- instancia alega que, teniendo conocimiento del precedente “I.”, hay consideraciones demostrativas de que no es aplicable al caso. Entiende que en autos no se ha violado el derecho de defensa y señala que el doctor Crespo se hizo cargo de la causa horas después de la realización de la cámara Gesell y no hizo ningún planteo durante la instrucción.- - - - -
- - - - -

----- Afirma asimismo que en materia de nulidades procesales rige el principio de interpretación restrictiva y que, para que prospere la declaración de nulidad, se requiere la existencia de un perjuicio concreto.- - - - -

----- Agrega que no se ha dado la vulneración de las garantías constitucionales denunciadas por la posibilidad de reeditar las declaraciones testimoniales y de formular las preguntas que el defensor entienda pertinentes, ejerciendo cabalmente el contradictorio y neutralizando el alegado estado de indefensión.- - - - -
- -

----- También esgrime la preclusión de la oportunidad procesal para requerir la impugnación de medidas probatorias una vez cerradas las etapas procesales pertinentes y, por las razones dadas, entiende que corresponde rechazar el recurso interpuesto por la defensa del imputado.- - - - -

-----4.- Dictamen de la señora Defensora General doctora María Rita Custet Llambí:- - -
- - - - -

----- La titular del Ministerio Público de la Defensa coincide con la doctora Zaratiegui en que las circunstancias fácticas son diferentes de las de la causa “I.”, donde la nulidad venía planteada desde el inicio. En tal sentido, refiere que la defensa podría haber

pedido una ampliatoria

///5.- de las declaraciones testimoniales y no lo hizo.- - -

----- Cita la Se. 155/08 STJRNSP en cuanto a que “lo que se debe asegurar a las partes es la posibilidad de controlar la prueba de esta naturaleza. Dicha posibilidad se otorga mediante la notificación a las personas mencionadas en la norma, siendo irrelevante la circunstancia de que posteriormente la parte interesada finalmente decida no efectuar ese control que le es permitido”.- - - - -

----- Agrega que si el cambio de defensor implicaba una nueva estrategia defensiva que apuntaba a participar activamente en las testimoniales, la nueva defensa debió inmediatamente requerir la realización de una nueva cámara Gesell ampliatoria de la anterior, petición que debió fundarse en tiempo oportuno y de manera acabada, justificando así el pretendido apartamiento del principio de irreproducibilidad de la medida de prueba. Sin esta petición, no puede ahora requerir el recurrente extemporáneamente la nulidad, fundada esta en la imposibilidad de preguntar, sin ni siquiera exponer cuáles son los vicios de las testimoniales rendidas ni expresar claramente las preguntas que quiso y no pudo formular.- - -

----- Finalmente, solicita que se rechace la viabilidad del recurso interpuesto y se confirme el pronunciamiento atacado, por considerarlo ajustado a derecho.- - - - -

-----5.- Hechos reprochados:- - - - -

----- Se atribuye al imputado la comisión de los siguientes hechos:- - - - -
- - - - -

----- Primer hecho: Ocurrido el 25 de noviembre de 2008, en la ciudad de General Roca, a las 19:15 horas

///6.- aproximadamente, oportunidad en la que H.LL.R. subió al colectivo de línea de la Empresa 18 de Mayo, en dirección al barrio Paso Córdoba, en el trayecto entre la terminal Carrefour y Paso Córdoba, y se sentó al lado del menor D.M.M., de 13 años de edad, quien viajaba en uno de los últimos asientos. Luego LL.R. inició una conversación, consultando al menor si quería jugar al fútbol y dónde vivía; el menor le dio un papel con su dirección y, mientras iban conversando, LL.R. habría manoseado en la zona de los testículos al menor con evidentes fines libidinosos, en dos o tres oportunidades.- -

----- Segundo hecho: Ocurrido el 28 de noviembre de 2008, en la ciudad de General Roca, aproximadamente a las 22 horas, ocasión en la que el imputado, quien se dirigía en un colectivo de línea urbana desde el barrio Paso Córdoba hacia el centro de la

ciudad, se sentó en el último asiento al lado del menor O.M.Ll., de 15 años de edad, que venía leyendo material de música, y le preguntó si tocaba la guitarra. En forma imprevista LL.R. habría pasado la mano por encima de los genitales del menor con evidentes fines libidinosos, a la vez que se masturbaba, y cuando el menor quiso reaccionar el imputado siguió manoseándolo en la zona de genitales.- - - - -

-----4.- Análisis del recurso:- - - - -

-----a) La afectación de derechos e impugnaciones se basan en que la defensa y el imputado no pudieron controlar la declaración de los menores víctimas cuando se realizaron las cámaras Gesell.- - - - -

----- De las constancias del expediente surge que a fs. 9,

///7.- el 29/11/08 el encartado fue detenido por orden del Juez de Instrucción, y que el 01/12/08 (fs. 19) el Juez ordenó que se lo hiciera comparecer para que designara abogado defensor y para la realización de las cámaras Gesell para el día siguiente.- - - - -

----- En igual fecha (01/12/08), LL.R. fue trasladado al Tribunal y designó al Defensor General, quien asumió la defensa y se notificó de la realización de las medidas de prueba señaladas supra (vid fs. 19 vta. y 22).- - - - -

----- El día 02/11/08, a las 8:00 hs. y a las 8:40 hs., se tomaron las declaraciones en cámara Gesell, sin la presencia del defensor o del imputado (ver fs. 23 y 24).- - - - -

----- Fijada la fecha de juicio, cuando se inició la audiencia de debate la defensa planteó la nulidad absoluta de los testimonios recibidos en cámara Gesell y de los informes psicológicos, cuestión que se difirió para resolver en la sentencia definitiva. Luego, la defensa se opuso a la incorporación por lectura de dichas pruebas que habían sido ofrecidas por el Ministerio Público Fiscal en tiempo y forma y proveídas de conformidad por el Tribunal.- - - - -

-----b) Atento al trámite resumido en el apartado anterior, y como sostiene el recurrente, es de aplicación al caso lo pertinente de la doctrina legal que surge de la Sentencia 212/09 STJRNSP, que será reseñada extensamente en lo que se asemeja a lo ocurrido en el presente caso: “En razón de ser la víctima (menor), en el sub lite su declaración testimonial es la prueba de cargo esencial y única directa (las restantes son indiciarias) para decidir la cuestión controvertida de si existió consentimiento o no para la

///8.- relación sexual admitida por el encartado.- - - - -

----- “Así se entendió en las etapas de instrucción [...] y de juicio [...], por lo que rige a su respecto el derecho de la defensa de tener oportunidad adecuada de controlar esa

prueba.- - - - -

----- “Este Cuerpo ha dicho que \si bien en nuestro Código Procesal Penal rige la libertad probatoria -art. 191

C.P.P.-, las pruebas pueden ser merituadas en la medida en que sean producidas en legal forma y, aunque el interés superior de los derechos del niño (art. 3.1 CDN) orienta y condiciona a su favor toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos (Fallos 318:1269), tal interés no debe ser pensado en términos absolutos, puesto que si los derechos y garantías deben ser ejercidos conforme con las leyes que los reglamentan, tampoco son absolutas las potestades establecidas en el texto constitucional.- [...] De tal modo, a la par del interés superior de los derechos del niño, la Constitución también consagra el derecho de defensa -art. 18 C.Nac.-, acerca del cual en lo que nos interesa este Superior Tribunal de Justicia, con cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo que «... conforme los arts. 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la defensa tiene el derecho de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. [...] En relación con tal normativa, este Superior Tribunal de Justicia es

///9.- 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, N° 261-C, sentencia del 20 de setiembre de 1993, párr. 43...; asimismo, caso Barberá, Messegué y Jabardo vs. España, serie A, N° 146, sentencia del 6 de diciembre de 1988)’ (ambos citados por la CSJN) (ver in re ‘SEPÚLVEDA’, Se. 3/07)» (conf. Se. 108/07 STJRNSP).- [...] Los principios de defensa del imputado y otros vinculados con los del interés superior de la menor víctima tienen consagración constitucional y no pueden ser interpretados de modo excluyente, tal que uno implique la negación del otro, lo que obliga a realizar una tarea de armonización, para preservarlos a ambos, atendiendo a los fines y propósitos que parecen haber guiado su formalización (ver CSJN, «ESTADO NACIONAL», del 06-05-08, sumario 8, en LL 2008-C, 666).- [...]

Dicha tarea de armonización ha sido ensayada por el legislador provincial al instaurar el procedimiento especial para recibir declaración a los menores de dieciocho años con el fin de evitar, en la medida de lo posible, una nueva revictimización de quien declara [...] (arts. 229 y 230 C.P.P.). Empero, esta forma de manifestación que ya no

///10.- permite a la defensa el control directo en audiencia de lo que se dice, sí debe ser realizada de tal modo que le permita su asistencia, pues son actos definitivos e irreproducibles (art. 185 íd.)' (Se. 155/08 STJRNSP).- - - -

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

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

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

----- “Una detenida lectura de las actuaciones nos demuestra que en la primera intervención de la Defensora Oficial [...]

///11.- habría realizado una rápida lectura del expediente (en el mejor de los casos).- - - -
- - - - -

----- “Ello es así por la variada actividad procesal (v.gr.: notificaciones, decretos, oficio, testimonial) que se registra durante ese día [...] hasta antes de la declaración de la víctima en Cámara Gesell [...], lo sostenido por el Juez de Instrucción ('... en la tramitación de expedientes con detenidos, las notificaciones se asientan directamente en el expediente [...] y los autos son llevados personalmente y «en mano» hasta las oficinas que correspondan (Fiscalía, Defensoría, Asesoría de Menores), se notifica al funcionario lo que corresponda e inmediatamente se regresa con la causa al tribunal sin

dejarse otra constancia, todo de acuerdo al art. 135 [actual 124] del CPP...\' [...]), y lo previsto en el art. 189 del rito (el sumario \'lo podrán examinar después de la indagatoria\'), sin que se dejara constancia de excepción alguna sobre su cumplimiento.-

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

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

----- “En efecto, la Corte ha sido muy enfática en este sentido. \'Ni la defensa técnica puede convertirse en un «sello de goma» o, con palabras de Zaffaroni, en un «buzón de notificaciones», ni el Poder Judicial obliterar todo control institucional al respecto, dado que de lo contrario las formas del proceso resultarán por completo resquebrajadas y el ejercicio de poder punitivo en esa coyuntura adquirirá un status ininteligible que carecerá de una mínima racionalidad republicana. [...] En este contexto, cabe reiterar que la figura tragicómica del legitimador de condenas, esto es, de aquel personaje cuya única función en el proceso reside en garantizar su mera presencia física con el fin de que la eventual aplicación de una sanción adquiera «validez», resultó anatematizado por la sentencia [«Nuñez» (Fallos, 327:5095)...]. No basta, pues, con que la defensa «esté allí», es decir, que se haga «presente» en el procedimiento. Por el contrario, ese mero «estar» debe dejar paso a una posición proactiva, combatiente, que le permita al imputado «resistir» los embates del poder represivo. No en vano Moreno Catena sostiene que la idea de defensa está naturalmente asociada a la agresión «... existente o meramente temida» [(conf. Víctor Moreno Catena, La defensa en el proceso penal, Civitas, Madrid, 1982, págs. 17 y ss.)]\' (Juan L. Finkelstein Nappi, \'Del legitimador de condenas al defensor integral de los derechos humanos. El caso «Ricardo

///13.- Alberto Núñez» y el derecho a la defensa técnica eficaz. Aciertos e

interrogantes', publicado en Daniel R. Pastor -dir.-, El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte Suprema. Análisis de los precedentes que transformaron el sistema penal, ed. Ad-Hoc, 2007, págs. 228/ 229).- - - - -

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

----- “[C]orresponde al defensor una fluida comunicación con su defendido. Esto implica, por un lado, que no se establezcan cortapisas ni trabas a las visitas del profesional a los lugares de detención y, por el otro, que el abogado no sea remiso en sus necesarios contactos con el imputado. Sólo así podrá ejercitar cabalmente su función y compenetrarse de los elementos de conocimiento sobre las circunstancias del hecho de la causa y la personalidad de su defendido. Esto significa dejar sentado con claridad que el primer requisito de la labor defensiva es una adecuada información que, en lo posible, no puede limitarse únicamente a los datos de las actuaciones, ya que con

///14.- frecuencia el propio interesado podrá ofrecer elementos de importancia para la actividad a desarrollar por el letrado\’ (Vazquez Rossi, La defensa penal, ed. Rubinzal Culzoni, 2ª edición actualizada, 1989, pág. 206).- - - - -

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

----- “Así, \se advierten en el expediente circunstancias concretas, vinculadas con el ejercicio de la defensa técnica [...], que esta Corte Suprema no puede dejar de señalar, en tanto ponen al descubierto una transgresión a la garantía constitucional de la defensa en juicio de tal entidad que más allá de cualquier imperfección en la habilitación de la competencia del Tribunal para conocer los agravios expresados, afecta la validez misma del proceso en esta instancia, circunstancia que debe ser atendida y resuelta de modo prioritario a cualquier cuestión que se haya planteado (Fallos: 320:854). [...] Ello es así,

pues constituye una exigencia previa emanada de la función jurisdiccional de esta Corte el control, aun de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran comprometidos aspectos que atañen al orden público. En efecto, la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecte una garantía constitucional no podría convalidarse (Fallos: 183:173; 189:34, 320:854). [...] Que la

///15.- garantía de defensa en juicio posee como una de sus manifestaciones más importantes el aseguramiento de una defensa técnica a todo justiciable, manifestación ésta que, para no desvirtuar el alcance de la garantía y transformarla en un elemento simbólico, no puede quedar resumida a un requisito puramente formal, pues no es suficiente en este aspecto con que se asegure la posibilidad de que el imputado cuente con asesoramiento legal, sino que este asesoramiento debe ser efectivo. [...] (CSJN, S. 62. XL., 'SCHENONE', del 03/10/06, Fallos, 329:4248).- - - - -

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

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

- - - - -

----- "[...] Por eso es importante la doctrina 'Dubrá' (Fallos, 327:3802) que 'ha restablecido la obligatoriedad de notificar al acusado de toda decisión que pueda ocasionarle

///16.- perjuicio [...] Entendemos que, cuando pueda verificarse la pérdida de un derecho reconocido al acusado en juicio, no alcanzará con la notificación al asistente técnico sino que será necesario reconocer al acusado una oportunidad idónea para cuestionar, llegado el caso, la afectación a sus derechos a causa de eventuales inacciones u omisiones de su asistente técnico. [...] Se trata de una derivación necesaria no sólo de la doctrina que analizamos sino, fundamentalmente, de la circunstancia de que el único titular del derecho de defensa es el justiciable. Así como la ley establece

claramente que el abogado debe contar con el mandato expreso de su representado para desistir de los recursos articulados a su favor [...] del mismo modo sería absurdo suponer que la inacción del abogado designado para representarlo pueda perjudicar al titular del derecho de defensa' (Leonardo G. Pitlevnik, ob. cit., págs. 128/129).-

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

----- “[...] Cerrando esta reseña de jurisprudencia en materia de defensa técnica ineficaz y reivindicando una vez más la necesidad de que el acusado en causa penal ‘no pague los platos rotos’ por quien se suponía debía auxiliarlo en el proceso, agrego lo sostenido por la Corte en el pronunciamiento ‘Cardullo’ dictado en 1980 (Fallos, 302:1669): ‘En el dictamen del procurador leemos: «Esta Corte tiene dicho que cuando se encuentra en juego una garantía constitucional básica como lo es la consagrada por

///17.- el art. 18 no cabe extremar el rigorismo formal [...]». Con cita del dictamen de Sebastián Soler en CSJN-Fallos, 237:158 continuó diciendo el procurador que «... a los efectos de garantizar la defensa en juicio es preferible la adopción de un criterio amplio y no restrictivo y que ninguna duda debe quedar en el sentido de que se han reconocido en toda su amplitud los medios necesarios para proveer a la demostración de la inocencia dentro de las formas establecidas». [...] Agregó al respecto que: «Cabe que la especial naturaleza del juicio criminal impide que puedan considerarse –a diferencia de lo que acontece en el procedimiento civil- limitadas las facultades jurisdiccionales por las pretensiones de las partes (CSJN-Fallos, 270:236; 284:338; causa ‘Barri, Roberto Juan s/ Adulteración de documento público’, del 22 de agosto de 1978). 7º) Que en consecuencia, el a quo se ha apartado sin expresar fundamentos suficientes de las normas legales aplicables al caso que garantizan una efectiva tutela de los derechos del imputado, e invirtiendo su sentido, sanciona la falta del defensor en cabeza del defendido, en violación de la garantía mencionada ut supra, lo que descalifica el pronunciamiento como acto jurisdiccional válido» (consid. 6º del fallo de la Corte)’ (conf. Leonardo G. Pitlevnik, ob. cit., págs. 136/137).- - - - -

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

///18.-- “El ministerio de la defensa, en el ejercicio de sus funciones, debe velar para que

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

----- “La mayor labor de toda asistencia técnica será contradecir la imputación. En general, todo debe estar encaminado a demostrar la ausencia total o parcial de argumentos de la pretensión de sancionarlo, sea por razones fácticas o jurídicas, de fondo o de forma.- - - - -

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

----- “A partir de la aceptación del cargo de defensor, comienzan las obligaciones profesionales (y funcionales, en el caso de los Defensores Oficiales), no sólo para con el asistido, sino también para con las demás partes del proceso

///19.- y los miembros del Tribunal. El letrado debe tener presente que no es un simple mandatario de su ahijado procesal, sino que integra su tutela desde un punto de vista técnico, tanto en cuestión de hecho como en el derecho, y tiene el dominio del litigio, toda vez que es el que establece la estrategia de la defensa.- - - - -

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

ob. cit.).- - - - -

----- “Y si debe resaltarse la importancia de la presencia del defensor en los actos –en principio- de indagatoria, careo, ruedas de reconocimiento de personas y de efectos, reconstrucción del hecho y testimoniales, con mayor razón cabe hacerlo cuando deponga la víctima del delito. Es \necesaria la presencia del defensor en oportunidad de llevarse a cabo tales audiencias, a los efectos de controlar su legalidad, la calidad del interrogatorio, como también la

///20.- posibilidad de efectuar las preguntas que considere pertinentes y útiles... Esto por cuanto, depende por cierto de cada caso, será la manifestación juramentada que más incriminación generará contra la situación procesal de[l imputado ...], toda vez que fue ella la que soportó el episodio, y por tanto proporcionará circunstancias de tiempo, lugar y modo que ninguna persona más ofrecerá. A raíz de ello, el defensor deberá controlar que su testimonio sea espontáneo, libre, voluntario, lo menos tendencioso posible, que en el acta se vuelquen sus propias palabras, y que las preguntas que se le formulen no sean indicativas o sugestivas\’ (aut. y ob. citados).- - - - -

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

-----c) De la imposibilidad de control –por parte de la defensa- de las declaraciones en cámara Gesell no se deriva que estas sean nulas, sino que impide considerarlas irreproducibles porque, aplicando aquel precedente a las constancias de la causa, se advierte que, aunque el magistrado instructor instrumentó la producción de la prueba en atención a sus requisitos formales, dado lo establecido en la Sentencia 155/08 STJRNSP, tal modalidad probatoria puede diferenciarse en irreproducible o reproducible. Si

///21.- para la hipótesis de cargo se entiende que determinada prueba es irreproducible -por tanto, que valdrá para el debate la realizada en la instrucción-, el núcleo mínimo que debe ser resguardado es el aseguramiento al imputado de una defensa efectiva -no solo formal-, pues será en la etapa preparatoria del juicio donde podrá controlar y contradecir la prueba, que así quedará registrada o transcrita en un acta (conf. Se. 37/11 STJRNSP).- - - - -

----- Por lo tanto -en el caso-, es insuficiente la notificación a la defensa horas antes de que se realice la prueba, sin que conste una entrevista con aquel o alguna circunstancia procesal que dé cuenta de una posibilidad de controlar e intervenir efectivamente en la declaración especial de los menores para que la prueba pueda calificarse de irreproducible.- - - - -

----- Es que, como ha sostenido este Cuerpo en anterior oportunidad, se trata de medidas aplicables a la declaración de los menores de dieciocho años, sujeta a determinados resguardos y garantías -art. 229 C.P.P.-, que así realizada es un acto definitivo e irreproducible al que los defensores tienen derecho a asistir según prevé el art. 185 del rito, modificado por la norma mencionada (conf. Se. 155/08 y 212/09 STJRNSP).- - - - -

----- Resulta evidente que las manifestaciones de los menores, por no reunir las condiciones previstas por la normativa, no constituyen la declaración testimonial especial irreproducible y, en caso de ser necesario, debían reeditarse con el fin de asegurar al imputado y su defensa la posibilidad de controlar la principal prueba de cargo.- -

///22.--d) De las constancias del proceso surge que el doctor Jorge O. Crespo asumió como defensor del imputado poco después de las declaraciones en cámara Gesell, fue quien lo asistió en la declaración indagatoria (en la que desconoció un hecho y del otro refirió que la conversación fue diferente y que no hubo tocamientos) y apeló el procesamiento, y es el mismo defensor que se notificó de la requisitoria de elevación a juicio y de la providencia del ofrecimiento de prueba (el Fiscal de Cámara solicitó incorporar por lectura las cámaras Gesell y los informes psicológicos), sin realizar planteo o petición alguna.- - -

----- Es más, el defensor ninguna impugnación realizó respecto del ofrecimiento de prueba del fiscal y ni siquiera en el debate solicitó la declaración de los menores; simplemente se conformó con plantear la nulidad de las declaraciones y la oposición a su incorporación por lectura.- - - - -

----- Así, se advierte que el defensor y el imputado tuvieron a su disposición la posibilidad de solicitar el control de la prueba de cargo durante aproximadamente un año y medio (desde la indagatoria hasta el ofrecimiento de prueba de la etapa de juicio). En todo ese tiempo no solicitaron ni realizaron acto procesal que siquiera insinuara la intención de que los menores realizaran una nueva declaración con su control.- - - - -

----- El proceso penal se integra con una serie de etapas a través de las cuales y en forma progresiva se tiende a poner al juez en condiciones de pronunciar un veredicto de absolución o de condena; y por ello cada una de esas etapas

///23.- constituye el presupuesto necesario de la que le sigue, en forma tal que no es posible eliminar una de ellas sin afectar la validez de las que le suceden. Sobre el particular, el respeto de la defensa en juicio supone la observancia de las formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia, y el principio de progresividad impide que el juicio se retrotraiga a etapas ya superadas, pues la preclusión protege aquellos actos que han sido cumplidos respetando las formas que la ley establece (conf. CSJN en “MATTEI”, 272:188; “ÁLVAREZ”, 328:374; “OLMOS”, 329:1447; “M.J.A.”, 330:4539; “MOYAL2”, 330:4539; “SALGADO”, 332:1512 y “FIZMAN”, 332:1492, entre otros).- - - - -

-----e) En conformidad con lo expuesto, el imputado no tuvo posibilidad real de controlar o confrontar la principal prueba de cargo al momento de realizarse las cámaras Gesell (sea por defensa formal), circunstancia que, si se hubiera mantenido durante todo el proceso, determinaría una afectación al art. 18 de la Constitución Nacional y, por tanto, constitutiva de una nulidad absoluta.- - - - -

----- Esas cámaras Gesell que se realizaron con los requisitos legales pero sin posibilidad de defensa real y efectiva eran testimoniales reproducibles, en virtud de lo cual el imputado y el defensor tuvieron durante el proceso la posibilidad real de controlar o confrontar las pruebas de cargo, y solo debían manifestar interés y solicitarlo. Que así no lo hicieran (muy probablemente por estrategia procesal) no afecta la validez de las pruebas realizadas e incorporadas al debate.- - - - -

///24.--f) Por lo dicho, las concretas particularidades de la causa denotan la ausencia de sustento jurídico para la retrocesión del juicio a una etapa ya superada. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “NOCENTE” -Fallos 314:1399, del 05/11/91-, sostuvo que “el principio de progresividad y el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se retrotraigan a etapas ya superadas y se prolonguen indefinidamente”, con perjuicio para la víctima que se ve privada del derecho a una justicia efectiva, como así también para el imputado en tanto la dilación injustificada de un juicio penal atenta contra la garantía constitucional de la duración razonable del proceso (Se. 212/09 STJRNSP).-

-----g) Por último, la defensa argumenta la aplicación analógica de la Se. 212/09

STJRNSP para solicitar la nulidad del fallo atacado; por su parte, la señora Fiscal General subrogante y la señora Defensora General alegan la inaplicabilidad de equiparar el sub exámine con la situación tratada en la Se. 37/11 SJTNRS (en la que se aplicó la doctrina de la Se. 212/09 STJRNSP).- - - - -

----- Como surge de los fundamentos precedentes, para la resolución del sub lite hemos considerado y aplicado la doctrina fijada por este Superior Tribunal de Justicia en los fallos 212/09 y 37/11, en lo pertinente y en cuanto su analogía permite.- - - - -

----- Sobre tal base, destacamos que en la Sentencia 212/09 existió una imposibilidad de control de la prueba durante

///25.- todo el proceso, a diferencia del presente caso, en que la defensa y el imputado tuvieron la posibilidad de confrontar los testimonios de cargo y no lo hicieron porque así lo decidieron, escogiendo la estrategia defensiva de solamente pedir la nulidad (además de valorarlas luego de haber visto los DVD –v. fs. 315-).- - - - -

----- Por otra parte, en la Se. 37/11 STJRNSP se advierte una sustancial diferencia procesal, en virtud de que en ese caso la Fiscalía de Cámara omitió ofrecer como prueba las declaraciones en cámara Gesell (DVD).- - - - -

-----5.- Conclusión:- - - - -

----- En conformidad con todo lo expuesto, habiendo existido la posibilidad de examinación que exige que el imputado haya tenido una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a los testigos que hicieron declaraciones en su contra (conf. art. 18 C.Nac.), proponemos al Acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por el señor defensor particular doctor Jorge O. Crespo en representación de H.L.L.R., con costas. NUESTRO VOTO.- - - - El señor Juez subrogante doctor Francisco Antonio Cerdera dijo:- - - - -

----- Adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por los vocales preopinantes y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs.

----- 364/377 de las presentes actuaciones por el doctor

///26.- Jorge O. Crespo en representación de H.L.L.R., con costas.- - - - -

- - - - Segundo: Registrar, notificar y oportunamente devolver los

----- autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 115

SENTENCIA: 115

FOLIOS: 1569/1594

SECRETARÍA: 2