

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 25087/11 STJ

SENTENCIA Nº: 17

PROCESADO: Z. G.M.

DELITO: ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL DE UNA MENOR DE 13 AÑOS DE EDAD AGRAVADO POR LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA EN CONCURSO REAL CON CORRUPCIÓN DE MENORES AGRAVADA POR RESULTAR EL SUJETO ACTIVO PERSONA CONVIVIENTE

OBJETO: RECURSO DE QUEJA (INC. NULIDAD)

VOCES:

FECHA: 17/03/11

FIRMANTES: BALLADINI – LUTZ – SODERO NIEVAS

///MA, de marzo de 2011.

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “Z., G.M. s/Queja en: \Z., G.M. s/Abuso sexual s/Apelación\” (Expte.Nº 25087/11 STJ), puestas a despacho para resolver, y- - - - - CONSIDERANDO:- - - - -

- - -

----- Que la deliberación previa a la resolución (cuya constancia obra a fs. 48) ha concluido con el acuerdo de los señores Jueces que se transcribe a continuación.- - - - -

El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - -

-----1.- Mediante Sentencia Interlocutoria Nº 1, del 5 de enero de 2011, la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma resolvió -en lo pertinente- rechazar el recurso de apelación interpuesto por la defensa de G.M.Z. y confirmar así la resolución por la que no se había hecho lugar a la nulidad pretendida.- - - - -

-----2.- Contra lo decidido, dicha parte dedujo recurso de casación, que fue declarado inadmisibile por el a quo, lo que motiva su queja ante este Superior Tribunal.- - - - -

-----3.- En su declaración de inadmisibilidad, el a quo sostiene que los agravios se encuentran centrados en cuestiones vinculadas con la apreciación de la prueba y en lo referido al mantenimiento de la medida cautelar de privación de libertad, temáticas respecto de las cuales la decisión jurisdiccional se encuentra firme, con el grado de provisoriedad que en la instancia se requiere, además de que no se trata de una sentencia equiparable a definitiva en los términos del art. 430 del Código Procesal Penal. A lo

anterior suma que la doble instancia fue garantizada con la

///2.- intervención de la Sala y que del desarrollo de los agravios no surge idoneidad suficiente para demostrar arbitrariedad de sentencia.- - - - -

----4.- La quejosa aduce que la denegatoria es infundada y que el tema presentado reviste gravedad institucional. A ello agrega que este tipo de decisiones afecta la garantía de la defensa en juicio de su pupilo, quien se ve privado de modo arbitrario de su potestad de desplegar una defensa conforme a derecho.- - - - -

----5.- En su recurso principal, la parte hace una reseña de los antecedentes del proceso y afirma que el Juez de Instrucción, sin el debido conocimiento de quien sería el imputado, ordena recibir la declaración testimonial de la menor mediante Cámara Gesell y convoca al representante del Ministerio Público Fiscal y la Defensora de Menores, y le impone al imputado un Defensor Oficial, en violación del art. 80 del rito. De tal modo, continúa, se constriñe su potestad de elegir un defensor de su confianza y no se encuentra demostrado el supuesto de urgencia que se señala. Considera asimismo que, al momento de efectuarse la Cámara Gesell, el sospechado se encontraba en un total y absoluto estado de indefensión, a lo que suma que la defensa pública no concurrió al acto.- - - - -

----6.-- La resolución cuestionada -que rechaza el planteo de nulidad de la Cámara Gesell realizada y de los actos consecuentes- no es sentencia definitiva o equiparable a tal en el marco del trámite del proceso -etapa de instrucción, preparatoria del juicio-, teniendo en cuenta la doctrina legal de este Cuerpo según la cual, “[s]in perjuicio de que ///3.- lo precedente es suficiente para rechazar el recurso..., la resolución que revocó los sobreseimientos y la que rechazó los planteos de nulidad no tienen el carácter de sentencia definitiva, por lo que no se da ninguno de los supuestos contemplados en el art. 430 del código ritual, pues las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso criminal no reúnen por regla la calidad de sentencia definitiva, ni surge en autos la existencia de gravamen de imposible reparación ulterior.-

---- “\No procede el recurso extraordinario contra la sentencia que rechazó el incidente de nulidad, pues no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (artículo 14 de la Ley 48)\” (\Banco de la Ciudad de Buenos Aires c/ Complejo Forestal Fueguino S.A.\, Se. del 06-10-92). Este criterio restrictivo ha sido confirmado por este Cuerpo en el sentido de que sólo \... bajo determinadas circunstancias procesales son equiparables a sentencia definitiva: a) los autos denegatorios de la libertad del

imputado, b) los que conceden o deniegan la probation, c) el incidente de nulidad por grave desvío de procedimiento. Este último supuesto presupone actos y procedimientos cumplidos con graves vicios iuris in procedendo, susceptibles de causar nulidad absoluta, declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso, de lo cual pueden resultar consecuencias irreparables (C. A. Chiara Díaz, «El recurso de casación como garantía del debido proceso», Tomo I, págs. 174 y ss., en revista de «Derecho Penal» 2001 - 1)\' (STJRNSP in re \'RAMIREZ CABRERA\' Se. 90/02 del 28-08-02 y STJRNSP in re \'INCIDENTE DE NULIDAD... AGUIRRE\' Se. 62/07 del 25-04-07)\'
///4.- (Se. 169/08 STJRNSP).- - - - -

----- En el sub exámine la defensa pretende una excepción a la regla general mencionada con la invocación de un caso de gravedad institucional y de la afectación de garantías constitucionales. Empero, esto es insuficiente para habilitar la instancia extraordinaria a poco que se considere que es doctrina reiterada de este Cuerpo que “la invocación de arbitrariedad o de violación de garantías constitucionales no supe la ausencia de definitividad de lo resuelto. Además, tal obstáculo no puede tampoco ser superado por la mera invocación de un supuesto de gravedad institucional, pues su formulación debería contener un serio y concreto fundamento que evidencie de modo inequívoco la presencia de un supuesto de tal naturaleza (Fallos 303: 1923 y 304: 1893 entre otros), cuestión que no se advierte en autos...” (Se. 77/07 STJRNSP, del 11/05/07).- - - - -

----- En cuanto a la nulidad de la declaración de la menor víctima en Cámara Gesell, por la indefensión a la que habría estado sometido el imputado, destaco que se trata de una temática ya abordada por este Cuerpo, oportunidad en la que se estableció: “Es equiparable a definitivo el Auto Interlocutorio N° 21/08, que declara la nulidad del procesamiento de fs. 365/385 y remite los autos al origen para que el Juez de Instrucción proceda a regularizar el trámite conforme al derecho que establece, en tanto de sus considerandos se colige que para su nuevo dictado sería necesaria una nueva declaración de la menor víctima en la etapa instructoria.- - - - -

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

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

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

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

----- “De las constancias del expediente, dada la negativa de la menor a expresarse sobre los hechos en el peritaje de fs. 254/256 con el argumento de que ya había hablado de eso, surge que aquélla esta incurso en un proceso denominado de \revictimización institucional\, pues siempre el llamado a participar de éste implica una serie de actitudes invasivas e intrusivas, con el incremento de las vivencias traumáticas por proceder reiterados que patentizan el recuerdo y reactualizan la experiencia anómala (Norma G. Miotto, \Abuso sexual de menores. Complejidad diagnóstica\, IVº Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica, Madrid, 2001).- - - -

-----“En consecuencia, resulta evidente la exigencia de que este Cuerpo ingrese en el sub examine para analizar la verdadera necesidad procesal de que la menor declare de nuevo en la instancia de instrucción, atento a que, en el marco de los agravios deducidos por la recurrente, la nulidad del auto de procesamiento sería producto de un ritualismo

inútil, pues las manifestaciones de la menor serían formuladas en un acto válido o -de modo subsidiario- porque la resolución encontraría sustento en otras medidas de prueba, distintas de aquéllas. De tal modo, si fuera así, el proceso podría avanzar sin retrotraerse a la espera de

///7.- una actual y pronta declaración, cuyos efectos perjudiciales quiere evitar la recurrente y es lo que justifica la intervención solicitada.- - - - -

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

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

----- “Entre la prueba de cargo merituada se encuentra la

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

----- “Considero que tal decisión obedece a un motivo aparente, que se desentiende de las concretas particularidades de la causa y que provoca una retrocesión del juicio a una etapa ya superada. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos \NOCENTE\

-Fallos 314:1399, del 05-11-91-, sostuvo que '\el principio de progresividad y el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se retrotraigan a etapas ya superadas y se prolonguen indefinidamente\,' con agravio para la víctima que se ve privada del derecho a una justicia efectiva bajo la errada utilización de su derecho a ser oída (art. 71 inc. 3° C.P.P., reformado por Ley 4134), que así la perjudica.- - - - -

----- “El 14 de diciembre de 2006, mediante Auto Interlocutorio N° 868, la Cámara Segunda en lo Criminal de General Roca rechazó un planteo de nulidad de la defensa señalando algunas pautas para la recepción de las manifestaciones de la menor, entre las que señala que dicho ministerio '\... puede estar presente en el acto, haciendo todas las preguntas que considere oportunas, a través del

///9.- profesional a cargo del interrogatorio, así como hacer las observaciones al respecto...\` (ver fs. 29 del incidente '\C.W. y L.R. s/abuso sexual y lesiones\,' Expte.N° 5051/05 -JI XXI).- - - - -

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

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

----- “A la fecha de tal declaración -06-03-07- todavía no
///10.- había entrado en vigencia la Ley provincial P 3995 modificatoria del Código Procesal Penal (Ley 2107) conforme su art. 5, que condicionaba tal vigencia a la

habilitación en cada una de las cabeceras de las cuatro circunscripciones judiciales como mínimo de un cualquiera de los métodos (cámara Gesell o registro de imagen y audio) previstos en la ley. Mediante Resolución N° 163/07, el Superior Tribunal dispone la operatividad de lo dispuesto en el art. 234 bis del código adjetivo, habilitando el funcionamiento de las Cámaras Gesell en las cuatro circunscripciones judiciales a partir del 10-04-07.- - - - -

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

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

///11.-- “Va de suyo que, al no notificar a la defensa de la realización de tal acto, la Juez que lo dispone ha considerado que puede reeditarse su producción en la etapa de debate, pues de lo contrario se hacía imperioso asegurarle su control para que dicho acto pudiera ser luego incorporado por lectura a dicha etapa y ser útil para fundamentar una decisión judicial.- - - - -

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

----- “La imposibilidad de volver a desarrollar el acto no surge de la propia naturaleza de éste y así lo admite la propia recurrente cuando sostiene en su casación que \la niña pueda volver a declarar en el debate\ (fs. 458). Tampoco la Cámara Criminal da razones

valederas para considerarlo irreproducible y por ende inválido por la omisión de formas esenciales para entenderlo tal. - - - - -

----- “En consecuencia, la Juez de Instrucción no incumple con ninguna formalidad en la recepción de la declaración cuestionada de acuerdo con la legislación entonces vigente, por lo que la resolución de la Cámara Criminal que nulifica el auto de procesamiento y reenvía el expediente al Juez

///12.- para que se realice nuevamente el acto carece de fundamentos que avalen su postura y viola la exigencia del art. 200 de la Constitución Provincial. De tal modo, también supone una revictimización innecesaria para la menor en una etapa procesal ya superada, puesto que para arribar al mismo momento procesal en que ahora se encuentra el expediente debería de modo ineludible volver a declarar, cuando ya lo hizo de modo válido bajo las formas de un acto en la que la menor víctima permite su conocimiento \de visu\ al Juez y ejerce su derecho a \ser oída\, dando noticia de lo ocurrido. - - - - -

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

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

----- “[...] Es necesario aclarar que, si bien en nuestro Código Procesal Penal rige la libertad probatoria -art. 191 C.P.P.-, las pruebas pueden ser merituadas en la medida en que sean producidas en legal forma y, aunque el interés superior de los derechos del niño (art. 3.1 CDN) orienta y

///13.- condiciona a su favor toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos (Fallos 318:1269), tal interés no debe ser pensado en términos absolutos, puesto que si los derechos y garantías deben ser ejercidos conforme con las leyes que los reglamentan, tampoco son absolutas las potestades establecidas en el texto constitucional. - - - - -

----- “De tal modo, a la par del interés superior de los derechos del niño, la Constitución

también consagra el derecho de defensa -art. 18 C.Nac.-, acerca del cual en lo que nos interesa este Superior Tribunal de Justicia, con cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo que '\... conforme los arts. 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la defensa tiene el derecho de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.- - - - -

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

----- '\De tal modo, «... el derecho de examinación exige que el imputado haya tenido - una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra-

///14.- (conf. TEDH, caso Säidi vs. Francia, Serie A, Nº 261-C, sentencia del 20 de setiembre de 1993, párr. 43...; asimismo, caso Barberá, Messegué y Jabardo vs. España, serie A, Nº 146, sentencia del 6 de diciembre de 1988) (ambos citados por la CSJN)» (ver in re «SEPÚLVEDA», Se. 3/07)\ (conf. Se. 108/07 STJRNSP).- - - - -

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

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

----- “En atención a lo anterior, aun cuando tal procedimiento especial no se encontraba vigente en nuestra provincia en oportunidad de oír a la menor, el núcleo sustancial mínimo que debía ser verificado para la recepción

///15.- de determinada prueba de cargo y luego considerarla irreproducible está dado por la posibilidad de que aquélla pueda ser controlada por la defensa -ésta fue la limitación reconocida por el legislador cuando estableció la declaración especial antes mencionada-. Ello no es lo que ocurrió en el sub examine, donde siquiera se notificó al Ministerio Público Fiscal, el que pese a actuar como contraparte también tiene un deber objetivo de garantía en cuanto al trámite del proceso. Por tal razón, la Cámara Criminal incurre en un error de actividad cuando considera que tales manifestaciones se encontraban alcanzadas por las formas de una declaración testimonial especial, cuando la norma respectiva no era vigente y nada hacía presuponer que la menor se vería imposibilitada -eventualmente- de volver a ser oída (esto en caso de ser necesario atento al mérito judicial en orden a la adecuación e idoneidad de las medidas de prueba incorporadas al legajo -periciales, informativas, etc.- para tener por acreditado el objeto procesal), de acuerdo con la modalidad reconocida expresamente en el rito u otras implícitas, según el principio de libertad probatoria mencionada supra en el marco de las facultades del juez y su razonado mérito de las circunstancias especiales que pueda advertir en el caso, siempre con el debido control y noticia a las partes en la distinción de pruebas reproducibles o irreproducibles.- - - - -

----- “ Para esta etapa del proceso, la validación de la audiencia realizada por la Juez de Instrucción implica que en algún otro momento del trámite, en caso de ser necesario por las pruebas que se incorporen al expediente, y si así lo

///16.- solicita la defensa, se le debe garantizar \el derecho de controlar las declaraciones testimoniales realizadas en favor de la imputación que le pesa. Esta posición es sostenida también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (conf. causas «Unterpertinger v. Austria» y «Bönisch v. Austria»). Cabe agregar, que este control debe ser efectivo y útil. Por lo tanto, si no se le permite a la defensa la posibilidad de confrontar a los testigos, la incorporación por lectura de dichas declaraciones conculca los derechos que consagra el art. 8.2 f, Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14.3.c, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...\' (CNCPenal, sala 2, del 09-05-08, en Lexis N° 70047099, voto de la Dra. Ledesma). En el precedente mencionado se trata la problemática de la incorporación por lectura al debate de las declaraciones de las víctimas vertidas en Cámara Gesell, sin dar

oportunidad a la defensa de participar en ellas y, en apoyo de la postura, se citan - además de los señalados- los casos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos '\P.S. v. Alemania\' (339000/1996, del 20-12-01), '\A.M. v. Italia\' (Se. 37019/1997, del 14-02-99) y '\S.N. v. Suecia\' (Se. 34209/1996, del 02-07-02).- - - - -

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

///17.-“Schapiro y Nogueira, en '\La incorporación por lectura como medida de protección de víctimas y testigos (una hipótesis para los futuros procesos por delitos de lesa humanidad en la Argentina)\' (LNBA 2008-2-123), con cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, señalan que las soluciones elaboradas por la jurisprudencia pueden sintetizarse en: i) el carácter excepcional de la incorporación del testimonio prestado en otra instancia; ii) la exigencia de ciertos requisitos para su admisibilidad; iii) la determinación de pautas de valoración probatoria de los testimonios incorporados por lectura, y iv) la disposición de medidas compensatorias de las desventajas que sufre la defensa como condición previa e indispensable para que el testimonio admitido pueda ser valorado como prueba de cargo.- - - - -

----- “En dicho artículo de doctrina se citan, entre otros, los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos '\S.,N. v. Suecia\' (del 02-07-02, apart. 47), '\Baegen v. Países Bajos\' (del 20-10-94), '\Doorson v. Países Bajos\' y '\A. M. v. Italia\' (del 26-03-96 y del 14-12-99 respectivamente, para el concepto de proceso equitativo, y para el de proporcionalidad puede consultarse también '\Doorson v. Países Bajos\'), '\Lüdi v. Suiza\' (Serie A, vol 238; en relación con el otorgamiento de una oportunidad de control a la defensa)” (Se. 155/08 STJRNSP).- - - - -

----- La cita in extenso del precedente mencionado se justifica toda vez que da tratamiento a un supuesto contrario al aquí invocado, lo que mereció la intervención

///18.- reparadora de este Cuerpo, pero para dejar sin efecto una sanción de nulidad dispuesta por la Cámara en lo Criminal ante la falta de participación de la defensa en una prueba de Cámara Gesell.- - - - -

----- En el caso que nos ocupa, el precedente es útil para confirmar la declaración de

inadmisibilidad del recurso principal, pero con el preciso señalamiento del estándar mínimo de resguardo de garantías constitucionales que debe reunir una prueba para ser considerada irreproducible e ingresar por tanto al debate. En lo que interesa, un efectivo ejercicio del derecho de la defensa.-----

----- Acerca de esto último, también puede citarse el fallo 212/09 STJRNSP, pues en este se analiza la relación entre defensa efectiva y la prueba de Cámara Gesell: “En este contexto, y para una mejor comprensión del desarrollo de mi voto, realizo un racconto de los actos procesales pertinentes:-----

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

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

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

----- “d) También el mismo día se recibió la declaración testimonial de la víctima ‘conforme lo dispuesto en los ///19.- arts. 234 bis ss y cc del CPP’, a la que no asistió la Defensora Oficial (fs. 49).-----

----- “e) El 04/04/07 se hace comparecer al imputado ante el Tribunal, quien designa al Defensor General en turno para que lo asista. El Juez provee que previa aceptación del cargo se le dé la participación que por ley corresponda. Luego se notifica a la Defensora General y ‘manifiesta que acepta el cargo conferido’ (fs. 59).-----

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

----- “g) También en igual fecha el Juez provee: ‘Por recibido solicitud de Excarcelación a favor de D.B. por parte del defensor actuante fórmese el respectivo Incidente’ (fs. 65). En este último, que se encuentra agregado al inicio del cuerpo I del expediente principal, se observa que la petición se presentó a las 13:00 hs.-----

----- “Con lo anterior queda en evidencia que desde la detención del encartado y hasta antes del día 04/04/07 (fecha en la que presta declaración indagatoria), el Juez de Instrucción omite invitar al imputado a designar defensor entre los abogados de la

matrícula, como así también designar de oficio al Defensor Oficial (conf. arts. 83, 182 y ccetes. C.P.P.; fs. 20/53).- - - - -

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

----- “Sin emitir opinión sobre la validez de esa interpretación -en función de la solución del caso-, destaco

///20.- que ciertos autores y alguna jurisprudencia han admitido la tácita aceptación del cargo (Almeyra y Baez, Código Procesal Penal de la Nación. Comentado y Anotado, ed. La Ley, 2007, Tº I, pág. 550).- - - - -

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

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

----- “Al respecto, ha dicho este Superior Tribunal de Justicia que el \«... cumplimiento de las normas tendientes a asegurar que el reo cuente con asistencia letrada constituye requisito de validez cuyo incumplimiento determina una nulidad que debe ser declarada por el tribunal. Esta conclusión, agregó el Alto Tribunal [nacional], se asienta tanto en la garantía de la defensa en juicio del art. 18 de la Constitución, como en la del debido proceso que la complementa» (Alejandro D. Carrió, «Garantías

///21.- constitucionales en el proceso penal», Ed. Hammurabi, 4ª edición, pág. 433, con referencia a Fallos 310:1797, in re «LÓPEZ»)\' (conf. Se. 140/06 STJRNSP).- - - - -

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

----- “Ello es así por la variada actividad procesal (v.gr.: notificaciones, decretos, oficio,

testimonial) que se registra durante ese día 3 hasta antes de la declaración de la víctima en Cámara Gesell (fs. 45/50), lo sostenido por el Juez de Instrucción (\'... en la tramitación de expedientes con detenidos, las notificaciones se asientan directamente en el expediente (como aquellas de fs. 45) y los autos son llevados personalmente y «en mano» hasta las oficinas que correspondan (Fiscalía, Defensoría, Asesoría de Menores), se notifica al funcionario lo que corresponda e inmediatamente se regresa con la causa al tribunal sin dejarse otra constancia, todo de acuerdo al art. 135 [actual 124] del CPP...\' -fs. 172), y lo previsto en el art. 189 del rito (el sumario \'lo podrán examinar después de la indagatoria\'), sin que se dejara constancia de excepción alguna sobre su cumplimiento.- - - - -

----- “Aun en el somero conocimiento del proceso que habría tenido la Defensora Oficial con la notificación de fs. 45 in fine, en lo particular surge que el anoticiamiento de la entrevista a la víctima es meramente formal, porque el proveído que no menciona la hora en que se va a recibir la declaración, y las omisiones de la Defensa de resaltar esta

///22.- 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 preactiva, combatiente, que le permita al imputado «resistir» los embates del poder represivo. No

///23.- en vano Moreno Catena sostiene que la idea de defensa está naturalmente asociada a la agresión «... existente o meramente temida» [(conf. Víctor Moreno Catena, *La defensa en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 17 y ss.)]' (Juan L. Finkelstein Nappi, '\Del legitimador de condenas al defensor integral de los derechos humanos. El caso «Ricardo Alberto Núñez» y el derecho a la defensa técnica eficaz. Aciertos e interrogantes', publicado en Daniel R. Pastor –dir.-, *El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte Suprema. Análisis de los precedentes que transformaron el sistema penal*, ed. Ad-Hoc, 2007, págs. 228/ 229).- - - - -

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

///24.- compenetrarse de los elementos de conocimiento sobre las circunstancias del hecho de la causa y la personalidad de su defendido. Esto significa dejar sentado con claridad que el primer requisito de la labor defensiva es una adecuada información que, en lo posible, no puede limitarse únicamente a los datos de las actuaciones, ya que con frecuencia el propio interesado podrá ofrecer elementos de importancia para la actividad a desarrollar por el letrado’ (Vazquez Rossi, *La defensa penal*, ed. Rubinzal Culzoni, 2ª edición actualizada, 1989, pág. 206).- - - - -

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

Oficial se entrevistó con D.B. recién en fecha 04/04/07.- - - - -

- - -

----- “El inadmisibles 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 delinea la Corte a partir del precedente ‘CASAL’ (Fallos, 328:3399).- - - - -

----- “[...] 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

///25.- 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).- - - - -

----- “[...] 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 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

///26.- decisiones que puedan ocasionarle perjuicio.- - -

----- “[...] 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 asienta 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 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

///27.- 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 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).- - - - -

///28.-- “Entonces, la declaración de la víctima mediante el sistema de cámara Gesell de fs. 49, considerado por los Tribunales inferiores como un acto definitivo e irreproducible (conf. arts. 185, 186, 229 y ccdtes. C.P.P.), se realizó omitiendo cumplimentar los actos procesales necesarios para asegurar el real derecho de defensa en juicio, con lo cual se privó al imputado de la posibilidad de controlar en esa oportunidad la principal prueba de cargo (art. 18 C.Nac.)”.- - - - -

----- Por lo tanto, i) la resolución cuestionada, que rechaza un planteo de nulidad de la declaración en Cámara Gesell realizada en la etapa de instrucción, no es sentencia definitiva o equiparable a tal; ii) la nulidad que pretende la defensa provocaría una inmediata revictimización institucional de la menor, cuestión evitada por este Tribunal mediante la Sentencia 155/08 mencionada supra, por lo que la intervención que se solicita a este Cuerpo no sería reparadora sino perjudicial al superior interés del niño; iii) no obstante ello, en una ponderación de los derechos del imputado a una defensa efectiva y los cuestionamientos de dicha parte, es cierto que estos pueden volver a ser formulados en la instancia correspondiente, según lo establecido en las Sentencias 155/08 y 212/09 STJRNSP citadas previamente, y iv) los planteos traídos a esta instancia devienen del trámite de un proceso en instancia instructoria, que dilatan la faz de juicio, donde se deben ventilar todas las cuestiones propuestas por las partes y que finalizan con una sentencia que tiene carácter de definitiva y que pone fin a la situación de incertidumbre

///29.- que todo proceso penal abierto conlleva. A partir de entonces las partes interesadas podrán invocar o no los recursos que el ritual prevé.- - - - -

----- Por los motivos que anteceden, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de queja deducido en las presentes actuaciones, con costas. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - - - -

----- Adhiero al voto ponente y agrego que la doctrina legal del Superior Tribunal, expuesta en las Sentencias 155/08 y 212/09 STJRNSP, desarrollan en toda su extensión las formalidades que debe reunir una prueba para ser considerada irreproducible y así

ingresar al debate.- - - - -

----- Está claro que acceder a la pretensión de la defensa de anular en esta etapa la Cámara Gesell realizada a la menor, tendría como consecuencia su inmediata revictimización institucional, ante la invocada necesidad de volver a realizarla, a criterio de la Instrucción.- - - - -

-----Empero, a la par de este resguardo de raigambre constitucional al interés superior del niño, se encuentran las garantías del debido proceso para el imputado (en el caso, la existencia de una defensa efectiva -no meramente formal-) para el control, examinación o revisión de una prueba que puede ser decisiva para su situación procesal y en definitiva para la resolución de la causa en tiempo razonable.- - - - -

- - - - -

----- La interacción de ambos temas se encuentra tratada en los fallos citados, que son la doctrina legal que rige el caso.- - - - -

----- Asimismo, reitero mi opinión vertida en el Expte.Nº

///30.- 24988/10, caratulado “Z., G.M. s/ Queja en: \Z., G.M. s/Abuso sexual s/Inc. de excarcelación s/Apelación\”, en lo referido a que el imputado se encuentra restringido en su libertad, lo que exige una especial diligencia en el trámite de su proceso, hasta arribar pronto a un juicio rápido que defina de una vez y para siempre su situación.- - - - -

- - - - -

----- Como dije en dicha oportunidad, “[e]n tal objetivo se encuentran involucrada la totalidad de los operadores del aparato judicial, incluyendo a las partes (esto es, el Ministerio Público Fiscal y la defensa técnica del causante), toda vez que conspira contra la consecución de tal propósito la existencia de planteos improcedentes o extemporáneos que, en suma, resultan dilatorios para quien está en situación de detención desde el 08/07/10”. MI VOTO.- El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - - - -

----- Adhiero a la solución propuesta y agrego que las garantías constitucionales en el derecho penal obligan al juez y a los funcionarios del Ministerio Público a controlar de oficio el desarrollo del procedimiento para evitar nulidades absolutas o pronunciamientos sin sustento probatorio suficiente, “más allá de toda duda razonable”, de acuerdo con el criterio de este Cuerpo en las Sentencias 128/08 y 74/10 STJRNSP y con la doctrina de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 332:1210 y 331:2449. MI VOTO.- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE:

///31.-

Primero: Rechazar el recurso de queja interpuesto a fs.

----- 10/12 y vta. de las presentes actuaciones por el doctor Tomás Armando Rébora en representación de G.M.Z., con costas, y confirmar la Sentencia Interlocutoria N° 1/11 de la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma.-----

Segundo: Registrar, notificar y, oportunamente, archivar.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 1

SENTENCIA: 17

FOLIOS: 190/220

SECRETARÍA: 2