

**Expediente IPP nueve mil setecientos setenta y seis.**

**Número de Orden:413**

**Libro de Sentencias n°15**

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los treinta **días del mes de diciembre del año dos mil trece**, reunidos en su Sala de Acuerdos los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, doctores **Pablo Soumoulou y Gustavo Angel Barbieri (art. 440 del C.P.P.)**, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. nro. 9776/I: "G. R. E. por abuso sexual agravado en Coronel Dorrego"**, y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de esta Provincia y 41 de la Ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en este orden, Dres.: **Soumoulou y Barbieri**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

### **C U E S T I O N E S**

**1ra.) ¿Es justa la resolución apelada?**

**2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar ?**

### **V O T A C I O N**

**A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO:** A fs. 307/317 interpone recurso de apelación el señor defensor particular, doctor Sebastián B. Martínez contra la resolución de fs. 280/302 dictada por el señor Juez de Garantías, doctor Guillermo Gastón Mercuri que no hizo lugar a la nulidad y exclusión probatoria de la declaración testimonial tomada en cámara Gesell realizada en autos y sus actos posteriores por no resultar contrariada garantía constitucional alguna y rechazó el sobreseimiento solicitado por la defensa técnica en favor de R. E. G..

En su estructura general los agravios esgrimidos por el recurrente son similares a los reparos opuestos en el responde a la vista de la requisitoria de elevación a juicio

formulada por el fiscal.

Funda su agravio central en el rechazo de la nulidad y exclusión probatoria de la declaración de la menor víctima realizada bajo la modalidad de Cámara Gesell y su extensión a todos los actos que sean su consecuencia directa.

Esgrime en concreto, que la referida declaración de la víctima constituye uno de los elementos de mayor entidad cargosa recabado en perjuicio de su asistido, pero que al momento de su realización ni la defensa ni el encausado se hallaban presentes, a lo que suma la falta de la debida notificación a su asistido, ausencia que a su entender habría privado de la posibilidad de presenciar, controlar e interrogar o proponer repreguntas a la menor o pedir aclaraciones o explicaciones sobre las respuestas dadas por ella.

Señala que esta situación, violenta el derecho de defensa en juicio , desde que la declaración de la niña prestada a tenor de los arts. 102 bis y 274 del C.P.P. fue realizada al margen de las reglas procesales en tanto su defendido se vio impedido de asistir oportunamente al acto - ni tampoco estuvo presente su defensor- a fin de controlarlo, mas allá de las particularidades que presentan los testimonios de los menores.

Refiere que es discutible la afirmación del *a quo* en cuanto sostiene que la declaración testimonial recibida bajo la modalidad de Cámara Gesell tiene carácter de acto repetible, ya que la "reedición" o "reproducibilidad" del interrogatorio provocaría la revictimización de la menor víctima en contra del principio del interés superior del niño reconocido expresamente en las normas internacionales en la materia.

Reseñando un extenso tramo de la resolución en crisis para ilustrar su reclamo, el recurrente aduce que al poner énfasis el magistrado en la notificación a la defensa intenta desviar la atención al carácter impostergable de la notificación personal al encausado, ya que a su entender la notificación realizada a sus familiares - no imputados- es incorrecta, pues quien debió ser notificado de la realización del acto procesal es su defendido para permitir un acabado ejercicio de su defensa material.

Menciona además, que el procedimiento practicado para realizar la declaración de la

menor, también es censurable a la luz del principio de inmediación que admite la alternativa de seguir desde el exterior el acto, siempre claro está que el encausado se encuentre anoticiado para poder concurrir.

Colige que ante la imposibilidad de control de la referida prueba se infringen los pilares del proceso penal: el principio de inmediación y de defensa. Cita en abono de su tesis los pronunciamientos de la CSJN, otros fallos internacionales y la doctrina nacional citada al oponerse a la requisitoria fiscal.

Finalmente, sostiene que excluído el testimonio de la menor y ante la ausencia de otras pruebas que den base a la acusación corresponde el sobreseimiento de su defendido al verificarse un estado de certeza negativa y ante la insuficiencia probatoria que permiten tolerar un estado de incertidumbre invencible, de acuerdo al art. 1ro. del C.P.P..

Adelanto que, en mi opinión, el recurso interpuesto no ha de prosperar, en tanto no se advierte que la declaración de la menor víctima obtenida mediante el método de Cámara Gesell -llevado a cabo sin la presencia del imputado y del defensor-, vulnere la garantía de la defensa material del encausado ni contraríe el principio de inmediación en materia procesal que puedan derivar en la sanción articulada por el recurrente; y como consecuencia de ello, anticipo que, en autos existen elementos de convicción suficientes para tener por acreditada, con el grado de probabilidad requerido en esta etapa, la materialidad ilícita y la responsabilidad del imputado en el hecho materia de investigación (arts. 337 y 157 del C.P.P.), descartando así, la propuesta defensiva de aplicar al caso el principio del *in dubio pro reo*.

En oportunidad de la elevación de la causa a juicio (fs. 136/139 vta.), el Fiscal General Adjunto imputa a R. E. G.. haber abusado sexualmente de su sobrina R. B. C. (nacida el 2/10/97) desde el 24 de febrero de 2008 (en el que el imputado cumplió los 18 años de edad) hasta días antes de la radicación de la denuncia, actos realizados en el lugar de residencia de la niña y en ocasión en que se encontraba sola, aprovechando la relación de confianza y encontrándose encargado de su cuidado, obligando a la menor a

mantener relaciones sexuales con acceso carnal vía vaginal.

La citada declaración fue designada por el magistrado de garantías (fs. 56) y puesta en conocimiento del Ministerio Público Fiscal (fs. 57) y al señor Defensor Oficial, doctor Pablo Radivoy (fs. 56vta.).

Respecto a la falta notificación de la referida diligencia al imputado, voy a compartir lo expuesto al respecto por la defensa en cuanto a la inexistencia de anoticiamiento personal, pero me apresuro en señalar que no es de recibo por esa sola circunstancia la nulidad reclamada por el Dr. Martínez de la audiencia realizada en los términos del art. 102 bis del rito. No puedo dejar de destacar además que la diligencia de anoticiamiento del entonces sospechado G., se practicó en el domicilio que aportara (fs. 63, 80, 82 y 161) a su empleador, no pudiéndose requerir mayor dirigencia.

Sostuvo este Cuerpo, en un precedente similar al que nos ocupa, que: "*tal como surge del propio artículo 102 bis del Código Procesal Penal la observancia de las exigencias previstas por el artículo 274 de dicho ordenamiento legal, lo es sólo a los efectos de evitar la repetición de la declaración de la menor, en el futuro Juicio Oral y Público.*

*Será entonces en aquella oportunidad donde el Tribunal de juicio deberá evaluar si la declaración cumple con los recaudos para conformar los requerimientos previstos por la norma para tal fin, ya que de hacerlo ésta Alzada en la presente instancia significaría inmiscuirse en el trámite y decisión de cuestiones que son propias de los Magistrados que intervengan en el debate. Pero como se adelantara, la declaración testimonial recibida (con control de la defensa), resulta plenamente válida en esta etapa.*

*Cabe también puntualizar que la defensa tampoco ha señalado cuál sería el perjuicio que le ha irrogado la falta de anoticiamiento del justiciable al menos en la actual etapa procesal, habida cuenta la posibilidad que existe de repetir la diligencia, en el Debate Oral en caso de arribarse a esa instancia y de que el Tribunal de Juicio no autorice la incorporación tal como lo prevén los arts. 102 bis y 274 del Rito. ..."* (I.P.P

Nro. 9808/1 Cruz, David Daniel s/ Incidente de Apelación, 10/11/11).

En definitiva, la notificación de la declaración testimonial de la víctima menor antes de su realización es a los efectos de proteger los derechos del imputado de controlar el desarrollo de la prueba -formular preguntas o aclaraciones que estime conveniente-, pero no puede derivarse de su incumplimiento en forma automática, un perjuicio para la defensa, sino que debe existir además un real y efectiva imposibilidad de ejercer durante el progreso de la causa esos derechos, pues sólo en caso de que existiera una imposibilidad material de presentar la prueba en otra instancia, los derechos del imputado se verían frustrados. Así por ejemplo la variada jurisprudencia citada por el recurrente lo es al momento de dictar fallo definitivo.

Por las razones expuestas, no es este el caso.

De modo tal que, no habiendo el señor defensor particular demostrado ningún menoscabo ponderable al derecho de defensa en juicio del imputado ni mediando afectación al principio de inmediación en materia procesal penal, propongo al acuerdo rechazar el planteo de nulidad de la audiencia celebrada en los términos del art. 102 bis del C.P.P.

Va de suyo entonces que sorteada la polémica de la nulidad, la ausencia de individualización de agravios específicos en torno a la acreditación de la materialidad ilícita y de la demostración de la responsabilidad de G. en el hecho que se le imputa por parte de la defensa, restringe a este Cuerpo el ingreso al tratamiento de esas cuestiones en virtud de la manda del art. 434 del C.P.P. .

Así lo voto.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO:** Adhiero por sus fundamentos al voto del **Dr. Soumoulou.**

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO:** Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde **confirmar** la resolución de fs. 280/302, por la que no se hizo lugar a la nulidad y exclusión probatoria de la declaración testimonial de la víctima menor tomada en cámara Gesell (art. 102bis del C.P.P.), y sus

actos posteriores por no resultar contrariada garantías constitucional alguna y en consecuencia rechazar el sobreseimiento solicitado por la defensa técnica en favor de R. E. G.. (arts. 157, 210, 337 y 440 del C.P.P.).

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO:** Adhiero por sus fundamentos al voto del **Dr. Soumoulou.**

**Con lo que culminó el Acuerdo que signan los Sres. Jueces nombrados.**

### **RESOLUCIÓN**

***Bahía Blanca, diciembre 30 de 2.013.***

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto: ***Que es justa la resolución apelada.***

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede: este **TRIBUNAL, RESUELVE: CONFIRMAR** la resolución de fs. 280/302, por la que no se hizo lugar a la nulidad y exclusión probatoria de la declaración testimonial de la víctima menor tomada en Cámara Gesell (art. 102bis del C.P.P.), y sus actos posteriores por no resultar contrariada garantías constitucional alguna y en consecuencia rechazar el sobreseimiento solicitado por la defensa técnica en favor de R. E. G.. ; debiendo seguir los autos según su estado (arts. 157, 337, 439 y 440 del C.P.P.).

**Notifíquese mediante oficio al señor Fiscal General la presente resolución.**

**Atento la inminencia en el inicio de la feria Judicial devuélvase las presentes actuaciones al Juzgado de Garantías de origen, donde deberán realizarse las restantes notificaciones de rigor.**

