

SENTENCIA Nº veinticinco/2018. En la ciudad de Neuquén, a los tres días del mes de abril de 2018, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación integrada por las Dres. Andrés Repetto, Daniel Varessio y Federico Sommer presidida por el último de los nombrados, con el objeto de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial Legajo Número: (21418/2017) “**P....., N..... Y OTRO S/ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO**”, seguido contra: **Sr. C..... M..... I.....**, D.N.I. n°, nacido el de de, en, hijo de V..... I....., casado, estudios primarios completos,, con domicilio, de, de los, por el hecho cometido el día 17 de mayo de 2017, en perjuicio de la joven V..... M..... A..... de 15 años de edad, declarado autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, en calidad de autor (conf. artículos 119 primer párrafo y 45 del Código Penal).

Intervinieron en la instancia de impugnación el Dr. Manuel González, por el Ministerio Público Fiscal, el Dr. González por la querrela Institucional y el imputado, asistido por el Dr. Ignacio Pombo.

ANTECEDENTES:

Por sentencia recaída en el Leg. 21418, el 15 días de noviembre del 2017, en la ciudad de Junín de los Andes el Dr. Mariano Etcheto resolvió Declarar penalmente responsable al Sr. C..... M..... I....., D.N.I. n°, nacido el de de, en, hijo de V..... I....., casado, estudios primarios completos,, con domicilio en,, departamento, de, por el delito de abuso sexual simple, en calidad de autor (conf. artículos 119 primer párrafo y 45 del Código Penal), por un hecho cometido el 17 de mayo del corriente año, en perjuicio de la joven V..... M..... A....., en

Y por sentencia del día 11 de diciembre de 2017 se lo Condono a C..... M..... I....., D.N.I. n° a la pena de ocho meses de prisión, de ejecución condicional, por el delito de abuso sexual simple, en calidad de autor (arts. 119, primer párrafo y 45 del Código Penal;

El día 15 de marzo se llevó a cabo la audiencia prevista en el art. 245 en la que se debatieron oralmente los fundamentos de la impugnación de la Defensa.

Se dispuso que debía observarse el siguiente orden de votación: Dr. Daniel Varessio, Dr. Andrés Repetto y Dr. Federico Sommer.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge del art. 193 y 246 del Código de rito, se ponen a consideración las siguientes cuestiones:

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?

El Dr. Daniel Varessio, dijo:

El defensor explicó por qué consideraba que era admisible la impugnación desde el punto de vista objetivo y subjetivo, entiendo que la impugnación ordinaria fue presentada en término, revistiendo la decisión el carácter de definitiva.

La impugnación, además, resulta autosuficiente, porque de la presentación de los agravios es posible conocer cómo se configuran –a juicio del impugnante– los motivos aducidos y la solución final que propone.

Por todo ello considero que debe declararse la admisibilidad formal de la impugnación deducida (arts. 233, 236 y 239 del CPP).

El Dr. Andrés Repetto, dijo:

Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El Dr. Federico Sommer, dijo:

Adhiero al voto del Juez preopinante.

SEGUNDA: ¿qué solución corresponde adoptar?

El Dr. Daniel Varessio, dijo:

En el transcurso de la audiencia de Impugnación, los agravios fueron expresados oralmente por el Sr. Defensor Oficial Dr.Pombo.

a)Señaló que presento esta impugnación con la finalidad de que se revise la sentencia condenatoria de ocho meses de prisión de ejecución condicional que se le impuso a C..... M..... I..... -

Indico que se encuentran reunidos los requisitos formales para la procedencia del recurso; es una sentencia definitiva y se encuentran reunidas las condiciones subjetivas y objetivas, fue presentado en plazo por I.... dentro de los 10 días de la sentencia y dentro de los dos días hábiles la defensa presento estos argumentos.

Narro que el hecho por el que se encontró culpable a C..... M..... I..... es que “ el día 17 de mayo de 2017 a las 18,30 horas aproximadamente, abusara sexualmente de V..... M..... A..... de 15 años de edad, en oportunidad de trasladarse a bordo del ómnibus de la empresa Expreso Los Andes, entre el trayecto desde la intersección de calles Perito Moreno y Belgrano , hasta la garita ubicada frente a la escuela CEPEM 28 de esa ciudad, abusara sexualmente de la joven A..., mediante tocamientos que efectuara con sus manos sobre la cola de la joven, aprovechando para ello la cantidad de personas que viajaban en la parte trasera del colectivo y la

utilización de su abrigo para esconder sus manos al efectuar los distintos tocamientos. Conducta que fue repetida a lo largo del trayecto en al menos cinco oportunidades hasta su descenso en la garita ubicada en el cepem 28. Pese a los distintos reclamos que la joven le efectuara al ciudadano I.... y a su sobrino N.... P..... Conducta que fue calificada como abuso sexual simple, en calidad de autor, artículos 119 primer párrafo y 45 del C.P.

Expreso que dos son los motivos de agravios, el primero de ellos guarda relación con la incorporación al juicio de las dos entrevistas en cámara gesell realizadas a V..... M..... A..... víctima de autos y a su amiga o compañera M.... d. C..... S..... que también viajaba en el colectivo; esa entrevistas a pesar de la oposición de esta defensa fueron admitidas en el juicio. El Dr. Balderrama en la audiencia de control de acusación permitió el ingreso al juicio de las entrevistas bajo esa modalidad a todas luce ilegítima.

Indico que careció de total control por parte de esta defensa en este legajo, primero la investigación del Ministerio Publico Fiscal se apuntó al señor N..... P....., que también viajaba en ese colectivo junto con C..... I..... La fiscalía le formula una imputación, le notifica al señor P..... del Legajo, interviene el Dr. Areco como defensor Oficial y se realizan las entrevistas de Cámara Gesell que se llevan a cabo el 29 de junio del año 2017.

Aseguro que previo a esas entrevistas en cámara Gesell el Ministerio Publico Fiscal ya sabía que la otra persona que viajaba en el colectivo era C..... M..... I..... y previo a esas cámara gesell le notifica el hecho a I.... y este designa a la defensa publica el 26 de junio del 2017, ese mismo día el legajo de notificación realizado por la comisaria ingresa a la Fiscalía. El 29 de junio se hacen las

entrevistas en Cámara Gesell con la presencia de N.... P..... y el Dr. Bernardo Areco en defensa de sus intereses.

Agrego que luego la fiscalía le formula cargos a I....., cuando la defensa del Dr. Areco toma conocimiento de esa denuncia, se excusa por existir intereses contrapuestos, porque él había representado intereses contrarios, ahí toma intervención esta defensa y ahí se observa al ver las entrevistas, se pide al señor juez de garantías una nueva cámara porque había distintos puntos en el que la defensa quería conainterrogar sobre cómo había sido la versión de los hechos que tenía su asistido. El Dr. Areco al defender los intereses de P..... no podía defender intereses de otra persona que no conocía.

Añadió que el 22 de septiembre le pidió al señor juez de garantías que se realicen estas entrevistas nuevamente para poder preguntar distintos extremos, entre ellos cuales eran los movimientos que las personas realizaban arriba de la unidad que no lo refieren los testigos, cuáles son las circunstancias del hecho, es decir un supuesto roce con la cola en el colectivo, saber si había otras personas que circulaban detrás de ella o en las cercanías, las contradicciones entre la denunciante y la compañera en la forma en que ocurrieron los hechos, porque una le dice me están tocando mientras que la otra dice que es ella la que le dice que la están tocando, respecto de la cantidad de veces, del contacto físico, no explica las características, respecto del hecho anterior tampoco pudo preguntar. A la defensa se le privo la oportunidad de hacer este conainterrogatorio sobre la prueba .Por eso se convocó al inspector Balmaceda que estaba a cargo de las notificaciones de I..... pero la fiscalía y la querrela adelantaron que no discutirían el tema de fechas, por lo que se desistió del testigo.

Indico que el Testimonio del Dr. Areco es para saber su intervención en el legajo y a quien represento.

Seguidamente declaro el Dr. Bernardo Areco.

Prosiguió su alegato sosteniendo que la intervención del Dr. Areco fue en defensa de los interés de N..... P..... y no de C..... I....., que no fue convocado a esa cámara gesell ni fue notificado , no pudo controlar esta prueba , ni preguntar ni repreguntar sobre cuestiones que arrojan dudas sobre el testigo de cargo. Esta defensa no tuvo ni siquiera la posibilidad de estar presente en esa Cámara Gesell y cuando se le pidió al señor Juez de garantías que no incorpore esa prueba, primero le dijimos necesitamos rehacer esa prueba, que se haga otra entrevista en cámara gesell. Para evacuar las dudas que tenemos sobre este caso. Nos fue negada, porque sabíamos que era la prueba basal en la sentencia, el juez la incorporo al debate. La sentencia se basó exclusivamente en el testimonio de M..... A..... y S..... es decir las dos entrevistas en cámara gesell. Esta sentencia se basa en prueba que fue obtenida en inobservancia de garantías constitucionales de su asistido y por ese motivo debe ser revocada por el tribunal de impugnación.

El segundo motivo de agravio guarda relación con la arbitraria valoración de la prueba que se basan en estas entrevistas en cámara gesell. Esa fundamentación es insuficiente y contraria al principio de certeza más allá de toda duda razonable, esta sentencia no logra desvirtuar la presunción de inocencia de su asistido.

La decisión se fundamenta en el testimonio de V.... M..... A..... y M..... d... C..... S....., donde existen contradicciones entre ambas que impiden darles el peso que les adjudico el Dr. Etcheto. La denunciante durante su entrevista indico en

su primer momento que M..... S..... le dice “te están Tocando” y luego explica que fue ella la que le pregunta a su compañera si la tocaban, respondiendo M..... d... C..... S..... que sí; Sin embargo en el testimonio de esta última es la denunciante quien afirma los tocamientos.

Sostuvo que cuando M..... d.... C..... S..... describe la posición de la denunciante y el acusado en el colectivo, explica que el roce es con la parte externa de la mano y que pudo deberse al movimiento del colectivo los tocamientos. M..... al describir esos roces indicó que la denunciante ya había sufrido un episodio con otra persona que incluso salió en los diarios. También es N.... P....., quien dio cuenta que no había existido ninguna situación, ni un roce entre I..... y esa Joven. El señor juez rechazó el testimonio diciendo que no aporta ningún dato de interés con relación a la teoría del caso del acusado. Queda en evidencia que la sentencia en forma arbitraria le presta mayor peso a los testimonios de la acusación que fueron contradictorios, por sobre los dichos de su asistido y el testimonio de P..... fue valorado en forma sesgada. Las otras pruebas fueron el testimonio de la madre de la denunciante y el padrastro de la denunciante quienes no aportaron más que la propia versión de la víctima por lo cual no son testimonios directos de prueba.

Por estas razones solicita se revise la sentencia debe revisarse por violación al in dubio pro reo, absolviendo a su asistido.

b) Por su parte la Fiscalía, representada por el fiscal del caso Dr. Manuel González expuso que: Tal como lo reconoce la defensa al momento de pedir una nueva cámara Gesell un juez de garantía rechazó ese pedido, porque debe haber valorado que la cámara Gesell era válida respecto del señor I..... Este mismo planteo

fue realizado en la audiencia de control de acusación en la que intervino el juez de Garantías Juan Pablo Balderrama donde se rechaza este mismo planteo. En este aspecto entiende que si prospera el planteo que aquí se efectúa estaríamos desvirtuando el ordenamiento procesal. La audiencia de control de acusación es un filtro en el cual se discute la prueba que pasara a juicio. La defensa podría haber recurrido lo resuelto por el Dr. Balderrama y el desgaste de realizar el juicio, aquí estamos discutiendo sobre la validez de la prueba, el defensor no planteo impugnación alguna.

Además señalo que cuando se hizo la cámara gesell estaba el Dr. Areco si bien defendiendo l....., entiende que no se puede obviar que es un defensor oficial y esto de los intereses contrapuestos no es habitual, de hecho acá no habría intereses contrapuestos.

Con respecto al segundo agravio respecto de la falta de fundamentación de una sentencia arbitraria. Esto obedece cuando el juez no se expide sobre las cuestiones de juicio, están los fundamentos la sentencia habla sobre todo lo que se produjo en el juicio que a uno no le guste la argumentación o la argumentación haya ido en contra de una parte eso es así siempre. Por eso entiende que la sentencia del Dr. Etcheto es amplia, extensa y argumenta sobre todo lo que se realizó en el juicio oral.

c) Por último el Dr. Lucas Gonzales representante de la Defensoría de los derechos del niño siguiendo la línea que inicio el señor fiscal solicitamos el rechazo de la impugnación.

Entendió que el primer agravio fue tratado desde aquella audiencia en el cual vencido el plazo del periodo de prueba la defensa intenta ampliar con una nueva cámara gesell sobre las niñas

que habían relatado previamente intenta ampliar la prueba proponiendo que declaren nuevamente destacando que no había participado en representación de I.... y pretendía abordar dos aspectos concretos en estas declaraciones. Preguntarle a las jóvenes cuantas personas iban en el colectivo y la posición de estas personas en el colectivo y si la joven víctima en el hecho había vivido una situación similar de modo previo con otra persona en un colectivo.

Afirmo que lo cierto es que en ese intento en septiembre del año pasado, el juez de garantías Dr. Balderrama advierte que estos dos puntos pedidos por la defensa, podrían abordarse por medios distintos de prueba. Como fundamento principal que estos dos puntos podrían ser abordados por medios alternativos de prueba y que con el caso del abuso anterior no se veía una correlación respecto al hecho que se investigaba en este legajo con el anterior. Hablo de una nueva victimización que traería una nueva cámara gesell y rechazo el pedido. Agrego que días más tarde se celebra el control de acusación fue el 2 de octubre en el cual el señor defensor plantea la inadmisibilidad de las dos cámaras gesell originarias. Sin perjuicio de reconocer que los imputados tenían derecho al contra examen. Los dos extremos fueron abordados por el juez que intervino en el debate en la sentencia de responsabilidad, descarta de pleno la supuesta persecución de lo que le sucede sobre un hecho similar que le había pasado con otras personas. Da por asentado de que este hecho anterior habría sucedido como lo quería acreditar el defensor. Respecto a la cantidad de personas y a la posición de las mismas en el colectivo, dijo que podrían haberse abordado medios de pruebas alternativos y lo cierto es que del testimonio de las dos jóvenes queda claro la posición en que se encontraba P..... N..... como I..... en el colectivo.

Respecto a porque no se citó a I..... a la celebración de la cámara gesell, lo cierto es que la autoría de I.... surge de las cámaras gesell. Si la defensa que ejerció el Dr. Areco, hubiera entendido que había intereses contrapuestos, tuvieron tiempo para plantearlo. El 17 de mayo sucede el hecho, se lo detiene a P..... y se le formulan cargos el 18 y la cámara gesell se celebra el 26 de junio. Con casi un mes pasado el hecho. Respecto del segundo agravio la sentencia se basta a sí misma aborda todas las defensas que alega la parte defensora e impugnante por lo cual solicito se rechace la impugnación.

d) Concedida la palabra al Dr. Pombo agregó que el rechazo de Balderrama en la audiencia de control de acusación implique que ahora no se puede plantear y como pide el Dr. González que impugne, no es así, es claro el sistema procesal que las decisiones del juez en el control se deben resolver en esta instancia. Se hizo reserva y ahora se impugna la incorporación de esa prueba ilegítima porque es claro el artículo. Respecto de la notificación del señor I....., el Dr. Areco fue por la defensa de N.... P..... y defendió sus intereses. Y en forma paralela la fiscalía estaba en conocimiento de la existencia de otro imputado que no solo mandó a investigar, sino que logró el 23 notificarlo, el 26 le notifica derechos y el 29 hace la audiencia sin darle conocimiento a ninguna de las partes, con lo cual el Dr. Areco mal podría excusarse ya que no le habían dado intervención. Finalmente respecto del rechazo del Dr. Balderrama, la defensa pidió, imploro hacer esta cámara gesell, no pudimos en el juicio a partir de la prueba demostrar la tesis de la defensa de que eso no había sucedido.

Finalmente, concedida la palabra al imputado, no hizo uso de la misma.

e) Previo a ingresar a las cuestiones de fondo, estimo ilustrativo reseñar que el delito por el que ha sido condenado el señor C.... M..... I..... es por abuso sexual simple artículo 119 primer párrafo y 45 del Código Penal .El mismo ocurrió en un ómnibus urbano y consistieron en tocamientos en zonas erógenas.

En la audiencia de Impugnación se plantearon dos agravios concretos, uno vinculado con la incorporación al juicio de las dos entrevistas en cámara gesell realizadas a V..... M..... A..... víctima de autos y a su amiga o compañera M.... d.... C..... S.....; esa entrevistas fueron admitidas en el juicio a pesar de la oposición de la defensa. El Dr. Balderrama en la audiencia de control de acusación permitió el ingreso al juicio de las entrevistas bajo esa modalidad a todas luce ilegítima. El segundo agravio es relativo a arbitraria valoración de la prueba.

En primer lugar corresponde hacer referencia a que no resulta controvertido por ninguna de las partes y por tal motivo se desistió del testigo Balmaceda que la fiscalía efectuó una investigación y ordenó a la brigada de investigaciones que notificara de las actuaciones al señor C..... M..... I..... con anterioridad a la realización de la cámara gesell.

Tampoco está controvertido que el legajo con la notificación a I.... ingreso en mesa de entradas de Fiscalía con anterioridad a la audiencia de cámara gesell y que el único que fue notificado de la realización de ese anticipo jurisdiccional de prueba fue el señor N..... P..... que designo al Dr. Bernardo Areco. De igual modo está en discusión que el señor I..... designo a la defensa oficial en el momento de ser notificado del hecho el día 23 de junio de 2017 y que la fiscalía con esa información en su poder omitió efectuar la notificación pertinente.

Tanto la fiscalía y la defensoría de los derechos del niño, reconocen la falta de notificación y el derecho que le asiste al imputado como a su defensor de formular preguntas o solicitar aclaraciones en las entrevistas de cámara gesell.

De modo tal que las consecuencias jurídicas de la falta de notificación produjo en la parte impugnante un agravio de imposible reparación ulterior, al impedirle participar en un acto procesal de suma trascendencia. En efecto el artículo 49 del Código Procesal consagra derechos al imputado en su inciso segundo 2do " A ser asistido, desde el primer acto del procedimiento, por el defensor que proponga él o una persona de su confianza, y en defecto de aquél, por un defensor público".

Por otra parte la oportuna intervención del defensor oficial haciendo uso del derecho a interrogar a los testigos hubiera evitado la conculcación e garantías constitucionales.

Resulta que el código procesal establece que la calidad de imputado se adquiere desde el momento inicial, el artículo 48 así lo establece " Se denominará imputado a toda persona a quien, mediante denuncia, querrela o cualquier acto del procedimiento del fiscal o de la Policía, se señale como autor o partícipe de un delito, o sin ser señalado, aquel contra quien se practique actos de investigación". Y lo cierto es que l..... desde el día 23 de junio de 2017 revestía esa calidad. Y como tal tenía derechos y garantías que debían respetarse.

La información privilegiada con la que contaba fiscalía no fue compartida ni notificada a la defensa, ello frustró la participación de la misma en las entrevistas de cámara gesell. Cabe destacar que resulta una galimatías asimilar la participación del Dr.

Areco como garante de la legalidad , ya que como el testigo expreso solo se le notifico su participación en carácter de defensor de N..... P....., aun más el propio Dr. Lucas González dijo “la participación de I... surge de la cámara gesell”. Sin embargo olvida el querellante institucional al adherir al alegato de la fiscalía y haber prestado conformidad al desistimiento del testimonio de Balmaceda que la fiscalía por intermedio de la brigada de investigaciones inicio una investigación contra I.... y lo notifico con anterioridad a la cámara gesell.

Es importante destacar que el planteo de la defensa tuvo por objetivo sostener su propia teoría fáctica para así rebatir aspectos esenciales de la imputación, mediante la formulación de preguntas a la víctima, menguando de ese modo la efectividad de su teoría con el consecuente menoscabo de derechos.

Tales circunstancias sumado al esfuerzo realizado por la defensa oficial desde su intervención, tratando de sanear inobservancias procesales al solicitar la realización de una nueva entrevista, no tuvo eco en el juez de garantías, entiendo que ahí se inobservó el artículo 125 del Código Procesal al no “controlar el cumplimiento de los principios y garantías procesales”, en función del Artículo 155 y 156º al haberse omitido practicar el acto citando a todas las partes.

Obsérvese que el delito investigado era un abuso sexual simple cometido sobre una menor de 15 años, por lo que el fundamento de la re victimización pierde fuerza convictiva, más aún cuando la defensa solo buscaba indagar sobre cuestiones puntuales y no sobre todo el contenido de la entrevista.

Por otra parte ante las decisiones anteriores adversas el defensor realizo un máximo esfuerzo de modo de asegurar un máximo rendimiento de su petición en la audiencia de control de acusación, el que tampoco fue oído, poniendo en jaque su teoría del caso al haberse conculcado garantías constitucionales de defensa en juicio tornando nulo el fallo que declaro la responsabilidad.

Ahora bien, partiendo del axioma de que “ No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías del imputado previstos en la Constitución de la Nación, en la Constitución de la Provincia y en este Código”,(artículo 95 del C.P.P.); y surgiendo que a pesar de los esfuerzos de la defensa para que se rectifiquen los errores , realizando planteos y efectuando reservas en todas las instancias advirtiendo sobre las consecuencias de la falta de saneamiento, no se cumplió la manda procesal, deviene una consecuencia ineludible que es la declaración de nulidad. En ese sentido conforme lo estipula el artículo 98 del C.P.P.(...)” Cuando la invalidez se funde en la violación de una garantía establecida en favor del imputado, el procedimiento no podrá retrotraerse a etapas anteriores, salvo el caso de reenvío”.

Por todo lo expuesto corresponde anular el pronunciamiento condenatorio impugnado, (arts. 246 y ccdtes. del Código Procesal Penal) y disponer el reenvió del legajo a la oficina judicial de la IV Circunscripción Judicial para que un nuevo juez celebre un nuevo juicio de responsabilidad con la posibilidad de que las adolescentes V.... M..... A..... y M..... d..... C..... S..... testimonien personalmente, ya que contarían con 16 años de edad y estarían en condiciones de contestar los interrogantes planteados por la defensa y que fueran motivo de agravio . Tales circunstancias, son

más que suficientes para no ingresar a tratar el segundo agravio que guarda relación con la arbitraria valoración de la prueba que se basan en estas entrevistas en cámara gesell al entender que debe hacerse lugar al primer agravio. Es mi voto.

El Dr. Andrés Repetto, dijo:

No puedo acompañar el voto del Sr. Juez preopinante en razón de que no comparto algunos de los argumentos enunciados.

Mi voto discurrirá sobre dos cuestiones muy específicas. En primer lugar considero que la defensa consintió la decisión del juez de garantías que rechazó el pedido para realizar una segunda cámara gesell y, en segundo lugar, entiendo que la defensa no explicó en esta instancia cuál es el perjuicio real que le causó no haber podido interrogar a la víctima menor de edad y a su amiga, y de qué manera las preguntas que le impidieron realizar hubieran permitido que la resolución del caso hubiera sido la absolución de su pupilo.

Sobre la primera cuestión debo realizar una consideración formal, tendiente a clarificar qué es lo que en realidad está impugnando la defensa. Ella sostuvo en su escrito de impugnación, y a lo largo de la audiencia en esta instancia, que su primer agravio se *“...centra en que el Sr. Juez de Garantías Juan Pablo Balderrama, al momento de realizar el control de la acusación, permitió el ingreso al juicio de las entrevistas bajo la modalidad de cámara gesell de Vi..... M..... y de M..... d..... C..... S....., prueba a todas luces ilegítima y que fueron el principal sostén de la condena dictada por el Dr. Etcheto.*

En tal sentido, he de recordar (dijo el defensor en su escrito) que en la audiencia de fecha 2 de octubre de 2017

(audiencia de control de la acusación), *esta defensa se opuso a que se exhibiesen en juicio tales entrevistas, dado que para su celebración no se había dado intervención ni a esta defensa ni notificado a C..... M..... I....., razón por la cual no pudimos interrogar a tales testigos...*

Cabe destacar (continuó diciendo) que en forma previa a la audiencia de control de la acusación, esta defensa había solicitado la ampliación de las cámaras gesell a fin de poder interrogar a la denunciante sobre distintos puntos que hacían al interés de esta defensa y que resultaba necesaria que las testigos explicasen, oportunidad que fue vedada por el juez de Garantías (ver audiencia de fecha 22 de septiembre de 2017)...”.

Para que se pueda entender debo aclarar ahora como fueron las distintas audiencias y lo consecuentes pedidos de la defensa en cada una de ellas.

En la audiencia del 22/9/17 la defensa solicitó al juez Juan Pablo Balderrama que disponga realizar una segunda cámara gesell con la menor víctima y con una menor testigo del hecho, para permitirle a esa parte realizar preguntas relativas a acreditar, en primer lugar, qué cantidad de gente viaja en el colectivo en el momento del hecho y cuál era la ubicación de estas personas y, en segundo lugar, para poder interrogar a la víctima respecto de otro hecho de abuso sexual que habría sufrido con anterior al que aquí se juzga. La defensa textualmente solicitó: “...Son dos o tres puntos específicos sobre los que esta defensa desea interrogar a la menor en la cantidad de personas, la forma de disposición de las personas en el colectivo donde habrían ocurridos estos hechos que fueron en un transporte público, y por otro lado sobre una situación particular en donde no se hizo hincapié en esa cámara gesell anterior, en esa entrevista anterior,

es que esta adolescente habría sufrido un hecho de similares características con anterioridad, lo dicen al pasar, también habría sido en un colectivo, y nadie hizo hincapié en ese punto, y no conocemos esas circunstancias que habrían rodeado ese abuso anterior que habría sufrido la niña. Si bien no es el objeto de esta acusación que pesa sobre el Sr. I.... ese otro incidente que habría sufrido, lo cierto es que dadas las características del hecho que se le reprocha a mi asistido, que se le reprocharía a mi asistido es importante conocer esa otra circunstancia. Por ese motivo y ante la falta de posibilidad de interrogar a V.... M..... A..... sobre estos puntos porque no hemos intervenido en esa otra cámara gesell es que solicitamos que se autorice ésta nuevamente para poder evacuar estos interrogantes y estas dudas que tiene esta defensa y el Sr. I.....” (Cf.Video de audiencia del 22/9/17, desde 10:34:28 hasta 10:35:44).

En dicha audiencia el juez resolvió no hacer lugar al pedido de la defensa por considerar que la información a la que pretendía acceder (relativa a la cantidad de gente que viajaba en el transporte público y a la ubicación de éstos) podía ser conocida por esa parte a partir de otros medios de prueba distintos y perfectamente accesibles, sin necesidad de exponer a la víctima a un nuevo interrogatorio. Respecto de la información relativa al otro hecho de abuso sexual que habría padecido la víctima con anterioridad, el juez consideró que resultaba absolutamente improcedente, ello en razón de no tener esos hechos ninguna relación con los aquí juzgados. Esa resolución fue expuesta por el juez de manera oral y notificada a las partes en la misma audiencia.

A su vez existió otra audiencia, llevada a cabo el día 2/10/17, en la que se sustanció el control de la acusación. En dicha audiencia el juez –en palabras de la defensa en el escrito de

impugnación- permitió el ingreso al juicio de las entrevistas video-filmadas de las menores en cámara gesell, a pesar de la oposición de la defensa. Ésta afirmó que esas pruebas habían sido recibidas sin la debida intervención de la defensa, en razón de lo cual solicitó su exclusión, reiterando en esa oportunidad los mismos argumentos que ya había expuesto en la audiencia del 22/9/17 (Cf. Video de audiencia del 2/10/17 desde 13:08:58 hasta 13:15:40).

El juez en dicha audiencia volvió a rechazar el planteo de la defensa, afirmando que la asistencia técnica no fundó ni acreditó porqué la invalidez alegada en el caso concreto afectaría derechos del imputado, afirmando que el Dr. Pombo plantea la invalidez de ese acto por la invalidez misma, parte de la suposición de que porque no pudo examinarla, ello invalida ese testimonio. Remarcó el hecho de que el planteo ya había sido efectuado en la audiencia del 22/9/17, reiterando el planteo en la audiencia de control de acusación (Cf. Video de la audiencia del 2/10/17, desde 13:24:15 hasta 13:26:40).

Aclarado el contenido de cada una de estas audiencias debo decir que lo que la defensa pretende cuestionar se relaciona con los argumentos expuestos por el juez al resolver el rechazo a una nueva cámara gesell en la audiencia del 22/9/17, y no con la incorporación que dispone el magistrado de dicha prueba en la audiencia de control de la acusación del 2/10/17, a pesar de que la defensa pretende mostrarlo de esa manera, ya que en esta última se limitó a reiterar un planteo que ya había hecho y que había sido resuelto adecuadamente por el juez, resolución que, por cierto, no impugnó el defensor.

Es decir que su queja radica en lo resuelto por el juez en una audiencia distinta a la que pretende impugnar. Es paradójico que la defensa cuestione la audiencia de control de la

acusación -la que por imperativo legal no es susceptible de ser impugnada (art. 172 in fine CPP)-, cuando en realidad debió haber impugnado la audiencia sustanciada el 22 de septiembre de 2017, en la que el juez de garantías resolvió no hacer lugar al pedido de sustanciación de una nueva cámara gesell, audiencia que admite su impugnación.

El artículo 155 del CPP no impide expresamente impugnar el rechazo de la solicitud de un anticipo jurisdiccional de prueba, y a su vez el artículo 233 perfectamente admitiría solicitar la impugnación de ese rechazo como un auto procesal importante, en razón de que lo que debe dirimirse es la utilización o no de una prueba solicitada por la defensa para la etapa de plenario, circunstancia que puede implicar un gravamen de imposible reparación ulterior.

Es decir que la defensa no impugnó la decisión del juez de garantías de rechazar el anticipo jurisdiccional de prueba solicitado por la defensa y, en consecuencia, consintió su resolución. Luego de ello pretende-en la audiencia de control de la acusación-excluir como prueba de cargo las cámaras gesell, a pesar de que lo resuelto por el juez no había sido cuestionado por esa misma parte en una impugnación anterior.

No hay dudas de que la defensa pretende corregir en esta instancia lo resuelto por el juez de garantías en una audiencia previa al control de acusación, resolución que era perfectamente impugnable. Si se aceptara su solicitud se estaría admitiendo un planteo extemporáneo respecto de una resolución que fue consentida por la defensa, en razón de no haberla cuestionado en el momento procesal oportuno.

Siendo ello así el agravio sostenido hoy por la defensa resulta extemporáneo, en razón de que medió un consentimiento de la defensa de la decisión adoptada por el juez de garantías en la audiencia sustanciada el día 22 de septiembre de 2017, al no haber impugnado dicha resolución. Ello me lleva a proponer el rechazo de este agravio sin más trámite.

En segundo lugar, y si bien es cierto que la fiscalía debió haber notificado a la defensa del acusado I..... la realización de la cámara gesell originaria, para permitirle a ésta el control en la producción de esa prueba, no es menos cierto que la defensa no acreditó en la instancia de impugnación cuál es el agravio que le provoca no haber podido realizar preguntas durante la sustanciación de la cámara gesell. Acreditar ello es de suma relevancia en razón de que, conforme lo establece el artículo 227 del CPP *las partes sólo podrán impugnar las decisiones que le causen agravio*. De aceptarse como simple agravio la falta de notificación del acto procesal cuestionado, sin acreditarse el perjuicio real que ello le ocasiona, se estaría aceptando un supuesto de nulidad por la nulidad misma.

La defensa esgrimió como argumento que pretendía interrogar a la víctima respecto de circunstancias fácticas relacionadas con la cantidad de gente que viajaba en el colectivo y sobre un supuesto hecho de abuso sexual similar que habría padecido ella con anterioridad al caso aquí juzgado.

De hecho estos fueron los argumentos que esgrimió la defensa en la audiencia de fecha 22 de septiembre de 2017 ante el juez de garantías, al que le solicitó se reiterare la cámara gesell. Resulta de suma importancia valorar la respuesta que le dio el juez de garantías a ese pedido en la referida audiencia, ello porque en

definitiva es respecto de esos argumentos de los que la defensa se agravia.

Como ya señale antes, el juez en la audiencia del 22 de septiembre resolvió rechazar el pedido de realización de una nueva cámara gesell en razón de que consideró que la información a la que pretendía acceder la defensa (relativa a la cantidad de gente que viajaba en el transporte público y la ubicación de éstos) podía ser conocida a partir de otros medios de prueba, sin necesidad de exponer a la víctima, a un nuevo interrogatorio. Y respecto de la información relativa al otro hecho de abuso que habría padecido la víctima con anterioridad al hecho aquí juzgado, consideró que resultaba absolutamente improcedente, ello en razón de no tener esos hechos ninguna relación con los aquí juzgados.

Esos argumentos, lejos de resultar arbitrarios, resultan absolutamente lógicos y guardan relación con los hechos investigados, con la actividad procesal de las partes, y con el debido resguardo que debe hacer el juez de los derechos de una víctima menor de edad. Lo que pretende la defensa ahora es agraviarse de esa resolución sin aportar elementos que permitan valorar como arbitraria la resolución del juez, tratándose de un supuesto de mera disconformidad con la decisión adoptada por el juez de garantías.

Además, al impugnar lo resuelto en la audiencia de control de la acusación busca por un lado omitir referirse al hecho de que consintió lo resuelto en la audiencia del día 22/9/17 y, por el otro, excusarse de tener que dar cuenta de cuáles fueron los argumentos que utilizó el juez para rechazar su pedido de realización de una segunda cámara gesell, limitándose ahora a sostener que el juez *“...permitió el ingreso al juicio de las entrevistas bajo la modalidad de cámara gesell... prueba a todas luces ilegítima y que fueron el*

principal sostén de la condena...”. Al no dar cuenta de los argumentos del juez para el rechazo de lo solicitado por esa defensa, ésta se exime de tener que acreditar la arbitrariedad de dicha resolución, la que a la luz de los argumentos utilizados por el juez resulta perfectamente racional, acorde a los hechos y ajustada a la letra de la ley.

Una prueba evidente de que sólo se trata de una mera discrepancia con lo resuelto por el juez en la audiencia del 22/9/17 es el hecho objetivo de que la defensa no realizó ningún esfuerzo por procurarse la información que pretendía requerir de la víctima del delito (relativa a la cantidad de gente que viajaba en el transporte público momentos de los hechos), por ningún otro medio de prueba. No requirió, por ejemplo, información a la empresa de transporte respecto de la cantidad de pasajeros que viajaban en ese momento, ni procuró convocar como testigo al chofer del vehículo el que podría haber aportado esa información, ni produjo ningún otro medio de prueba alternativo que le hubiera permitido acreditar los extremos requeridos por ella.

Por otra parte, la información relativa a otros hechos de abuso que pudo haber padecido la víctima resulta claramente improcedente, por lo que también a ese respecto fue correcta y adecuadamente rechazado el pedido de sustanciar una nueva cámara gesell por parte del defensor.

Siendo ello así es evidente que lo resuelto por el juez de garantías no es nulo, ni se ha violado garantía constitucional alguna. El juez resolvió correcta y adecuadamente rechazar el pedido de sustanciación de una segunda cámara gesell el día 22 de septiembre de 2017, resolución que no fue cuestionada por la defensa, y luego admitió correctamente la cámara gesell (que ya se había efectuado) en la audiencia de control de la acusación del 2 de octubre

de 2017, ello en razón de que justamente el rechazo al pedido de prueba de la defensa se había sustanciado y se había resuelto conforme a la ley, existiendo además un consentimiento de la defensa al no haber impugnado la resolución del 22 de septiembre, como ya se indicó.

En función de todo ello afirmar que se habrían violado garantías constitucionales a la defensa aparece como desacertado, por lo que no puedo acompañar la resolución propuesta.

Tal es mi voto.

El Dr. Federico Sommer, dijo:

Que quiero recordar que por sentencia de responsabilidad dictada por el Dr. Mariano Etcheto, éste tuvo por probado *“que en fecha 17 de mayo de 2017 siendo las 18:30 horas aproximadamente, abusara sexualmente de la joven V..... M..... A.... de 15 años de edad. En dichas circunstancias, en oportunidad de trasladarse a bordo del ómnibus de la empresa “Expreso Los Andes”, entre el trayecto desde la intersección de calles Perito Moreno y Belgrano hasta la garita ubicada frente a la escuela CEPEM 28 de esta ciudad, abusara sexualmente de la joven A.... mediante tocamientos que efectuara con sus manos sobre la cola de la joven, aprovechando para ello la cantidad de personas que viajaban en la parte trasera del colectivo de mención y la utilización de su abrigo para esconder sus manos al momento de efectuar los distintos tocamientos. Conducta que repitiera a lo largo del trayecto en al menos cinco (5) oportunidades, hasta su descenso en la garita ubicada en el CEPEM 28, pese a los distintos reclamos que la joven le efectuara al ciudadano I.... y a su sobrino N.... P.....”*. Conducta que fue calificada como delito de abuso sexual simple, en calidad de autor (conf. artículos 119 primer párrafo y 45 del Código Penal).

Que conforme refiere el magistrado que se pronunciara en primer término, las declaraciones de las adolescentes V..... M..... A..... y M..... d..... C..... S..... -que fueron recibidos en Cámara Gesell como anticipo jurisdiccional de prueba- configuraron fundamento sustancial para el dictado de la sentencia de responsabilidad. En dicho pronunciamiento, el sentenciante sostuvo que *“el testimonio de la joven V..... M..... A..... es coherente, claro, responde a todas las preguntas de la Lic. Zuccarino, expresando sus dudas cuándo no recuerda algo, por ejemplo, si los dos hombres ya estaban en el colectivo cuando ellas suben o si ascienden después. En conclusión encuentro que el relato de la joven V..... M..... A..... es consistente, verosímil, creíble y se encuentra corroborado por el testimonio de su compañera, M..... d..... C..... S....., y validado por la Lic. Úrsula Zuccarino, experta encargada de recibir el testimonio en cámara gesell. Resulta prueba importante, también, el testimonio de la joven M.... d..... C..... S.....; no sólo porque corrobora los dichos de la joven damnificada; sino porque aporta mayor claridad con relación a la posición, la postura corporal, de V..... M.....A..... y del imputado. Que M..... afirma que se suben al colectivo luego de asistir a la escuela. Que V..... le cuenta que dos hombres las miran. Que estos hombres se separan en el colectivo. Que V..... se saca la cartera. Que ella le dice si sentís que te están tocando, te están tocando. Se puede observar, en la entrevista en cámara gesell, que M..... hace el gesto de estar mirando lo que sucedía entre V..... y el imputado; ello porque según explica la testigo y ya he referido, V..... le había expresado que dos hombres las miraban. Preguntada por la Lic. Úrsula Zuccarino si pudo ver lo que le hacían a V....., responde que sí. En un momento del testimonio se pone de pie y expone claramente cómo venían ubicados en el colectivo V..... y el imputado; refiriendo que este viajaba en una postura extraña, inclinado*

hacia atrás, ocupando el pasillo del colectivo. Que M..... afirma que el imputado le rozaba el trasero a V....., graficando con sus manos la conducta desplegada por el acusado. A preguntas de la Lic. Úrsula Zuccarino expresa que le rozaba el trasero con la mano, graficándolo con un movimiento paralelo al piso, de forma horizontal –que hace con su propia mano-. Expresa que después de que V..... se sacara la cartera era muy notorio –se refiere a los tocamientos. Que V..... le recrimina al imputado su conducta, tienen un entredicho y este hombre se baja del colectivo. Narra que V..... entonces le dice que tiene miedo y que se quiere bajar. Que ella la convence de que siga hasta la parada correspondiente a su casa, que faltaba poco. Que luego V..... le cuenta lo sucedido cuando bajó del colectivo. Es necesario no limitarse a escuchar el testimonio de la joven M....., sino que también hay que observarla porque gesticula mucho al hablar, aportando información relevante. El testimonio de la joven M..... d..... C..... S..... es coherente, verosímil y creíble. Se trata de un testigo presencial que no sólo corrobora los dichos de la víctima, sino que, como ya dijera, aporta detalles que la damnificada, V..... M..... A....., sintió y la testigo pudo ver. Valoro, asimismo, el testimonio de la Lic. Úrsula Zuccarino, experta encargada de realizar las entrevistas en cámara gesell de las jóvenes V..... M..... A..... y de M..... d..... C..... S..... La Lic. Úrsula Zuccarino explica que la joven damnificada puede distinguir entre verdad y mentira, que de manera muy clara –siempre refiriéndose a V.....-, puede dar cuenta de cuál fue la secuencia de los hechos y que logra contextualizar bien el marco de los sucesos. En conclusión, dice que las características del relato le permiten afirmar que se trata de una experiencia vivenciada, ya que está la posibilidad de establecer la secuencia y de establecer el contexto. Que destaca la molestia sentida por V..... A..... y el desconcierto inicial de la víctima y por eso se da la convocatoria a

M..... Con relación al testimonio de esta última nombrada refiere la actitud colaborativa, que se trata del relato de una experiencia vivenciada y remarca que de un entrecruzamiento de testimonios de las adolescentes es posible advertir las múltiples coincidencias –que enumera–.

Que en referencia a este extremo, ratifico que resulta relevante el primer motivo de agravio deducido por la quejosa por cuanto tanto durante la etapa preparatoria como en la oportunidad del control de acusación de fecha 2 de octubre de 2017 (art. 168 C.P.P.N.), el Sr. Defensor Oficial solicitó la exclusión como prueba a producir en juicio de las entrevistas de referencia respecto de las cuales no se le había dado oportuna intervención ni a su parte ni a su pupilo con la consecuente imposibilidad de interrogar a estos testigos de cargo, y ante sendos rechazos formulo expresa reserva de impugnación ordinaria. Que de la prueba producida en esta instancia de impugnación en los términos del art. 244 del C.P.P.N., se tuvo por acreditado que el imputado se encontraba notificado por el Ministerio Publico Fiscal en fecha 26 de Junio de 2017 y que el momento de desarrollarse las entrevistas bajo modalidad Cámara Gesell en fecha 29 de junio 2017 no fueron citadas ni el mismo ni su defensa técnica. En igual sentido, se produjo prueba que dio cuenta que la presencia e intervención del Sr. Defensor Oficial Amílcar Areco en aquellas diligencias de anticipo jurisdiccional de prueba, fue en tutela y por la notificación en representación del coimputado N..... P..... En esta línea, surge evidente que ni el imputado ni su defensa técnica pudieron ejercer el derecho de interrogar a los testigos de cargo como parte de su derecho de defensa en aquel acto irreproducible. En igual sentido, debo referir que con antelación a dicha diligencia la misma parte solicitó ante un Juez de Garantías la ampliación de las citadas entrevistas ya practicadas a fin de interrogar sobre circunstancias tales

como la cantidad de personas que había en el colectivo, las contradicciones que existían entre sendos testimonios video-filmados sobre la modalidad de los hechos, la cantidad de veces en que hubo tocamientos y sobre la anterior situación de abuso sexual que padeciera la víctima en el año anterior en un colectivo de la ciudad de San Martín de los Andes. En este punto, discrepo con el colega que me antecede en la votación por cuanto advierto que lo que la Defensa Oficial cuestiona como primer motivo de agravio se relaciona tanto con el rechazo a una nueva Cámara Gesell en fecha 22/09/2017 como con el rechazo a la exclusión de aquella evidencia en la audiencia de control de la acusación del 2/10/17, y en tanto sendos actos procesales no son susceptibles en mi opinión de impugnación. El primero por no estar expresamente establecido y por no resultar de modo manifiesta un auto procesal importante (art. 233 del C.P.P.N.), y el segundo por cuanto por expresa imperativo legal no es susceptible de ser impugnado (art. 172 in fine C.P.P.N.), por lo que comparto que el planteo es tempestivo.

Así las cosas, comparto con el Dr. Daniel Varessio que aquellas entrevistas anticipadas debían ser excluidas de las pruebas a producirse en juicio por configurar prueba de cargo que no podría controlarse en la etapa de juicio, por resultar contraria al derecho de defensa en juicio y a los Tratados Internacionales que garantizan el derecho de interrogar a los testigos de cargo y de obtener la comparecencia de testigos de descargo. En concordancia con lo expuesto con el colega, ratifico que resulta de aplicación para la solución del caso el principio que establece que: *“no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías del imputado previstos en la Constitución de la Nación, en la Constitución de la Provincia y en este Código”* (art. 95 del

C.P.P.N.). En tal sentido, atento que la Defensa Oficial ha requerido participar en aquellas diligencias y ha efectuado los oportunos requerimientos y formulado las pertinentes reservas en todas las instancias del proceso, deviene como consecuencia ineludible la declaración de nulidad de la sentencia de condena y el consecuente reenvío del legajo con el alcance establecido en los considerandos del primer voto (art. 98 del C.P.P.N.), ya que la inobservancia de las normas procesales –extremo convenidos por la totalidad de los litigantes- causa un perjuicio concreto en el ejercicio del derecho de defensa en juicio.

A los efectos de decidir si tras la anulación de la sentencia condenatoria por violación de la garantía de defensa en juicio corresponde reenviar para nuevo juzgamiento o absolver al imputado como peticona el quejoso, debo alegar que la etapa de juicio no fue válidamente cumplida y de aquel rechazo a la exclusión del anticipo jurisdiccional de prueba desarrollado sin el debido contralor, ha tenido expresa reserva el recurrente para sustentar el presente motivo de agravio en la etapa de impugnación de sentencia definitiva (Tribunal Superior de Justicia, Acuerdo Nro. 40/2001, en caso “González”).

Habida cuenta de ello, y que la decisión tomada por el A-quo en la referida audiencia de control de acusación debe ser descalificada por arbitraria, por carecer de una debida motivación entendida como una derivación razonada del derecho a partir de las circunstancias particulares de la causa, e implicar, en el caso una palmaria afectación al derecho de defensa en juicio del imputado deviene insanablemente nula la sentencia condenatoria dictada.

Por todo lo expuesto y no resultando que de la nulidad dictada se derive la absolución del imputado como requiere el recurrente, sólo corresponde anular el pronunciamiento condenatorio

impugnado (arts. 246 y ccdtes. del Código Procesal Penal) y disponer el reenvío del legajo a la Oficina Judicial de la IV Circunscripción Judicial para que un nuevo juez celebre un nuevo juicio de responsabilidad y eventualmente en caso de la mayoría de 16 años de edad de las adolescentes V..... M..... A..... y M..... d..... C..... S..... se produzca aquella prueba testimonial, cuya producción sin control como anticipo jurisdiccional de prueba y ulterior rechazo a su exclusión fue resuelta por el Dr. Juan Pablo Balderrama en su calidad de Juez de Garantías. Mi voto.

TERCERA: Costas. El Dr. Daniel Varessio, dijo:

Atento el principio general contenido en la primera parte del art. 268 del C.P.P.y considerando el derecho a una revisión amplia e integral de la sentencia de condena, es que encuentro razón suficiente para eximir de costas al impugnante en esta instancia (arts. 268 y 270 a *contrario sensu* del CPP).

El Dr. Andrés Repetto, dijo:

Adhiero al voto del Juez preopinante.

El Dr. Federico Sommer, dijo:

Adhiero al voto del Juez preopinante.

De lo que surge del presente acuerdo por mayoría se

RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano formal la Impugnación interpuesta por la Defensa de interpuesta por la Defensa de C..... M..... I.....(arts. 233, 236 y 239 del CPP).

II.-HACER LUGAR A LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA POR LA DEFENSA OFICIAL A FAVOR DEL IMPUTADO, y en consecuencia anular la sentencia condenatoria impugnada, (arts. 95 y 98, Del Código Procesal Penal) y disponer el reenvío del legajo a la Oficina Judicial de la IV Circunscripción Judicial para que un nuevo juez celebre un nuevo juicio de responsabilidad conforme los lineamientos antes vertidos (art. 246 y ccdtes. Del Código Procesal Penal).-

III.-SIN COSTAS en esta instancia (art. 268, párrafo segundo, ÚLTIMA parte, del CPP).

IV.-Regístrese. Notifíquese.