

**RESOLUCIÓN EN PLENO N°02/15:** En la ciudad de Santa Rosa, capital de la Provincia de la Pampa, a los dieciséis días del mes de marzo de dos mil quince, se reúne en pleno el Tribunal de Impugnación Penal integrado por los jueces Verónica E. Fantini Carlos A. Flores y Filinto B. Rebechi, asistidos por la Secretaria María Elena Grégoire, a fin de resolver el recurso de impugnación interpuesto por el Dr. Marco Mezzasalma, en su carácter de Defensor Penal Sustituto de Natalia Gabriela Quintana, en legajo n°7124/1, caratulado: "QUINTANA, Natalia Gabriela S/ Impugna resolución que dispone que la imputada no se encuentre presente en la Cámara Gesell", del que

**RESULTA:** Que con fecha 10 de febrero de 2015, el Juez Héctor Freigedo resolvió no hacer lugar a la solicitud planteada por la Asesora de Menores y disponer que la imputada no se encuentre presente en las declaraciones a realizarse en Cámara Gesell, y estando firme tal resolución, se fije audiencia al respecto. Al efecto consideró que el conocimiento de la prueba por parte del imputado no se restringe por su ausencia en el gabinete de Cámara Gesell durante su desarrollo, teniendo la posibilidad de tomar vista luego de producida, ya sea en cualquier momento de la etapa de la investigación fiscal e incluso durante su reproducción en un posible debate oral.

Consideró además que los derechos del imputado estaban debidamente resguardados con la intervención efectiva del abogado defensor, teniendo conocimiento acabado de las actuaciones labradas y habiendo mantenido las entrevistas necesarias para preparar la defensa, no afectando los derechos de la encartada y cumpliéndose así con el protocolo de UNICEF para su realización.

Que contra tal decisión el Defensor Penal General, el Dr. Marco Mezzasalma, interpuso recurso de impugnación solicitando se revoque la resolución de fecha 10/02/2015 y se disponga la realización de la Cámara Gesell con la presencia de la imputada Quintana. A contrario de lo que dijo la Asesora de Menores, manifestó que esa Circunscripción tiene infraestructura nueva, estando la Sala donde se encuentra la menor junto al profesional, aislada de todo ruido o influencia externa que pueda llegar a afectarla.

Indicó que la Fiscalía se manifestó a favor de la presencia de la imputada y consideró que la presencia del defensor no resulta suficiente para resguardar el derecho de defensa y control de la prueba, la cual debe ser efectiva y útil, surgiendo siempre hechos que anteriormente no formaban parte del legajo.

Si bien el artículo 94 no prevé expresamente la presencia del imputado, resulta necesario tratándose de derechos fundamentales, que debe ser interpretado de manera restrictiva, expresando además que el artículo 96 inciso 1º del C.P.P. dispone que en ningún caso el imputado podrá ser representado por el apoderado, no teniendo competencia para ello tampoco el Defensor, y por otra parte, que la única representación que habilita la ley y le da competencia al Defensor Penal, es ajena al caso (art. 102 inciso 3º).

Consideró que evitar la presencia del imputado sería un excesivo rigorismo formal, teniendo el Juez las herramientas legales correspondientes para evitar sucesos indeseados. Indicó además que jamás en esa circunscripción algún menor solicitó saber quién estaba detrás del vidrio, como tampoco nunca un imputado realizó acto alguno de inconducta que justificara adoptar medida alguna o exclusión de este.

Expuso que el control posterior se torna solo una posibilidad teórica de controlar la prueba, pero no real, en cambio cumplir con el artículo 3 del CPP torna operativo y real el derecho. Esto armonizaría con la implementación para el caso concreto, y la preservación de la vigencia de todas las normas (arts. 3 y 96 del C.P.P., 102 inciso 3 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 18 de la C.N., art. 8.2.F de la CADH y art. 14.2 d y e PIDCP.).

Que con fecha 19 de febrero del corriente año por Presidencia de este Tribunal, se rechazó el recurso interpuesto por no resultar impugnabile la resolución recurrida, siendo en consecuencia formalmente improcedente (art. 390 y 407, ambos del C.P.P. conf. 2287 y su modificación ley 2583).

Contra tal resolución el Defensor Penal Sustituto Marcos Mezzasalma interpuso recurso de reposición, solicitando se revoque la resolución de Presidencia y se declare procedente el recurso de impugnación interpuesto.

Manifestó que la resolución recurrida agravaría derechos fundamentales y esenciales de la imputada en tanto le priva de intervenir en actos probatorios, con la agravante que se trata de prueba jurisdiccional sobre la que no tendrá control más que oírlo en el juicio, afectándose el derecho al control de la prueba en los términos del art. 8.2 ap. d) y f) de la CADH y el art. 14 inc. 2 ap. d y e del PIDCyP.

Indicó que está amparado por el derecho a revisión o doble conforme, resultando una resolución de carácter importante conforme e el informe 24/92 in re "Maqueda Guillermo S/ Denuncia" y jurisprudencia sobre el mismo concepto del Superior Tribunal de Justicia local en resolución de fecha 02/10/2008 en causa 49/08 caratulada: "Tierno, Juan Carlos (...) S/ Recurso de queja", estando en discusión el derecho a controlar la prueba.

La extensión del agravio, se centraría en la imposible reparación ulterior en tanto la Cámara Gesell llega al juicio como prueba jurisdiccional sin oportunidad más que ver la reproducción del video. Manifestó que la resolución impugnada implica la derogación de normas (arts. 3, 96 del CPP, 102 inciso 3 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el art. 18 de la C. N y básicamente los arts. 8 de la CADH y 14 del PIDCyP) no solo de manera ficta sino también, sin que haya una declaración de inconstitucionalidad de las mismas para el caso concreto.

Se le quitaría a su defendida la posibilidad de contralor de la prueba de manera útil y efectiva. La ley adjetiva en el art. 96, no autorizaría la representación por apoderado, además que la defensa material le pertenece a la imputada, pretendiéndose reemplazarlos por funcionarios sin competencia para la actividad que se les requiere.

Entendió que resultaría adecuado variar la jurisprudencia en el sentido que los Jueces de Control resuelvan en el caso concreto la exclusión de los imputados solo cuando las circunstancias concretas motiven la medida: inconductas en la sala o bien que el menor previo a declarar manifieste su voluntad de constatar quién se encuentra en la Sala. La variante jurisprudencial evitaría que en cada caso y forma genérica, se excluya todos los imputados de la Cámara Gesell cuando no exista motivación para ello.

Que, habiéndose cumplido el proceso de deliberación, ha quedado el presente legajo en condiciones de ser resuelto. Y,

#### **CONSIDERANDO:**

Que habiéndose presentado recurso de reposición por el Defensor Penal Sustituto Marco Mezzasalma, contra el proveído de rechazo in límine de fecha 19 de febrero del corriente año dispuesto por Presidencia, por resultar formalmente improcedente el recurso de impugnación interpuesto (arts. 402, 405, 390 y 407 del C.P.P.), es necesario analizar en primer lugar, la admisibilidad de la reposición presentada.

Que si bien, tal como lo menciona la Presidencia de este Tribunal, la decisión recurrida mediante impugnación no se encuentra prevista expresamente como impugnabile, lo cierto que está en discusión la posibilidad de controlar la prueba por parte de la imputada, respecto a la declaración

del menor en Cámara Gesell. De esta manera ante la posibilidad de existir un agravio de imposible reparación ulterior, por resultar una prueba jurisdiccional anticipada, se considera en este caso una decisión jurisdiccional de aquéllas consideradas importantes, conforme lo resuelto por la CADH en el fallo "Maqueda, Guillermo J. S/ Denuncia c/ Estado Argentino".

De esta manera, en este punto se hace lugar al recurso de reposición interpuesto, revocándose lo dispuesto por Presidencia con fecha 19 de febrero de este año, entrando a analizar en definitiva los agravios presentados por la defensa en el recurso de impugnación interpuesto.

Que el planteo en cuestión, ya se encuentra resuelto por este Tribunal en legajo nº7781/1 caratulado: "MIRANDA, Oscar Alberto; MAUNA, Juan S/ Impugna resolución que dispone que los imputados no estén presentes en la Cámara Gesell", en el cual en aquella oportunidad el Dr. Mezzasalma presentó los mismos puntos de agravio, refiriendo la cuestión de contar con la presencia de la imputada en este caso, en el desarrollo de la Cámara Gesell a realizarse. Contralor que no puede delegarse conforme la normativa citada por el recurrente. Asimismo se pone el énfasis, en realizar un cambio de jurisprudencia conforme los legajos 6798/2 y 6798/3, debiendo analizarse cada caso en particular y no en forma genérica, de manera de no excluir a la imputada cuando no exista motivación para ello.

En este sentido nos remitiremos a la resolución en pleno dictada por este Tribunal en legajo Nº7781/1 citado en el párrafo anterior, el cual en esa oportunidad se expuso: "Que las razones invocadas -desde ya adelantamos- no resultan viables para modificar la jurisprudencia establecida por la Sala B del Superior Tribunal de Justicia en autos 6798/3, caratulado: "ESPINOSA, Pablo César en causa por abuso sexual con acceso carnal agravado S/ recurso de casación" en la cual se confirmó la sentencia dictada por la Sala A de este Tribunal.

Al respecto el máximo tribunal provincial confirmó que si el imputado no está presente en el desarrollo de la Cámara Gesell no puede admitirse violación del derecho de defensa si el abogado defensor asistió a las declaraciones, permitiéndose así el control de la producción de la prueba.

Asimismo, en la sentencia indicada en el párrafo anterior se hizo mención que el artículo 94 apartado c) del C.P.P. no se menciona al imputado dentro de aquella enumeración y como colorario se expresó: "La doble finalidad (terapéutica y probatoria) del acto de recepción de las manifestaciones del menor impone una forma de proceder completamente diferente que la prevista para el común de los testigos, dado que ninguno de esos fines sea sacrificado en aras del otro. Para compatibilizar, pues, ambos fines, el derecho positivo establece, con algunas variaciones, determinadas pautas para la recepción del testimonio del menor abusado: a) la necesidad de recibir la declaración en un ámbito adecuado, alejado de la presencia del imputado (por ejemplo en Cámaras Gesell); b) la necesidad que la entrevista sea conducida por un psicólogo especialista en niños ya adolescentes; y c) la necesidad de evitar la recepción del acto. (DIAZ CANTON, Fernando, "Las manifestaciones de la Víctima menor de edad", en Acceso a la Justicia niños/as víctimas, JUFEJUS, ADC, UNICEF, p.168/169)".

Si bien la defensa solicita que esta jurisprudencia sea cambiada y se examinen las circunstancias en cada caso particular, lo cierto es que la interpretación es para todos los casos, no siendo factible una consideración particular en cada situación concreta, por cuanto ello significaría ir en detrimento de la protección de los menores víctimas, sobrentendiéndose que los derechos y garantías del imputado están adecuadamente salvaguardados con la activa presencia física del abogado defensor.

Cabe destacar que, tal como lo mencionó la Asesora de Menores en la resolución motivo de recurso y en los fundamentos plasmados en la resolución del 29 de enero de 2015, respecto a su oposición a la presencia en Cámara Gesell del imputado, las "Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes" la cual fue aprobada por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas y las Observaciones Generales del Comité de Derechos

del Niño, considerándose el apartado 31, dispone: "los profesionales deberán aplicar medidas para: (...) b) Velar porque los niños víctimas y testigos de delitos no sean interrogados por el presunto autor del delito, siempre que sea compatible con el ordenamiento jurídico y respetando debidamente los derechos de la defensa: de ser necesario, los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser entrevistados e interrogados en el edificio del tribunal sin que los vea el presunto autor del delito y se les deberán proporcionar en el tribunal salas de espera separadas y salas para entrevistas privadas (...)". Como así también la Guía de Buenas Prácticas para el Abordaje Judicial de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas o testigos de Violencia, Abuso Sexual y otros delitos, publicada por UNICEF y la Asociación de Derechos Civiles en 2010, la cual al referirse sobre los actores que pueden o deben estar presentes, se manifiesta al referirse sobre el imputado, no debe estar presente durante la entrevista de la declaración testimonial, pudiendo estar presente en el juicio oral ya que el niño, niña o adolescente no estará presente en el caso.

Esas Directrices y guía de buenas prácticas coadyuvan a la interpretación correcta para compatibilizar los derechos del imputado con los derechos de los menores que harán su declaración en Cámara Gesell -y esto incluye dejar de lado el punto de vista defensivo respecto a que la defensa del imputado debe realizarse a través de su presencia y que no sería delegable al defensor-, la cual no puede operar en cada caso particular como solicita la defensa por extenderse a todos los casos de conformidad con una interpretación armoniosa y correcta de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (...)"

"Así, resumiendo la postura adoptada por este plenario, debe priorizarse -en función de la protección integral de los niños y adolescentes- el interés de estos. Y eso significa aventar cualquier posibilidad que exista un cruce de miradas entre aquéllos y el imputado o que el niño o la niña víctimas o testigos pueda escuchar a quien es el acusado.

Ello así porque debe garantizarse la absoluta libertad y tranquilidad del niño o niña, descontaminando el ambiente y preservándolo libre de cualquier interferencia que suponga la más mínima posibilidad de intimidación o perturbación a quien declara en las condiciones de una Cámara Gesell.

En ese sentido, la mencionada Guía de Buenas Prácticas arriba mencionada, recomienda que la presencia del imputado "*...no sea permitida en la sala de observaciones contigua a la sala de toma de declaración y que se tomen todas las medidas necesarias para garantizar la protección de la NN y A.*"

La argumentación utilizada por los recurrentes en cuanto a que nunca se ha dado el caso que un menor pregunte por quién está presente en la sala contigua a la espejada, no es motivo suficiente, ni tampoco es correcto barajar la hipótesis del ocultamiento al niño o niña declarante sobre la presencia de quien es sindicado como su victimario, inmersos ambos, generalmente, una relación asimétrica de poder, en función de la salud psicológica de NN y A y de la siempre presente obligación de las agencias estatales de conducirse con la verdad y transparentando procedimientos y actuaciones.

Que tampoco resiste el menor análisis la argumentación utilizada por los recurrentes asimilando lo dispuesto en el art. 96 del formal, último párrafo, con la situación ahora atacada que los intereses del imputado puedan ser representados por su defensor, presente físicamente en el acto, toda vez que aquella norma formal está referida a un supuesto diametralmente distinto a la situación que, razonable y correctamente, tanto la Asesora de Menores como el Juez a quo han puesto de manifiesto."

De esta manera y por los fundamentos expuestos se considera que no debe hacerse lugar al recurso de impugnación interpuesto por el Defensor Penal Sustituto Marco Mezzasalma, por la defensa de Natalia Gabriela Quintana, confirmándose en consecuencia lo resuelto por el Juez

Héctor Freigedo con fecha 10 de febrero del corriente año, por la cual dispuso que la imputada en autos no se encuentre presente en las declaraciones a realizarse en Cámara Gesell.

Por todo lo expuesto, el Tribunal de Impugnación Penal, en pleno:

**RESUELVE:**

1) HACER lugar al recurso de reposición interpuesto por el Defensor Penal Sustituto Marco Mezzasalma, en su carácter de defensor de Natalia Quintana, interpuesto con fecha 25 de febrero del corriente año, revocándose en consecuencia lo dispuesto por Presidencia con fecha 19 de febrero del corriente año.

2.-) NO HACER lugar al recurso de impugnación interpuesto por el Defensor Penal Sustituto Marco Mezzasalma, confirmándose en consecuencia la resolución de fecha 10 de febrero del corriente año por la cual dispuso que la imputada en autos no se encuentre presente en las declaraciones a realizarse en Cámara Gesell.

3) Notifíquese, protocolícese y remítase el presente a la Oficina Judicial de la Tercera Circunscripción Judicial.