

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 16838/2016/CA1

“M. R., Y.”. Medida de prueba. Abuso sexual. Instrucción 38. 1/c

///nos Aires, 15 de julio de 2016.-

Y VISTOS:

Se ha celebrado la audiencia que prescribe el artículo 454 del Código Procesal Penal, con motivo del recurso de apelación interpuesto por el defensor oficial de Y. M. R. contra el auto documentado a fs. 68/69, en cuanto no se hizo lugar a la solicitud de que el imputado presencie la audiencia en “Cámara Gesell” (artículo 250 *bis* del canon ritual) de la menor A. C. T.

El juez Juan Esteban Cicciaro dijo:

La defensa sostiene que lo decidido en la instancia anterior –que ha avalado el rechazo del Ministerio Público Fiscal acorde al dictamen formulado a fs. 65-, *“afecta el derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, pues se está privando al imputado de la posibilidad de controlar la prueba, como así también de sugerir preguntas”*.

Los agravios formulados por la defensa oficial no pueden prosperar.

Cabe recordar que según el criterio de esta Sala, la entrevista aludida importa una declaración testimonial con la que “se pretende evitar la interrogación directa del tribunal o las partes en los casos de menores que han sufrido hechos que importen lesiones y delitos contra la integridad sexual para hacerla a través de facultativos especializados” (causas números 36.736, “C., A.”, del 27 de marzo de 2009 y 57176/2014, “T. C., E.”, del 25 de marzo de 2015, entre otras).

La norma en cuestión faculta tanto al tribunal como a las partes a seguir las alternativas del acto desde la sala de observación; ello sin perjuicio de que, como surge del texto legal, *“previo a la iniciación del acto el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que*

surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor”.

En supuestos como los del caso se advierte cierta tensión entre la necesidad de arribar a la verdad preservando la salud emocional del menor, por un lado, y el ejercicio del derecho de defensa en juicio mediante la presencia del imputado al tiempo de la entrevista, por el otro.

La señora juez de la instancia anterior ha dado buenas razones en la tarea de armonizar los intereses constitucionales que están en juego.

En esa dirección, no sólo la Convención sobre los Derechos del Niño formula una clara directiva general en orden a la preservación del interés superior del menor (art. 3.1), sino que ha previsto en particular que *“ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales... (art. 16) y que deben adoptarse las medidas apropiadas “para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual...” (art. 19.1), entre cuyas medidas de protección no sólo se enumera la “investigación”, sino la “intervención judicial”. Por eso también deben adoptarse “todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física o psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier abandono, explotación o abuso...Esta recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño” (art. 39).*

La necesidad de evitar cualquier daño que pueda sufrir el niño ha sido señalada también por la Corte Federal (Fallos: 325:1549), así como ha dicho que *“corresponde a un incuestionable dato óntico que éstos [los menores] no tienen el mismo grado de*

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 16838/2016/CA1

“M. R., Y.”. Medida de prueba. Abuso sexual. Instrucción 38. 1/c

madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar...” (Fallos: 328:4343, considerando 37º), doctrina que se compadece con la locución de la ley, que pondera el “*estado emocional del menor*” (art. 250 bis, inciso “d”).

La entrevista del niño en las condiciones que establece el art. 250 bis del Código Procesal Penal, como reglamentación del régimen protector que surte la Convención sobre los Derechos del Niño, supone entonces la creación de un ámbito en el que aquél se pueda expresar libremente y sin condicionamientos -tácitos o indirectos-, que provengan de la presencia del imputado –aun en un ámbito contiguo-, dato que el niño bien podría conocer, más allá del riesgo de que en algún momento –sea en razón de las condiciones del lugar o por un mero descuido- el menor lo visualice.

Al respecto y con arreglo a la “*Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos*”, elaborada por JUFEJUS, Asociación por los Derechos Civiles y UNICEF (edición de septiembre de 2013), el contexto psicoemocional y el entorno físico son factores que pueden interferir en la obtención del relato del niño, “*al condicionar fuertemente su predisposición a hablar...por temores e inhibiciones, presiones del entorno o internas, amenazas, limitaciones cognitivas del lenguaje, discapacidades, etc.*” (pág. 42). De ahí la recomendación de que no se permita la presencia del imputado “*en la sala de observaciones contigua a la sala de toma de declaración*” (pág. 58).

Al cabo, en los fundamentos del proyecto de la diputada Silvia V. Martínez, en el marco de la discusión parlamentaria de la norma aludida, se destacó la “*indelegable función de protección*” de la intervención judicial, así como la necesidad de “*establecer*

procedimientos que sin afectar el derecho de defensa eviten provocar nuevos daños a quien resulta víctima de esa clase de hechos”.

Nótese que en el caso se ha denunciado la existencia de amenazas en perjuicio de la menor; que inclusive se ha secuestrado un arma de fuego; y que la niña le expresó a su madre “*que no quería seguir viviendo*” (fs. 1 y 29/32). La experiencia común demuestra que en muchos casos los abusos sexuales son acompañados con intimidaciones a los menores, situación que –sin predecir que ello haga ocurrido en el caso- en previsión de todo es dable evitar.

En esta misión de armonizar los derechos en juego, los intereses del imputado se ven suficientemente representados mediante la intervención de su defensor, que es quien puede transmitir las inquietudes respectivas.

Justamente y desde una visión normativa, la *representación* es una de las funciones inherentes a la defensa del imputado (argumento arts. 104 y 167, inciso 3º, del Código Procesal Penal), extremo que en el caso se ve reforzado con la proposición de expertos en psiquiatría y psicología que coadyuvan con la tarea defensiva, como se advierte a fs. 76, además de que la videograbación de la entrevista bien puede solventar ulterioridades.

Por ello y sin perjuicio de lo que pudiere corresponder en orden a lo establecido en el art. 250 *ter* del Código Procesal Penal a la fecha del requerimiento de comparecencia, voto por confirmar lo resuelto.

El juez Mariano A. Scotto dijo:

Sin perjuicio de compartir los fundamentos del juez Cicciaro, destaco que la entrevista será videograbada, de modo que el imputado podrá –eventualmente- solicitar su ampliación y la experta de parte que designe presentar un informe por separado o incluso ser

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 16838/2016/CA1

“M. R., Y.”. Medida de prueba. Abuso sexual. Instrucción 38. 1/c

escuchada en autos (de mi voto en la Sala V, causa 56136/13-2, “G.J.O.”, del 2 de octubre de 2015), de modo que no se advierte vulneración de garantía constitucional alguna como postula el recurrente.

Por ello, esta Sala RESUELVE:

CONFIRMAR el auto documentado a fs. 68/69, en cuanto fuera materia de recurso.

Notifíquese, devuélvase y sirva lo proveído de atenta nota de envío.

El juez Mauro A. Divito no intervino en la audiencia oral con motivo de su actuación simultánea en la Sala V del Tribunal.-

Juan Esteban Cicciaro

Mariano A. Scotto

Ante mí: Virginia Laura Decarli