



Poder Judicial

Nº 70 Tº XIV Fº 271/280.

**ACUERDO:** En la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, a los 22 días del mes de Febrero de 2017, se reúnen en Acuerdo de los Señores Jueces del Tribunal de Apelación Oral, con la integración para el caso de los Dres. Guillermo Llaudet (1º voto), Daniel Acosta y Georgina Depetris, a fin de dictar sentencia definitiva en el Expediente CUIJ Nº 21-06002042-3, seguido a

..... argentino, soltero, nacido en .....  
el día 24 ..... DNI Nº ..... hijo de  
..... y de .....  
y cursos posteriores, domiciliado ..... provincia de  
Santa Fe, ..... por apelación del fallo dictado en la causa  
procedente de la Oficina de Gestión de Primera Instancia de Rosario, y que  
dispusiera condenar al ..... la pena de Once (ONCE) años  
y 6 (SEIS) meses de prisión, accesorias legales y costas por considerarlo autor  
penalmente responsable de los delitos de Abuso sexual simple agravado por el  
vínculo (art. 119 primer párrafo y cuarto párrafo apartado b) y Abuso sexual  
doblemente agravado por acceso carnal y por el vínculo (art. 119 tercer párrafo y  
cuarto párrafo apartado b) del C.Penal en calidad de autor y en concurso real – art.  
45 y 55 del C.Penal y arts. 40, 41, 12 y 29 inc. 3 del C.Penal y arts. 332 inc. 8 del  
C.P.P.

Que este pronunciamiento, obedece a la interposición del recurso de apelación que formulara la defensa del imputado, debidamente fundado.

**RESULTANDO:** Deducida la apelación contra dicha sentencia por parte de la defensa e imprimiéndosele el consecuente trámite oral (ley 13.004), se celebró la audiencia respectiva. Oídas las partes, conforme surge del acta de fecha 12/05/16, la cual sintetiza el contradictorio que habilitaran los extremos que surgen del registro de audio y video, respaldo documental de dicha audiencia a que

se remite en función de elementales razones de economía procesal, quedó la causa en situación de ser resuelta.

Finalizada la audiencia, los jueces pasan a deliberar.

Primera cuestión: ¿Es justa la sentencia apelada?

Segunda cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar en definitiva?

Luego de un intercambio de opiniones acerca de los temas propuestos, de conformidad a la distribución efectuada para llevar a cabo el estudio de los autos, resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Doctores Guillermo Llaudet, Daniel Acosta y Georgina Depetris.

*A la primera cuestión el Dr. Guillermo Llaudet dijo:*

Comenzaré con una liminar consideración vinculada a la manifiestamente desproporcionada producción probatoria traída a juicio. De los 25 testimonios ofrecidos en la audiencia preliminar sólo se declararon inadmisibles dos, siendo éstos justamente los testimonios de las presuntas víctimas y de Portorrcal; y más de la mitad de los mismos resultaron peritos o testigos expertos cuyos aportes, sin una línea clara de actuación en el debate, aportaron las diferencias que nutrieran los votos disidentes, todo lo cual revela francas falencias al momento de la preparación del mismo en dicha audiencia. Un juicio y sus incidencias que insumieron al menos una docena de jornadas de audiencias y más de 25 horas de grabación neta, sin contar la audiencia preliminar.

Probablemente la sinrazón apuntada tenga vinculación con el yerro en que se incurre en la labor del acusador, al soslayar o confundir que el abuso sexual es un concepto jurídico y no una definición diagnóstica. Y por particular que resulte el hecho a investigar o por vulnerable que sea la víctima, ello no exime al operador jurisdiccional de encasillar sus conclusiones en un ámbito conceptual y no en otro. Entiendo que en la misma línea se ha pronunciado el voto minoritario en su punto 5, referido a la credibilidad de las víctimas en este tipo de



Poder Judicial

hechos intrafamiliares, compartiéndolo en consecuencia.

Y para aportar en tal sentido, privilegiaré el abordaje de ciertas cuestiones reclamadas en la audiencia de apelación, estrictamente vinculadas fáctica y metodológicamente a la regular acreditación de un marco de entidad cargosa que destruya el estado de inocencia de un sujeto.

En tal tarca, tengo para mí que un franco error representó haber sustanciado como anticipo jurisdiccional de pruebas el relato -sobradamente reiterado ante múltiples requerimientos- de quién en poco tiempo adquiriría la mayoría de edad.

A mayor abundamiento cabe señalar que el MPA, desde un primer momento en la audiencia imputativa, solicitó la prisión preventiva del imputado, la que fue resuelta en forma favorable por el Dr. Negroni, quien tuvo en cuenta el pedido del MPA de obtener dentro del plazo fijado una serie de pruebas, entre las cuales se encontraba la realización de la Cámara Gesell, tanto de como de

Posteriormente, en fecha 21/05/14 el MPA solicitó la producción de la Cámara Gesell como anticipo jurisdiccional de prueba, haciéndole lugar el Dr. Negroni y confirmada posteriormente por el Dr. Prunotto en audiencia de fecha 06/08/14, ante la apelación interpuesta por la defensa, realizándose finalmente en fecha 08/08/14.

Todo este derrotero esconde como dato relevante que la víctima adquirió la mayoría de edad en fecha 22/09/14, es decir, a escasos días de efectuada la audiencia referida *ut supra*.

Más allá de mi opinión al respecto, no puede desconocerse que tal aspecto no ha sido materia de consideración por el voto mayoritario que pretende verificada la certeza positiva, así como tampoco lo fue la situación vinculada a la negativa a la nueva recepción del testimonio de la víctima

ya mayor al momento del juicio.

Concretamente, el a-quo refiere en el fallo que "...habiendo advertido que a la fecha de este juicio, durante el mes de septiembre de este año, cumplió 18 años de edad..." cuando en realidad a la fecha del juicio cumplió sus 19 años. Este error no es menor si se advierte que la referencia textual extractada funda el fallo mayoritario en orden a justificar la decisión adoptada a lo largo de todo el juicio y ante el irregular proceder del MPA al que se aludirá, respecto a no habilitar la declaración de la víctima -mayor de edad hacía más de un año-, contrariar las expresas disposiciones del 298 CPP y no actuar ante la irregularidad denunciada por la defensa mediante escrito cargo 14/10/15 en el que advertía que en medio del cuarto intermedio el MPA había entrevistado en Tribunales a la víctima cuya declaración en juicio fuera y se mantuvo negada.

Voy a detenerme en este aspecto, ya que entiendo resulta muy relevante. Sólo un fundamentalismo extremo puede validar no atender el reclamo de la defensa pretendiendo que la víctima declare en el juicio, por el hecho de ya contarse con un anticipo jurisdiccional de prueba.

El texto original de la ley 12734, tenía prevista la evaluación de potenciales anticipos jurisdiccionales de prueba en instancias de la audiencia preliminar como regla -sólo excepcionalmente durante la IPP- y a partir de un listado bastante tasado de supuestos hipotéticos. La reforma de la ley 13.405 alteró ese sistema, reemplazando tanto la regla del momento del planteo como sus supuestos por genéricas referencias a cualquier instancia anterior al juicio o la imposibilidad de ser recibida durante el juicio, respectivamente.

Amén de mantener el reclamo de excepcionalidad y debida fundamentación propia de un instituto que tensiona seriamente los principios estructurantes del sistema acusatorio, especialmente el contradictorio y la exigencia de publicidad, incorporó la exigencia de que nunca se usaran en audiencia esos registros de encontrarse disponibles sus protagonistas.



Poder Judicial

Si la previsión vigente desde el mismo momento en que entrara en plena vigencia el nuevo sistema de enjuiciamiento actualmente reza: *"En ningún caso podrán ser utilizados en la audiencia de debate de juicio oral los registros de esta actividad si estuviere disponible y fuera posible la concurrencia del testigo, perito o intérprete a la audiencia de debate."*; con mucha mayor razón desde la telología del instituto en cuestión, desde la interpretación histórica referenciada y desde la propia esencia del sistema el caso debió atender a la disponibilidad de concurrencia de la propia víctima -con la mayoría de edad adquirida a los pocos días de declarar como AJP- a la mismísima audiencia de debate.

Éste pedido es reiterado a lo largo de todo el proceso, más concretamente en la audiencia preliminar, donde se ofrece como prueba a producirse en el juicio la declaración de [redacted]. En dicha audiencia el Dr. Negroni, mediante resolución nro. 562 de fecha 25/11/14, tiene por admitida la prueba ofrecida por las partes, a excepción de los testimonios de las antes señaladas, fundando su rechazo en la existencia del anticipo jurisdiccional de prueba admitido con dicha naturaleza en el testimonio de las nombradas y a fin de evitar la revictimización de las mismas, siendo ésta decisión apelada por la defensa y confirmada por el Dr. Carboni en audiencia de fecha 04/02/15.

Como si ello fuera poco, lo antes expuesto se desarrolla en un contexto en que varios testigos [redacted], dudan de la veracidad de los dichos de [redacted]. Asimismo las tres últimas refieren que [redacted] mienta, manifestando sus hermanas que concurrieron junto a [redacted] en reiteradas oportunidades al MPA a fin de retirar la denuncia y no fueron atendidas.

Ello se encuentra corroborado con las dos entrevistas espontáneas realizadas ante el SPPDP, entendiéndose en consecuencia que habrían

sido a los mismos fines. Todo ésto sucedió cuando se alejó por tres meses de la familia por problemas de pareja, siendo posible inferir algún grado de sometimiento de esta familia hacia ella, dado que al momento de iniciar la relación con -pareja y padre de su hijo-, ella era menor de edad. Durante ese lapso de tiempo, da cuenta que se fue a vivir con su hijo a la casa de su abuela, lo cual resulta extraño, dado que anteriormente ella había manifestado que de chica había sufrido abusos por parte de su tío, hermano del hoy imputado.

La cita preexpuesta responde a una azarosa selección que sólo procura ilustrar sobre cuántos aspectos relevantes podría haber aportado la declaración de la víctima al desarrollo del juicio, y hasta que punto resulta tensionado el principio de contradicción. Exponiendo y asumiendo distintos grados de certeza, tales afirmaciones reconocen sustento no sólo en lo expuesto por los dichos de sus familiares, sino en conductas objetivamente colegible del juicio y que aportan a desentrañar aspectos de su personalidad. Podemos referenciar, por ejemplo, las ausencias reiteradas de Leila de sus residencias, primero de la casa que habitaba con sus padres, siempre sin dar aviso de su destino, mintiendo acerca de sus ocupaciones con el fin de encontrarse con y posteriormente, cuando se encontraba habitando con el mismo, abandonar la vivienda con su hijo de un mes y días, aduciendo que iba a un cumpleaños y desapareciendo durante tres meses, todo ello conforme el testimonio de su suegra,

Así las cosas, entiendo que el argumento tiene fuerza como para ser analizado dentro del pedido de invalidación que trajera la defensa a la audiencia de apelación; sin perjuicio de que la extrema solución que el reclamo conlleva, obliga a desplegar todos los esfuerzos posibles por evitarla.

Todo el derrotero que conllevó prescindir de la declaración reclamada de la propia víctima -ya mayor de edad- en los presentes adolece defectos lesivos de principios constitucionales. Enfrentamos hoy la decisión inherente a si tales defectos invalidan lo resuelto, y la solución positiva adquiere



Poder Judicial

fuerza a poco de relevar la relativización que adquieren las versiones históricas colectadas y los informes científicos que las utilizaran como base.

No puede desatenderse que la criticado por inusitada cantidad de profesionales de la salud opinando en el juicio se ha valido de un registro histórico de datos y no ha contado con el reclamado relato en audiencia. Ello no conlleva imaginar que éste fuera a ser necesariamente distinto, sino que justamente podría haber revelado, reforzado o relativizado aquel o aportado nuevos elementos a la evaluación científica. Aun descontando su ausencia de valor procesal, el análisis del registro de la "entrevista" a que el MPA sometió a 1 indudablemente impacta en tal sentido, al menos hubicra habilitado intentar explicar el temblor en su pié, o sus reiteradas contradicciones y argumentaciones de difícil traducción (vg. firma falsa, invocaciones divinas, etc.).

Capítulo aparte amerita la posición de los entrevistadores del MPA, en un interrogatorio claramente tendencioso y exclusivamente dirigido a reforzar su posición procesal, en desmedro de cualquier proyección objetivamente dirigida a los fines del proceso.

En tal línea se ha manifestado recientemente nuestra CSJN en Fallos 338:952 del 29/09/15. Allí, desde otra perspectiva, se analizó una temática muy ligada a la vivenciada en los presentes: el querellante simultáneamente se oponía a un archivo, y a la declaración de la víctima dispuesta para evitar tal suerte procesal. Dado que se trataba de una víctima menor al momento de los hechos y mayor al momento de la discusión de archivo, la CSJN hizo suyo el dictamen de Procuración y ordenó recabar el testimonio en cuestión, sosteniendo para ello que "no debe perderse de vista que ACL es hoy una persona mayor de edad, con todos los derechos y obligaciones que otorgan las leyes. No veo ningún impedimento para que sea entrevistada...teniendo en cuenta la importancia que tendría...su testimonio...En todo caso sería ella misma quién explicaría su situación emocional

y, de ser el caso, pidiera que se le exima de declarar para salvaguardar su salud."

En el caso, el querellante pretendía que la testigo ya mayor vería afectada su salud psíquica si resultaba interrogada. En los presentes, la víctima ya mayor expresó su interés en declarar (concurriendo a la defensoría, manifestándosele a familiares, etc.), y no sólo no se lo permitió sino que, como veremos infra, le fue recibido finalmente en condiciones harto irregulares y que además no pesaron en la decisión adoptada.

Siguiendo con el análisis, y como contrapeso, no puedo soslayar que la defensa tuvo habilitado el reclamo en los términos del 398 que podría haber permitido escuchar a [redacted] en esta instancia y aportado a la situación y, en definitiva, a la solución a adoptar, y sin embargo nada hizo en tal sentido.

Pero como si el dato genérico de la ausencia de la víctima mayor en audiencia fuera poco, los esfuerzos por validar lo actuado chocan contra un nuevo evento que aporta oscuridad en la misma línea, y de suerte fatal, al que ya he venido refiriéndome.

Pese a que no se recibió declaración a la víctima en el juicio mismo tal como se había dispuesto en la preliminar, en oportunidad de encontrarse el debate en un cuarto intermedio, el MPA entrevistó a la joven ...

en ausencia de la defensa y del Tribunal. Utilizó para ello las instalaciones del Tribunal previstas para la toma de las Cámara Gesell -lo que no tiene explicación, puede responder a un acto fallido o incluso puede haber inducido a error a la declarante- en fecha 09/10/15 a las 13hs. Pese a que se registró la entrevista y la misma se encuentra disponible, no lo estuvo para el Tribunal que resolviera la cuestión.

El suceso viene a coronar un juicio que, tal vez por tratarse de los primeros, adoleció severas falencias de instrumentación. No pueden concebirse tales situaciones, y su valor negativo respecto de un juicio positivo de





Poder Judicial

certeza; o al menos no puede concebirse su ausencia de abordaje en el marco del silogismo que lleva a tal conclusión positiva.

Por más esfuerzos que se hagan, no puede considerarse sorteada la mirada invalidante reclamada por la defensa, ni tampoco aquella que el propio análisis de esta alzada hace -y haría aún en ausencia o por sobre el pedido de parte al respecto- ante la verificación de defectos absolutos de la entidad de los apuntados.

Insisto so riesgo de resultar redundante: El juicio celebrado no contó con el testimonio actual y reclamado de una víctima en condiciones legales de hacerlo obligadamente (art 298 párrafo final) y personales de hacerlo, tal como se colige de las constancias de lo actuado en el juicio, exponiéndose en audiencia las reiteradas concurrencias a defensoría, la manifestación a familiares, y finalmente declarando subrepticamente: circunstancias que no fueron objeto de adecuado contradictorio ni consideradas por los profusos protagonistas peritos y testigos expertos que informaron de esta manera parcialmente a un Tribunal que tampoco pudo contar con este elemento; de lo que no puede sino colegirse un fallo que claramente adoleció de un elemento estructurante de su capacidad convictiva.

Por todo lo expuesto, entiendo que en los presentes corresponde la invalidación del juicio así celebrado, y consecuentemente de la condena traída en apelación.

Sin perjuicio de las múltiples alternativas que podrían considerarse en la proyección de las consecuencias de la decisión que propugno, entiendo que en los presentes corresponde la absolución del encartado.

Así voto.

A la primera cuestión el Dr. Daniel Acosta dijo: 1)

Resulta claro que la defensa solicitó al tribunal de juicio la producción de la

declaración testimonial de la menor -mayor al poco tiempo del anticipo jurisdiccional y durante la realización del debate- ya que en la audiencia preliminar en ningún modo deviene vinculante para el tribunal de juicio (art. 305 última parte del C.P.P.).

Que dicho Tribunal no hizo lugar a dicho pedido tomando como propios los argumentos de la Fiscalía respecto a la revictimización.

No obstante lo resuelto dicha revictimización pudo razonablemente verificarse a partir del inoficioso interrogatorio de la Fiscalía – contemporáneamente, aunque en un ámbito ajeno al juicio– que se registrara utilizando la plataforma de la Cámara Gesell y a la que tuvieran acceso las partes al menos en el trámite de la apelación.

La mayoría de edad de la menor y el dudoso argumento de la revictimización –a punto tal que contrariando tal protocolo respecto a víctimas vulnerables se volvió a auscultar : – tornan infundada la resolución del tribunal de juicio.

Ahora bien siendo la nulidad la última ratio, entiendo que el gravamen queda a buen resguardo a través de la generación de una instancia probatoria en los términos del artículo 401 del C.P.P.

Ello puede resultar refractario a la naturaleza del sistema de enjuiciamiento en virtud de su perfil abiertamente acusatorio con que la Corte caracterizó el debido proceso en el precedente "Casal". define también el carácter adversarial del Código. (Conf. Ivaldi Artacho y Ramón Ríos. Aciertos de una reforma (acerca del Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe). Zeus Boletín N° 8296, del 22-10-2007). *Un proceso adversarial es aquel en que las partes -acusación y defensa- exponen y ejecutan su postura respecto de un caso frente a un tercero(Tribunal) imparcial, imparcial e independiente* (Farsa Pablo, Juicio oral adversarial: sus posibilidades de realización en los sistemas normativos. Revista de Derecho Procesal Penal. Coordinadores Diego García Yomha, Santiago



Poder Judicial

Martínez, T I pág.365.Rubinzal Culzoni Bs.As.2008). en dicho proceso el rol central lo tienen las partes y no el juzgador; las que *planean su labor estratégica sobre la base de su teoría del caso, esquema analítico en el cual se organiza la información relevante del caso* (id. El autor reseña sus elementos; a saber: *teoría jurídica, elementos abstractos de la misma, proposiciones fácticas que satisfacen tales elementos y prueba de las proposiciones fácticas...La proposición fáctica es quizás la clave del juicio, pues se trata de una afirmación de hecho, que de ser creída por el Juzgador, tiende a satisfacer un elemento de la teoría jurídica. El núcleo del debate, no siempre pero sí generalmente, gira en torno a la discusión fáctica*).

III) Ahora bien el suscripto ha dicho in re "Grancha" que *A juicio del suscripto existe un sobredimensionamiento de la envergadura constitucional del sistema adversarial, no en su apreciación aislada -pues el mismo se desprende de la Constitución- sino en su consideración con todos aquellos ingredientes indispensables para un análisis de conjunto. Contenedor de todas aquellas garantías y compromisos internacionales, que van más allá de la formal separación de la investigación y el juzgamiento y la titularidad de la acción penal pública...Dicho en buen romance hay vida constitucional más allá del sistema adversarial pues su sobredimensionamiento presupondría un análisis incompleto por reduccionismo...Es aquí donde el pensamiento científico procesal, deja de lado no solo buena parte de la materia constitucional y convencional, sino del propio sistema democrático en que debe insertarse la actuación de sus distintos operadores; entre ellos el Ministerio Público de la acusación... Se peca al concretar una mirada sesgada y no se comprende así que lo general y lo particular no son conceptos antagónicos; puesto que lo general en si es singular. La especie humana es singular respecto a las otras especies, y produce singularidades múltiples. Nuestro universo es singular pero produce la diversidad (Entrevista a Edgard Morin,*

*publicada en*

[http://www.diplomatie.gov.fr/label\\_france/español/ides/morin/morin.html](http://www.diplomatie.gov.fr/label_france/español/ides/morin/morin.html)) ...El derecho, bajo el paradigma de la especialización, constituye un claro ejemplo de pensamiento disyuntivo y reductor: donde, al decir de Morin, se busca un todo a través de la constitución de sus partes, pretendiendo obviar el problema de la complejidad (Conf. Morin, Edgar., *Epistemología de la complejidad, en Nuevos paradigmas, cultura y subjetividad.*, pag.423 Ed.paidós, Bs.As. 1.998.). Un claro ejemplo de reduccionismo, se advierte en ámbitos académicos, vinculados al derecho del seguro, o al derecho bancario, que dan una respuesta de cerrazón -muchas veces- a los principios generales del derecho. Una demostración de ello es su resistencia a someterse al paradigma del derecho de los consumidores. Algo parecido ocurre en los ámbitos científicos del Derecho Procesal Penal, donde impera "el síndrome del discurso único": que bajo el déficit lógico del argumento de autoridad desacredita toda mirada diferente... Si bien la especialidad, da respuestas aparentemente acabadas a todos los problemas que se plantean en su parcela del conocimiento; ello lo es a condición que no surja una interferencia del entorno: pues cuando aparece una novedad o interferencia de este tipo, el experto se equivoca un poco más a menudo que el no experto (Conf. Morin, Edgar., *ob. cit.*, pag.424).

Es que el artículo 1º -segundo y tercer párrafo- del digesto procesal toma de aplicación directa todas las garantías y derechos consagradas en los plexos constitucionales nacional y provincial. Va de suyo que en virtud del artículo 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna también resultan condicionados al bloque de convencionalidad.

Es cierto que declamar, hoy por hoy, que en el proceso penal rigen todas las garantías y derechos consagrados en la Constitución de la Nación Argentina, en los tratados internacionales con idéntica jerarquía y en la Constitución de la Provincia, resulta de una obviedad y una innecesaria llamativa. Por ello, no ha pasado inadvertida esta norma en la doctrina (Conf.



Poder Judicial

observaciones formuladas por los dres. Víctor R. Corvalán y Néstor M. Vico-Gimena a pedido del Colegio de Abogados de Rosario. Noviembre de 2006). No obstante lo expuesto ello cobra relevancia en el caso que nos ocupa y es que nuestro país ha adherido a la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de Belem Do Pará, y en virtud de las obligaciones asumidas en atención del artículo 7 primer párrafo e inciso "c" de la convención, la declaración de nulidad de la sentencia teniendo la posibilidad de oír a la testigo – cuya denegatoria en el juicio fuera la fuente más importante del agravio– tornaría a la resolución del conflicto como propia de un exceso ritual manifiesto con franca ausencia del espíritu de las obligaciones obrantes en el pacto.

El suscripto ya ha tenido oportunidad de expedirse in re "TORRES GUILLERMO" Cuij N° 21-06352919-9, en relación a los límites del sistema adversarial en confrontación con los principios convencionales resultantes de Belem Do Para.

IV) Es cierto que el suscripto tiene una mirada distinta a la del prestigioso Magistrado que me precedió en la opinión en relación al anticipo jurisdiccional de prueba en Cámara Gesell.

Es que siempre he sostenido -más recientemente en "Collina"- que: *la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belem do Pará", aprobada por la ley 24 632), mismo prescribe -en lo que aquí resulta pertinente- lo siguiente: "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer [...]; pero además f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan,*

entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos. Que en los presentes los hechos se enmarcan -en abstracto- en la órbita de esta Convención; en virtud de la cual debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (Conf. C.S.J.N. "Góngora, Gabriel Arnaldo")

...tanto la posibilidad de producir la prueba anticipadamente, y por tal fuera de las secuencias temporales del juicio, como que se lo haga bajo el formato de Cámara Gesell son aspectos que se encuentran en una unidad subordinada. Ambos aspectos ingresan dentro del paradigma de las víctimas especialmente vulnerables pues la hipótesis de trabajo la constituyen presuntos abusos sexuales en el ámbito interno del grupo conviviente -lo que también encuadra en un ataque de género...; no obstante esta última contar ya con los dieciocho años cumplidos. Como bien sostiene la Dra. Highton de Nolasco en el fallo traído en referencia por la acusación "Se encuentra en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tiene una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización- como es el caso de quien fue abusada sexualmente por su padre teniendo 12 años de edad-. Estado que puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal". (Del voto de la Doctora Highton de Nolasco in re CSJN "G, L. J.", 7-6-2011, Causa 2222, I.L. on line) ...El objeto procesal no solo enmarca la cuestión en la Convención de Derechos del Niño. sino además en las obligaciones asumidas por el Estado Argentino al aprobar la Convención de Belem do Pará, de prevenir, investigar y sancionar toda forma de violencia contra la mujer, en cuyo marco debe el estado posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el "acceso efectivo" al proceso en los términos del artículo 7 inciso "f" de la Convención, de la manera más amplia posible (Conf. CSJN, "Gongora.



Poder Judicial

*Gabriel Arnaldo s/ recurso de hecho 23-4-2006). Esa manera de acceso "de la manera más amplia posible" comprende –por implicancia– la posibilidad de la mayor inmediatez en caso de resultar necesario. Repárese que al grabarse el audio y filmarse el acto, permitirá que, a posteriori, se puedan reeditar los dichos de la menor víctima sin revictimización (Conf. Edgardo Donna. Las palabras, los hechos y la víctima en el Derecho Argentino, en RDPP, 2012, número extraordinario "Víctimas especialmente vulnerables", pág. 165, Ed. Rubinzal-Culzoni") En el precedente reseñado la misma Dra. Highton de Nolasco sostuvo que "Los jueces deben adoptar, en los casos que involucran víctimas en condiciones de vulnerabilidad, las medidas que resulten adecuadas para moderar los efectos negativos del delito -victimización primaria- y también deben procurar que el daño sufrido no se vea incrementada como consecuencia del contacto con el sistema de justicia -victimización secundaria-, protegiendo, en todas las fases del procedimiento penal, la integridad física y psicológica de la víctima" (Del voto de la Doctora Highton de Nolasco in re CSJN "G. L. J.", 7-6-2011, Causa 2222, LL. on line) ..La propia naturaleza de los hechos afirmados en la denuncia nos lleva a la conclusión que resultan requirentes de un abordaje con la mayor antelación posible; pues la prolongación en el tiempo de los requerimientos procesales conspiran contra la prevención de las formas de victimización secundaria...Las razones apuntadas permiten inferir con total claridad la necesidad que, en caso de tener que ser oída la víctima, lo sea bajo la modalidad de Cámara Gesell, con el consiguiente sacrificio de la inmediación deseable sea cual fuere el momento en que se la realice -tanto durante el juicio- como en un anticipo jurisdiccional de prueba...El Tribunal Supremo Español admite la posibilidad de admitir en el juicio oral la declaración realizada por la víctima en la fase de instrucción pero con carácter limitado ante la imposibilidad de reproducir dicho testimonio y siempre que se hubieren respetado el derecho de defensa y el principio de contradicción: Se*

procede en estos casos a la lectura en el juicio oral de la declaración correspondiente STS 22-2-2007 y acuerdo del plenario jurisprudencial de la Sala II, adoptada en su reunión del 28-11-2006, donde extendía a las declaraciones válidamente prestadas ante la policía; lo que en nuestro derecho sería al menos discutible en la mayoría de los casos... Asimismo, el Supremo Tribunal de Justicia Europeo en el sonado caso "María Pupino" estableció en el caso de niños de corta edad y víctimas especialmente vulnerables la posibilidad de que estos presten declaración fuera de la audiencia pública y aún antes de su celebración (STJEU, Gran Sala C-105/03, del 16-6-2005); extremo perfectamente aplicable al menos a una de las afirmadas víctimas de autos....Sería una manifestación hipócrita cualquier afirmación judicial que sostenga que no existen en lo peticionado un sacrificio a la inmediación en el juicio. Repárese a todo evento que el principio o regla técnica de la inmediación requiere que los elementos de convicción lleguen directamente al espíritu del sujeto que en definitiva ha de valorarlos, de suerte que en su recepción y percepción no se interpongan otras personas que consciente o inconscientemente puedan turbar o alterar la natural y original entidad de tales elementos, tergiversando así la aptitud real de la prueba (Jauchen Eduardo M. El juicio oral en el proceso penal, pág. 37. Rubinzal Culzoni. Santa Fe., 2008.), con la consiguiente percepción directa de las partes (id). El Tribunal de juicio debe estar más cerca de la fuente de prueba, que del medio de prueba; pues la inmediación es comprensiva además de "...la percepción directa de las pruebas por las partes. (Conf. Jauchen, E. ob. Cit. pág. 37) y ...la comunicación personal y oral entre todos los sujetos procesales. (id)...Ahora bien no todo sacrificio de la inmediación en el juicio resulta atentatorio del juicio penal de acuerdo a la munda constitucional. Recuérdese que el máximo Tribunal del país en el señero precedente "Casal" ha atenuado las exigencias derivadas de la inmediación -haciendo referencia a una magnificación que cierta doctrina procesal tiende a otorgarle- pues le permite a un Tribunal que no tuvo inmediación con la prueba una nueva





**Poder Judicial**

*evaluación. Así dijo en el considerando "34" que: Que en síntesis, cabe entender que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas. La inmediación va a fluir naturalmente a partir de la plena vigencia del nuevo sistema por conducto de la informalidad en la investigación, que resultara refractaria a la producción de las pruebas objeto de valoraciones provisionales y previas al veredicto del tribunal de juicio, salvo excepciones muy puntuales como las atinentes a la cámara Gesell. A su respecto tal limitación a la inmediación fue recientemente abordada por el máximo tribunal del país, al tratar lo atinente a las víctimas vulnerables al sostener que: "No toda restricción del derecho a interrogar es incompatible con la noción de un juicio justo, en tanto y en cuanto no se resigne definitivamente a mantener el equilibrio que debe mediar entre la acusación y la defensa (Del fallo de la CSJN "G, L. J.", 7-6-2011. Causa 2222, LL. on line)...Una dosis aconsejable de realismo -que nos exige concretar una ciencia procesal útil- debe llevarnos a advertir que aun realizando la Cámara Gesell durante el juicio, también se concreta cierto sacrificio a la inmediación: pues la misma se ve limitada por los dispositivos predispuestos para la tutela de la víctima, vgr. aislación, distancia, etc.; razón por la cual dicho ingrediente -la inmediación- no aparece con un espectro mayor que el que pueden tener el soporte fílmico de las audiencias... Recuérdese asimismo que la Corte Nacional a juicio del suscripto en el precedente "Benitez" tiene como holding principal la imposibilidad de condenar con pruebas obtenidas sin el control de la defensa, contempla en formulación y antecedentes supuestos de valoración de pruebas no obtenidas en el marco de la inmediación siempre que hubieran sido*

obtenidas con con el ya referido control de la defensa. Así el máximo tribunal del país, con cita del precedente "Castillo Petruzzi vs. Perú" (CIDH, sent. del 30/5/99.), a contrario sensu contempla la posibilidad que, respetando el derecho a contra interrogar a los testigos de cargo al menos en la investigación sus dichos se incorporen como prueba de cargo y fundar el fallo condenatorio (CSJN, 12/12/06. B, A. 1). Como se adelantara las dos cuestiones se encuentran entrelazadas y más allá de no avizorarse perjuicio en el pedido de anticipo probatorio -pues sea cual fuere el momento en que se produce, el acceso de las partes y el tribunal a la fuente de prueba no habrá de ser esencialmente distinto- y la necesidad de pronta recepción de la prueba se afirma en la propia naturaleza de los hechos investigados y la edad de las víctimas; por lo que no se avizora otra posibilidad de recabar sus versiones, sin vulneración de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país que no sea en Cámara Gesell. Es en virtud de lo expuesto y que el artículo 298, primer párrafo del C.P.P., faculta la producción de aquella prueba que, como la Cámara Gesell, no pueda ser recibida durante el juicio" (Considerandos del resolutorio in re "Collina").

V) Es que si bien en virtud de dichos principios se puede habilitar el anticipo de prueba, cesada las circunstancias motivantes del mismo como en el caso -no sólo mayoría de edad, sino la propia iniciativa del actor penal al interrogar a la víctima- en el caso de autos no justificaban la negativa a hacer lo propio en el juicio.

Pero en virtud de las mismas normas convencionales deberá dejarse de lado la nulidad propiciada y en su lugar -tomando la plataforma del propio artículo 401 del digesto procesal, aún sin instancia de parte pero contando con su interés- habilitar un curso procesal permisivo de la declaración de la menor ante el Tribunal de apelación y previo a resolver la cuestión de fondo.

Así voto.

A la primera cuestión la Dra. Georgina Depetris dijo:



Poder Judicial

Adhiero al voto del Dr. Llaudet, por cuanto si bine estimo se han verificado las graves irregularidades expuestas, como resultado de las mismas, no puede presentarse otro estado intelectual que no sea la duda, circunstancia que entiendo no puede ser revertida en un reenvío, adquiriendo en este caso plena vigencia en el caso la norma establecida en el art. 2 del CPP, en tanto resultaría inadmisibles otorgar una nueva oportunidad probatoria en un nuevo debate.

Así entiendo, que de ninguna manera puede retrotraerse el juicio a etapas precluidas, ni mucho menos, disponer oficiosamente una apertura a prueba en al alzada, que no tendría otras función en este caso, que la de despejar la duda que en la actualidad se manifiesta. en perjuicio del acusado, de manera sorpresiva. en tanto el mismo ejercitó su derecho al recurso con objeto de obtener un pronunciamiento absolutorio (Art. 391, tercer párrafo del CPP).

Por ello, las irregularidades que se verifican al respecto no pueden ser subsanadas y conducen en este caso, necesariamente a su absolución en esta instancia, por estricta aplicación de lo normado en el art. 404, 2do. Párrafo.

*A la segunda cuestión los señores Vocales Dres.*

*Guillermo Llaudet, Daniel Acosta y Georgina Depetris dijeron:* Visto el resultado obtenido al tratar la anterior cuestión, corresponde, por mayoría de votos, invalidar el juicio que celebrado en autos y la sentencia N° 950 T° X F° 79/99 del 23 de noviembre de 2015 que en función del mismo fuera dictada, y en consecuencia, absolviendo al Sr. \_\_\_\_\_ de culpa y cargo por los delitos de Abuso sexual simple agravado por el vínculo y Abuso sexual doblemente agravado por acceso carnal y por el vínculo en forma reiterada.

Por tanto, en nombre del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe. este Tribunal de Apelación Oral, por mayoría de votos;

**FALLA:** *1- Invalidar el juicio que celebrado en autos y la sentencia N° 950 T° X F° 79/99 del 23 de noviembre de 2015 que en función*

del mismo fuera dictada y, en consecuencia, **ABSOLVIENDO** de culpa y cargo al  
...  
te culpa y cargo por los delitos de Abuso sexual  
simple agravado por el vínculo y Abuso sexual doblemente agravado por acceso  
carnal y por el vínculo en forma reiterada.

2- Tener presentes las reservas formuladas.

Insértese, agréguese copia y hágase saber.

**Dr. DANIEL ACOSTA**  
Juez Penal de Cámara  
Colegio de Abogados de la Capital Penal  
2da. Circunscripción Judicial

En disidencia

**Dr. GUILLERMO LLAUDET**  
Juez Penal de Cámara  
Colegio de Abogados de Apelaciones en  
la Penal - 2da. Circunscripción Judicial

**Dra. BEORGINA ELENA REPETRIS**  
Jueza Penal de Cámara  
Colegio de Cámara de Apelaciones en  
la Penal - 2da. Circunscripción Judicial