

En la ciudad de Santa Rosa, Capital de la Provincia de La Pampa, a los veintiocho días del mes de septiembre de dos mil diecisiete, se reúnen los señores Ministros, Dres. Fabricio Ildebrando Luis LOSI y Elena Victoria FRESCO, como integrantes de la Sala B del Superior Tribunal de Justicia, de conformidad con el art. 421, con relación al art. 411 del C.P.P., a efectos de dictar sentencia en los autos: "S., J. E. en causa por abuso sexual por sometimiento gravemente ultrajante por su duración y circunstancia de su realización y abuso sexual con acceso carnal... s/ recurso de casación", registrado en esta Sala como legajo n° 55833/4, con referencia al recurso de casación interpuesto a fs. 1/21 por el defensor oficial, Dr. Martín M. GARCIA ONGARO, contra la sentencia del Tribunal de Impugnación Penal que dispuso confirmar el fallo de la Audiencia de Juicio de la Primera Circunscripción Judicial que condenó a su asistido como autor material y penalmente responsable de los delitos de Abuso Sexual por sometimiento gravemente ultrajante por su duración y las circunstancias de su realización y abuso sexual con acceso carnal, todo ello agravado por resultar un grave daño en la salud mental de la víctima, por la calidad de guardador y por haber sido cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo, como delito continuado (arts. 119 primer y segundo párrafo y tercer párrafo en relación con el 4° párrafo, incisos a), b), y f) y 54 "contrario sensu" del Código Penal; a la pena de 14 años de prisión.

RESULTA:

1°) Que el defensor oficial, invocó como motivos casatorios los previstos en los incs. 2° y 3° del art. 419 del C.P.P.

2°) Que en primer término planteó la arbitrariedad del resolutivo que recurre; en ese sentido sostuvo la vulneración al derecho de defensa y debido proceso e insistió en la existencia de actividad procesal defectuosa.

Precisó que lo defectuoso fue la prueba jurisdiccional anticipada que consistió en la declaración en cámara gesell de la niña, víctima del delito. Aclaró que el vicio que denuncia no radica en la forma de realización de la diligencia sino en la afectación al debido proceso y derecho de defensa por la imposibilidad física y material de contar con tal prueba al momento del debate, como consecuencia de una reproducción deficiente por razones técnicas, no imputables ni a la defensa ni al imputado.

Expresó que la afectación aludida lo es en relación a la imposibilidad de utilizar dicha prueba como base para formular preguntas y repreguntas, como así también para interrogar y contrainterrogar al perito que participó de su realización.

Puntualizó que "...no sólo resulta útil -al menos para esta defensa- el propio relato de la niña, sino su gesticulación, su interacción con la profesional encargada de realizar la entrevista, el uso del lenguaje, etc, lo cual hubiese dado lugar a una serie de preguntas..." (fs. 7).

3º) Que indicó la existencia de otra causal de arbitrariedad, al reeditar el planteo de errónea valoración de la prueba que en su oportunidad lo sometió a consideración del T.I.P.

Afirmó que en el caso, la valoración está marcada por el relato único de la niña en cámara gesell, sin importar el resto del material probatorio; en ese sentido, puntualizó que atenta contra la credibilidad de la narración tomada como base de los hechos por la sentencia de la audiencia, su nula correlación con las lesiones constatadas por los médicos.

Apreció que el juicio de autoría se formula sin certeza y se encuentra reforzado por el Tribunal de Impugnación Penal. Advirtió que el propio fallo admite la escasez probatoria y que acude a la experiencia de los sentenciantes en casos similares, "...como si ello pudiese suplir las únicas fuentes autorizadas de valoración (reglas de la lógica y la sana crítica)..." (fs. 11).

4º) Que el segundo motivo de casación invocado se asienta en la errónea aplicación de la ley sustantiva prevista en el inc. 2º del art. 419 del C.P.P., en referencia al tipo previsto en el art. 119 tercer párrafo del C.P.

Refirió que las conclusiones técnicas- científicas, aportadas por el Dr. Colombato, permiten verificar que la niña no presenta lesiones compatibles con un acto de abuso sexual con acceso carnal y, en consecuencia, resulta de imposible encuadre en la figura delictual aplicada.

Asimismo, la defensa dijo que la sentencia aplicó múltiples agravantes a la conducta de su defendido, sin detenerse a fundamentarlas debidamente.

Del mismo modo, sostuvo que la calificación de abuso sexual por sometimiento gravemente ultrajante por su duración y las circunstancias de su realización, queda subsumida por la calificación más grave de abuso sexual de acceso carnal.

5º) Que por último, se quejó del monto de la pena impuesta y del proceso de determinación del reproche penal, por no respetar el principio de proporcionalidad de la sanción respecto a la afectación del bien jurídico protegido.

En relación a ello dijo que resulta inadmisibile que se agrave la medida del reproche de la pena por circunstancias que fueron utilizadas para componer el tipo penal en el que se encuadró la conducta de S., discrepando con la hermenéutica que le brindo el T.I.P. al responder, en su oportunidad, tal agravio.

Por todo ello entendió que no existen razones para alejarse del mínimo legal, por lo que solicitó la readecuación de la pena en orden a la calificación que corresponde.

6°) Que el señor Procurador General, presentó informe, que ha sido glosado a fs. 41/45vta.

CONSIDERANDO:

1°) Que atento el estado de autos y habiéndose declarado prima facie la admisibilidad formal del recurso de casación interpuesto, corresponde ingresar al tratamiento de los agravios traídos a consideración de esta Sala por la defensa.

Siguiendo el orden expositivo del recurso, en primer lugar se encuentra el supuesto contemplado por el inc. 3 del art. 419 del C.P.P. Tal como surge del desarrollo de los agravios antes reseñados, la defensa plantea dos aspectos de la arbitrariedad de la sentencia que recurre.

En el primero de ellos liga esa causal a la actividad procesal defectuosa, tacha que le atribuye a la realización de la cámara gesell efectuada a la menor de edad, víctima del delito.

Ahora bien, la propia defensa en su recurso aclara que tal vicio atribuido a la indicada prueba jurisdiccional anticipada, nace en su reproducción durante la celebración del debate oral.

Puntualmente expresa: "...el vicio que denuncia no radica en la forma de realización de la diligencia sino en la afectación al debido proceso y derecho de defensa que resultó de la imposibilidad física y material de contar con tal prueba al momento del debate..." (fs. 5) como consecuencia de una reproducción deficiente por razones técnicas no imputables ni a la defensa ni al imputado.

Resulta claro el agravio y por tal razón es inadmisibile de ser considerado actividad procesal defectuosa.

En primer término debe repararse que no se trata de una actividad procesal propiamente dicha, es decir de la naturaleza de las que contemplan los arts. 159 y siguientes del C.P.P., pues el caso se vincula

a la forma en que fue reproducida técnicamente aquella medida probatoria en el desarrollo del debate oral.

Es preciso consignar que, desde la práctica, las pruebas anticipadas con fines judiciales se explican por la necesidad de asegurar un material que, después, al adelantarse el proceso correspondiente, por el transcurso del tiempo, el cambio de los hechos y situaciones, no podrá practicarse o no arrojaría los mismos resultados. Desde el punto de vista constitucional, tales pruebas tienen su basamento en la garantía de los derechos fundamentales de acceso a la justicia, debido proceso y derecho de defensa o contradicción.

Justamente desde esta última perspectiva es que el planteo del defensor no resiste el análisis de actividad procesal defectuosa que pretende. Por otra parte, ofrece sólo la simple mención de un agravio que al parecer le fue de imposible reparación ulterior: la imposibilidad de preguntar algunas cuestiones importantes de la causa.

Empero, en el recurso en cuestión siempre se partió de la existencia de un acto legítimo, lo que torna endeble la invocación del agraviado con relación a la primera causal de arbitrariedad que invoca.

En este marco resulta prudente concluir, que la casuística puede decir cuándo hay o no una situación de agravio irreparable, pues no cualquier inconveniente o perjuicio en la tramitación del expediente configura un agravio irreparable, o de insuficiente reparación ulterior (conf. CSJN, Fallo: 239:274).

El recurrente no ha dejado debidamente asentada la observación concreta y puntual que sustente el agravio de imposible reparación posterior; únicamente esboza afectación de un derecho, pero en ningún momento expresa, de modo preciso, las preguntas que estima hubieran sido oportunas efectuar, como así tampoco, la pertinencia, incidencia o relevancia decisiva para un amplio derecho de defensa, no sólo con relación a la situación procesal de su defendido, sino también en consideración a la imposibilidad de interrogar al respecto a la psicóloga que realizó la cámara gesell, en cuanto a los aspectos que de la víctima se pretendían resaltar al solicitar la reproducción de la prueba.

Todo ello sumado a que en el caso se ha cumplido con la petición de la defensa y garantizado, por ende, el derecho de poder contar con una medida probatoria que estimó oportuno reproducir en el debate. Su pedido fue acatado, lo que repercute sin duda en la efectivización del derecho de defensa.

Concretamente, no se le negó la posibilidad de producir aquella prueba anticipada, al contrario, fue reproducida en el debate a efectos de que se pudiera respetar el principio de oralidad e inmediación propio del sistema contradictorio vigente.

En ese sentido, una falla técnica no puede inferir en la validez que por sí misma representa una medida probatoria anticipada efectuada en los términos que manda la ley.

El material probatorio que se desarrolla en el debate oral, representa la información válida que se le brinda al Tribunal, soporte de la sentencia que resultara ser dictada.

Por ello es medular que la prueba, además de ser válida, legítima en su obtención e incorporación al proceso, sea de fácil acceso y corroboración de los interesados, lo que se observa cumplido en este legajo.

En razón de ese rol que representa la prueba, es recomendable que los integrantes del Tribunal de Audiencia reproduzcan las cámaras gesell que se hayan llevado a cabo, ello como garantía extrema del principio de oralidad.

2º) Que el segundo aspecto vinculado a la arbitrariedad resulta ser la valoración probatoria. En este punto, puede observarse la íntegra crítica a la labor efectuada por los jueces de audiencia, pasando por alto la tarea de revisión realizada por el Tribunal de Impugnación Penal, del cual sólo obra una referencia acerca de que se limitó a confirmar la primera postura.

Al revisar la sentencia de condena, el a quo, según surge de la copia obrante a fs. 24, enumera detalladamente las diferentes pruebas en que se encuentra fundamentada la sentencia de condena. Inclusive, a fs. 25/vta., se explyaya sobre la explicación brindada por el médico, Dr. Colombato y sobre resto del acervo probatorio que tuvo lugar en la causa, haciéndose expresa mención a aquellas otras que corroboran las declaraciones de la víctima.

Con ello, mediante el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal de Impugnación Penal, se

garantizó aquí el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria, conjuntamente con el debido control integral de ella, de conformidad con las obligaciones asumidas por el Estado nacional en los tratados internacionales de derechos humanos (arts. 8, párrafo 2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 1, 18 y 75, inc. 22 de la C.N.)

Es apropiado recordar que, reiteradamente y con cita del Dr. Fernando DE LA RUA en "La casación penal", Buenos Aires, Depalma, 1994, ps. 148/149", hemos expresado que, a los efectos de dilucidar el objeto del control casatorio, resulta pertinente señalar que el tribunal de grado, es libre en la valoración y selección de las pruebas que han de fundar su convencimiento, y en la determinación de los hechos que con ellas se demuestren; en consecuencia, por vía de este recurso no se puede provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que dan base a la sentencia, puesto que queda excluido de él, todo lo que se refiera a la valoración de los elementos de prueba y a la determinación de los hechos.

Precisamente, es el T.I.P. quien se encuentra legalmente en condiciones de efectuar la más amplia de las revisiones, dentro del marco de lo fallado por la C.S.J.N., en el leading case "Casal", respetando así el principio de inmediación y el derecho convencional al doble conforme del imputado,

habiendo brindado, las respuestas acabadas de todos los aspectos a los que el recurrente le asignó entidad de agravios.

En efecto, en este punto compartimos plenamente la respuesta otorgada a la defensa por parte del T.I.P., en el sentido de que al agravio de arbitrariedad de la sentencia, aparece vinculado la presunta desatención de la prueba producida, y tales apreciaciones responden a una percepción entendible desde la óptica defensiva, pero que no encuentra correlato racional en el razonamiento desplegado por el revisor.

A manera de corolario, cabe advertir que el escrito recursivo no logra demostrar la pretendida arbitrariedad, sino que sólo efectúa una mera enunciación de los aspectos que, a su parecer, configurarían el motivo previsto en el inc. 3° del art. 419 del C.P.P., con absoluta carencia de correlación alguna entre lo invocado y la doctrina de la Corte Suprema de justicia de la Nación, como lo impone la norma antes citada para habilitar la instancia procesal casatoria.

3°) Que respecto a la causal prevista en el inc. 2° del art. 419 del C.P.P., corresponde adelantar que tampoco puede prosperar, puesto que en lo sustancial consiste en la absoluta y fiel reedición de los motivos que frente a la instancia precedente conformaron la impugnación oportunamente articulada.

El recurso de casación tiene carácter extraordinario, y no es un remedio procesal que pueda ser deducido para actualizar cuestiones analizadas en anteriores etapas recursivas, máxime cuando las causales de procedencia se encuentran taxativamente establecidas (art. 419 del C.P.P.).

De esa forma el objeto de este recurso debe ser una cuestión de derecho, la que aquí no se ha planteado, sino que el recurrente se ha limitado a manifestar su divergencia con la apreciación del tipo penal aplicado a la conducta de su defendido, empero desposeído de argumentación autónoma de derecho de fondo desvinculada de los anteriores planteos de arbitrariedad que preceden la presentación en estudio. Más aún, como se consignara, la propia defensa revela que discrepa con la hermenéutica de los magistrados.

Por ello, el SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, SALA B,

FALLA

1°) Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 1/21 por el defensor oficial, Dr. Martín GARCIA ONGARO.

2°) Registrar, notificar y, oportunamente, archivar el actual legajo.