

## Abuso Sexual Gravemente Ultrajante Convivencia Preexistente Declaracion De La Victima Prueba Anticipada Presencia De La Defensa

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Convivencia preexistente. Declaración de la víctima. Prueba anticipada. Presencia de la defensa

Se rechaza el recurso de casación interpuesto contra la confirmación de la sentencia que condenó al imputado como autor del delito de abuso sexual por sometimiento gravemente ultrajante por las circunstancias de su realización, calificado por la convivencia preexistente.

En la ciudad de Santa Rosa, Capital de la Provincia de La Pampa a los diez días del mes de agosto de dos mil dieciséis, se reúnen los señores Ministros, Dres. Hugo Oscar DIAZ y Fabricio Ildebrando Luis LOSI, 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: ?A. , J. C. en causa por abuso sexual por sometimiento gravemente ultrajante por la circunstancias de su realización, calificado por la convivencia preexistente s/ recurso de casación?, registrados en esta Sala como Legajo n.º 20830/2, con referencia al recurso de casación interpuesto a fs. 1/10, contra el Fallo N° 42/15, de la Sala A del Tribunal de Impugnación Penal, que falló: ?PRIMERO: No haciendo lugar al recurso de impugnación interpuesto...? y;

RESULTA: 1º) Que la Dra. Mariel ANNECCHINI, en su carácter de defensora oficial sustituta, interpuso recurso de casación contra la decisión del Tribunal de Impugnación Penal, que confirmó la resolución dictada por la Audiencia de Juicio de esta Primera Circunscripción Judicial, mediante la que se condenó a J. C. A. como autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual por sometimiento gravemente ultrajante por las circunstancias de su realización, calificado por la convivencia preexistente, a la pena de ocho años de prisión, con más la accesoria del art. 12 del C.P. 2º) Que sostuvo que los motivos de casación son la inobservancia de un precepto constitucional y convencional, la errónea aplicación de la ley sustantiva, y la arbitrariedad de la sentencia que cuestiona. Dijo que la resolución recurrida lesiona el derecho de defensa en juicio y debido proceso legal (art. 18 C.N.), en tanto se diligenció una medida probatoria anticipada (cámara gesell), sin formalizar la investigación fiscal preparatoria, privando al imputado del traslado del contenido de la imputación. En relación con el supuesto del inc. 3º del art. 419 del C.P., sostuvo que en el caso concreto resulta afectado el derecho a conocer los hechos materia de acusación; pues ?...es en la audiencia de formalización, en donde 'formalmente' se le hace conocer al imputado los hechos a investigar y en consecuencia a disponer de los medios necesarios para ejercer adecuadamente el derecho de defensa...? (fs. 4). Adujo la configuración del inc. 2º del art. 419 del C.P.P., en cuanto afirmó que el Tribunal aplicó una errónea significación jurídica a los hechos materia de juzgamiento, circunstancia que se traduce en una equívoca aplicación de la ley penal sustantiva, afectándose con ello el derecho de defensa consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional. Asimismo, cuestionó el material probatorio vinculado a la convivencia preexistente entre víctima y victimario. Por último, planteó la arbitrariedad de la sentencia, en los términos de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y así indicó que la sentencia contiene una debilidad en la construcción de su fundamentación. Puntualizó que lo que se critica son las injerencias que realizó el Tribunal para justificar el estado de certeza, y que la decisión aquí impugnada omite toda valoración de la prueba documental y testimonial aportada. En consecuencia, solicitó que este Superior Tribunal haga lugar al recurso de casación interpuesto. 3º) Que el recurso fue admitido y se realizó el trámite pertinente, conforme a las disposiciones de los arts. 421 y 407 del C.P.P. 4º) Que el señor Procurador General, Dr. Mario Oscar BONGIANINO, en la oportunidad procesal correspondiente, advirtió que los motivos esgrimidos en el recurso de casación constituyen una reiteración de los argumentos que sustentaron el recurso de impugnación, sin aporte nuevo que demuestre en esta instancia, los vicios alegados. Apreció que la defensora no pudo explicar en el texto recursivo, la relación de causalidad, efecto que se produjo con lo que ella detalló como afectación del derecho de defensa en juicio y debido proceso legal (art. 18 C.N.), al ser privado el encausado del traslado del contenido de la imputación. Consignó que en el caso no existe un agravio o perjuicio en concreto que pueda comprometer las garantías constitucionales señaladas por la defensa, y que el presente es un supuesto de invalidación por la invalidación misma. Reforzó la precedente afirmación, con la indicación de que en el supuesto acontecido en el presente legajo, a diferencia de lo sucedido en el fallo ?Mateo?, se le recibió declaración al imputado, previamente a la celebración de la cámara gesell, oportunidad en la que se le notificó, en forma clara y precisa, el hecho endilgado. Remarcó lo absurdo del planteo ligado a la producción de un perjuicio referido a la comunicación de los hechos por falta de formalización de la investigación fiscal, al tiempo de efectuar la cámara gesell. En esa línea dijo que ?... en cuanto a la limitación de prueba a producir en la diligencia de cámara ?Gesell?... , concretamente la designación de un perito de parte para que participe de la misma y confeccione su informe, ...no existe constancia en el legajo, ni en el acta de la audiencia de ?Gesell? acerca de que el Defensor antecesor haya requerido tal medida por lo que ésta

es la queja de un perjuicio abstracto.? (fs. 40vta.). Sostuvo que la defensa intenta introducir en esta instancia, el análisis de la cuestión fáctica ya fijada por el tribunal interviniente y procura obtener un nuevo examen y valoración de la prueba relativa a la convivencia previa requerida para el agravante del abuso sexual, ya analizada en la instancia precedente. Por último, remarcó que el planteo vinculado a la arbitrariedad de la sentencia, resulta ser una reformulación de una nueva valoración de los elementos probatorios incorporados al legajo que sólo constituye una discrepancia subjetiva con lo decidido por los jueces sentenciantes. Así concluyó en que "...las valoraciones subjetivas de prueba a las que aduce el recurrente no pueden configurar violaciones a los supuestos de fundamentación arbitraria, y violatorios del estado de inocencia por lo que desde ya deben descartarse los agravios de referencia? (fs. 41vta.) En consecuencia, estimó que el actual recurso de casación debe ser rechazado. CONSIDERANDO: 1º) Que los agravios expresados por la parte recurrente, tal lo expuesto con anterioridad, radican en la afectación del derecho de defensa y del debido proceso, al realizarse la celebración de una cámara gesell, sin formalizar la investigación fiscal preparatoria.- En el presente legajo, como así lo reproduce el Tribunal de Impugnación Penal, la declaración del imputado se celebró el día 16 de agosto de 2013, las manifestaciones de la menor en cámara gesell, el día 4 de septiembre del mismo año y, la investigación fiscal, se formalizó con fecha 5 de septiembre de 2013. De la compulsa en el sistema informático penal, se observa que la declaración de la menor víctima, fue realizada con el carácter de prueba jurisdiccional anticipada, sin haberse formalizado previamente la investigación fiscal, marco legal de dicha prueba. Las circunstancias particulares antes expuestas revelan que si bien el Fiscal actuante, frente a la claridad del art. 263 del C.P.P., debió formalizar la investigación fiscal preparatoria, previa o conjuntamente con la solicitud de tal medida jurisdiccional anticipada, extremo que también al juez de control interviniente le hubiera correspondido advertir, lo cierto es que tal accionar ha quedado consentido por la defensa, quien también participó de ese proceder. Ahora bien, el reclamo defensivo surge tardíamente en el tiempo a la realización del medio probatorio cuestionado, como así también, de manera inconsistente al no demostrar acabadamente la privación o menoscabo concreto en el ejercicio del derecho de defensa. Puntualmente, el art. 161 de nuestro C.P.P., dispone que la oposición o la subsanación del acto defectuoso deberá ser deducida mientras se cumple el acto o inmediatamente después, y el art. 163 del mismo cuerpo legal reza que "La actividad procesal defectuosa quedará convalidada en los siguientes casos: 1º) Cuando el Fiscal o las partes no la protesten o reclamen oportunamente su subsanación...?". La circunstancia apuntada, separa ampliamente a este legajo del precedente jurisprudencial de este mismo Superior Tribunal, que la defensa pretende que se aplique. Además, otro aspecto que lo distancia radica en la presencia efectiva del defensor al momento de la celebración del acto que hoy motiva el agravio.- Concretamente, J. C. A. se encontraba representado por el defensor oficial, Dr. Andrés OLIE, quien accedió a la práctica procesal, participó de ella y no efectuó manifestación alguna acerca de menoscabos o afectaciones a derechos y/o garantías constitucionales. Ello implica entonces que un planteo recursivo a posteriori en ese sentido, entraña disconformidad con el curso o decisión de la causa, expresado bajo el pretexto de afección constitucional, pero sin evidenciar condición alguna de inferioridad defensiva respecto de quien ejerció la persecución fiscal, más aún, la declaración del imputado fue recepcionada con anterioridad a la cámara Gesell; por ende claramente conocía la materia de imputación cuando tuvo lugar la prueba anticipada en cuestión, tal como lo señaló el señor Procurador en su dictamen. La Corte Suprema ha dicho que "...la garantía de la defensa en juicio "en materia penal- no se reduce al otorgamiento de las facultades para el ejercicio del poder de defensa, sin que se extienda "según los casos- a la provisión por el Estado de los medios necesarios para que el juicio al que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional, se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación mediante la efectiva intervención del defensor? (Fallos 237:158; 308:1557; 310:2078); resulta así que en este legajo en particular, la mentada igualdad de armas procesal se encuentra resguardada, al no materializarse resentimiento del derecho de defensa. Consecuentemente, cualquier imprecisión o insuficiencia en los actos sucedidos, resultó remediable, saneable en el desarrollo del proceso penal en curso, tornándose la diligencia cuestionada en un proceder donde el derecho de defensa, visto desde el procedimiento acusatorio y contradictorio, se desarrolló en forma cierta, oportuna y concreta. De este modo, se impone reparar en que "...hay que ser muy cautos a la hora de avalar propuestas sanadoras y analizar sus riesgos. En este sentido, las decisiones judiciales y en particular el valor de la sentencia judicial resulta decisivo a la hora de legitimar el modus operandi mediante el cual el Estado habrá de enfrentar los desafíos de la vida contemporánea y el fenómeno de la globalización del que también se nutre el delito.? (LEDESMA, Ángela; "La Reforma Procesal Penal?", Buenos Aires, Nova Tesis, 2005, pág. 151). 2º) Que no pueden desvanecerse los restantes agravios planteados, referidos al cuestionamiento del material probatorio y la arbitrariedad, en los términos de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia nacional, existente en el instrumento jurídico que aquí se recurre. En cuanto al primer tópico señalado, se debe distinguir que la recurrente esbozó, a modo de ejemplo, que la no formalización le produjo a su defendido una restricción consistente en no poder proponer un perito psicólogo para intervenir en la diligencia probatoria en cuestión. Ahora bien, más allá de que, como se referenció ut supra, tal extremo fue introducido por la defensa de manera ejemplificativa, lo cierto es que la propuesta no se concretó, es decir, ni la

mencionada prueba pericial de parte, ni otra fue peticionada, denegada ni controvertida, lo que torna a tal pretensión en absolutamente potencial e inepta para ser considerada génesis de agravio. Asimismo tal situación resulta ser referencial, ejemplificativa, como motivo de casación sin ofrecer precisión específica hacia un menoscabo del ejercicio de derecho de defensa en juicio o afectación del debido proceso legal. Igualmente sucede con del segundo tópico consignado, ligado a la impetración de la causal de arbitrariedad y al cuestionamiento probatorio de la convivencia preexistente entre víctima y victimario, pues se observa, en el escrito recursivo, una limitación al sindicarse tales situaciones. Concretamente, las invocaciones restan la posibilidad a este último tribunal de conocer la necesaria relación existente entre lo reseñado y lo sucedido en el caso puntual, como así también, aquellos precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema, cuyos criterios deben aplicarse, por identidad de supuestos. Todo ello, además de buena práctica, configura una carga exclusiva del presentante, pues quien recurre debe dotar a su presentación de la debida autosuficiencia.- En razón de las consideraciones desarrolladas corresponde rechazar el recurso de casación formulado, y confirmar la sentencia del Tribunal de Impugnación Penal. Por ello, el SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, SALA B,-FALLA: 1º) Rechazar el recurso de casación formulado por la Defensora Oficial Sustituta, Dra. Silvia Mariel ANNECCHINI, contra el fallo n.º 42/15 del Tribunal de Impugnación Penal. 2º) Registrar, notificar y, oportunamente, archivar estas actuaciones.

013105E