

SALA SEGUNDA
Expte. N° 7338 "C/ [REDACTED] s.
abuso sexual con acceso carnal (art.119 inc.3º
C.P.) en perjuicio de [REDACTED] S/ CASACIÓN"

1

En la Ciudad de San Juan, a trece días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, se reúnen en sesión secreta los Miembros de la Sala Segunda de la Corte de Justicia, según ha sido integrada por el doctor Ángel Humberto Medina Palá, la doctora Adriana Verónica García Nieto y el doctor Guillermo Horacio De Sanctis. Lo hacen para entender en el Expte. N° 7338 caratulado "C/ [REDACTED]
[REDACTED] s. abuso sexual con acceso carnal (art. 119 inc. 3º del CP) en perjuicio de [REDACTED] S/ CASACIÓN", a fin de redactar la sentencia, conforme lo disponen los artículos 475 y 476 primera parte, del Código Procesal Penal, tal como fuera dispuesto en la audiencia celebrada en fecha 21 de agosto del 2019. El Tribunal -ante la inexistencia de cuestiones incidentales- se planteó como única cuestión a resolver la siguiente: ¿Es procedente el recurso de casación deducido en autos? En su caso: ¿Qué resolución corresponde dictar? -----

--- EL DOCTOR ÁNGEL HUMBERTO MEDINA PALÁ DIJO: -----
--- Contra la sentencia dictada por el Sr. Juez del Primer Juzgado Penal de la Niñez y Adolescencia interpone recurso de casación el Sr. Fiscal Penal de la Niñez y Adolescencia.
--- El fallo dictado, que fuera emitido por el Dr. Jorge Toro en fecha 25 de marzo del 2019 y que obra a fojas 306/332, dispuso condenar a [REDACTED] a sufrir

la pena de cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo en cuanto autor penalmente responsable del delito abuso sexual con acceso carnal (artículo 119, tercer párrafo en función del primer párrafo, del CP) en perjuicio de la menor [REDACTED]. -----

--- Frente a ello, el Dr. Adolfo Eduardo Díaz, en su rol de Fiscal Penal de la Niñez y Adolescencia N° 1 -a fojas 342/348 vta.-, invoca inobservancia de la ley penal sustantiva (artículo 574 inciso 1º del CPP) en cuanto a la individualización del monto de la pena. -----

--- Indica el recurrente que el hecho probado fue encuadrado en la figura jurídica del artículo 119 primer y tercer párrafo del Código Penal, esto es "Abuso sexual con acceso carnal", considerando que la pena impuesta a [REDACTED]

[REDACTED] (4 años de prisión) sería desproporcionada en relación a las pautas de valoración que establecen los artículos 40 y 41 del CP. Sostiene el Fiscal que el sentenciante habría formulado una mínima y muy leve valoración de las pautas agravantes, no conteniendo el fallo las formalidades que su dictado requiere, respetando los límites mínimos y máximos para decidir la pena a imponer, lo que es contemplado por el Código Penal para el delito que nos ocupa. Señala asimismo que la alternativa que otorga el artículo 4 de la ley 22.278 solamente

constituye una facultad del Juez tras analizar la situación particular del joven; y que en el caso no se habría tenido en cuenta el resultado negativo de las medidas tutelares llevadas a cabo, como también el grave daño irreparable producido en la víctima de [REDACTED]. -----

--- Finalmente se solicita la casación del pronunciamiento en lo que se refiere al monto de la pena, pidiendo la imposición de 10 años de prisión. -----

--- A fojas 349/350 el recurso fue concedido por el tribunal inferior. -----

--- Una vez ingresada la causa a esta Corte de Justicia, el Sr. Fiscal General mantuvo el recurso articulado, la pretensión casatoria y optó por formalizar oralmente su respectivo informe (fojas 355 y vta.). -----

--- Al llevarse a cabo la audiencia que prevé el artículo 583 del CPP, las partes expusieron sus planteos (ver fojas 368). El Sr. Fiscal de la Niñez y Adolescencia bregó por la admisión de su recurso; mientras que la defensa y la asesora del menor peticionaron el rechazo del remedio intentado y la confirmación de la sentencia tal como se encuentra dictada. -----

--- Habiendo quedado la causa en condiciones de resolver, y luego del análisis profundo de todas las actuaciones, es preciso señalar que no obstante encontrarse circunscripta

la competencia del tribunal de alzada al conocimiento de los puntos de la resolución a la que se refieren los agravios (cfr. artículo 561 del CPP), sabido es que ésta Sala de la Corte se encuentra habilitada para que -en el caso de advertir algún error procesal de significancia y que acarrea consecuencias invalidantes de carácter absoluto e insanables- proceda a declararlo en virtud de lo dispuesto por el artículo 203, segundo párrafo, del código de rito. Es decir que el saneamiento de cuestiones que implican una ostensible violación constitucional se condice con la jurisdicción de éste máximo tribunal judicial provincial, que debe ser garante de aquellas. -----

--- En tal sentido se tiene dicho desde hace mucho tiempo que "... este Tribunal tiene competencia para corregir todos los errores jurídicos que existan en el auto atacado, siempre y cuando se haya abierto su competencia, aunque aquéllos no hayan sido planteados por la vía del recurso, destacándose que si la competencia se abrió por el motivo sustancial y el Tribunal de casación advierte la presencia de una inobservancia de normas procesales, puede válidamente considerarla ..." (cfr. PRE S2-2000-II-297). ----

--- A partir de tales premisas, y dejando en segundo plano el tema del agravio puntual de la parte recurrente, advierto con total asombro que este proceso se encuentra

plagado de irregularidades procesales de variada índole y corrobora actuaciones que resultan de algún modo inexplicables desde lo jurídico. -----

--- Se puede colegir, solo a modo enunciativo y focalizando lo principal, lo siguiente: -----

--- Que la causa se inició con motivo de la denuncia de la Sra. [REDACTED] (madre de la menor [REDACTED]

[REDACTED]) en fecha 6/2/2013 por un delito de abuso sexual, interviniendo como instructora la Sra. Jueza de Menores N° 2 Dra. María Julia Camus y resultado como acusado [REDACTED] de 16

años de edad](fojas 1 y siguientes). Así, luego de algunas investigaciones se decretó auto provisorio de responsabilidad penal, sin prisión preventiva, por el presunto delito de abuso sexual simple (artículo 119, primer párrafo, del CP), y se dispusieron medidas socioeducativas por el lapso de un año (fojas 60/65). En la misma tónica el Agente Fiscal actuante, Dr. Carlos E. Rodríguez, requirió la elevación de la causa a juicio por la misma calificación impuesta a razón de los hechos que allí se describen (fojas 113/119 vta.). Definitivamente la causa fue elevada a juicio el 19/10/2015 (ver fojas 147), es decir la instrucción demandó más de dos años y medio. --
--- Que la citación a juicio de las partes intervenientes

fue dispuesta por el Juez del Primer Juzgado de Menores Dr. Jorge Toro el 5/11/2015 (fojas 148), y partir de allí se desarrolló una escasa actividad tendiente a la realización del juicio, motivo por el cual la causa había sido remitida a dicha jurisdicción (cfr. artículos 409, 428 y siguientes del CPP). -----

--- El 16/6/2016 (fojas 172) se fijó fecha de debate para el 3/8/2016, notificándose las partes intervenientes de dicha resolución. -----

--- El mismo día fijado para el debate, el fiscal interveniente Dr. Carlos E. Rodríguez solicitó como instrucción suplementaria la recepción de la declaración testimonial de la niña [REDACTED] a través del procedimiento de Cámara Gesell prescripto por el artículo 296 bis del CPP. Con motivo de ello se suspendió la realización del debate y se dispusieron las medidas para recabar la prueba aludida, constando seguidamente las actuaciones que dan cuenta de lo declarado por la menor y la profesional interveniente en la diligencia (fojas 176 a 195). -----

--- El 31/8/2016 (ver fojas 196) el Dr. Jorge Toro dispone correr vista al Ministerio Público Fiscal de lo actuado, sin mencionar justificativo legal alguno para ello. -----

--- A fojas 197/205 vta. el Fiscal Carlos E. Rodríguez en

fecha 16/09/2016 -y a raíz del proveído anterior- vuelve a realizar un nuevo requerimiento de elevación de la causa a juicio por el delito de abuso sexual con acceso carnal (cfr. artículo 119, primer y tercer párrafo, del CP). Adviértase que la causa ya había sido elevada a juicio al Primer Juzgado de Menores a cargo del Dr. Toro (en virtud del requerimiento de fojas 113/119 vta.), por lo que resultaba inaudito y a todas luces improcedente formular - en ese contexto temporal, procesal y bajo ese forma- una nueva y repetitiva actuación con tal alcance persecutorio, ante un tribunal incompetente para llevar a cabo una etapa ya precluída. -----

--- A fojas 208, en fecha 30/11/2016 el juez de juicio dispone recibirle ampliación de declaración indagatoria a [REDACTED]. A fojas 211 y vta. obra el acta donde consta que el 19/12/2016 Dr. Jorge Toro le imputa al acusado el delito de abuso sexual con acceso carnal (artículo 119, primer y tercer párrafo, del CP). -----

--- De modo que allí queda configurada claramente la realización por parte del magistrado de actos propios de la etapa instructoria y que a la vez denotan un indisimulable episodio de prejuzgamiento, como también a partir de ahí la vulneración de la garantía de la imparcialidad. -----

--- Con posterioridad a ello, la causa tuvo un escasísimo

avance hasta el 13/8/2018 (es decir que estuvo prácticamente paralizada durante casi dos años). Recién a fojas 226 se le da intervención a la Fiscalía Penal de la Niñez y Adolescencia N° 1, a cargo del Dr. Adolfo Eduardo Díaz, quién procede a formular una presentación a fojas 227. A consecuencia de tal petición fiscal, el Dr. Toro dispone correr vista al ministerio público a los fines dispuestos por los artículos 403 y 404 del CPP (ver fojas 228). -----

--- A fojas 229/242 vta. el fiscal Adolfo Eduardo Díaz procede a formular un nuevo requerimiento de elevación de la causa a juicio (es decir el tercero), resultando una reproducción del que se formulara por el Dr. Carlos E. Rodríguez anteriormente. A partir de allí -y continuando con la seguidilla de desatinos procesales- se corrió vista a las partes (fojas 243) y se citó nuevamente a juicio (fojas 245 y vta.). -----

--- A fojas 263 se citaron las partes para el ofrecimiento de prueba. -----

--- Finalmente, en fecha 4 de diciembre del 2018 se proveyó la prueba y se fijó fecha de debate oral para el 11 de febrero del 2019 (fojas 274).

----- En la fecha señalada (11/2/2019) comenzó a desarrollarse el debate oral,

conforme surge del acta agregada a partir de fojas 288, que duró hasta el 25 de marzo del 2019 oportunidad en la cual recayó la sentencia que motivara el recurso de casación que ahora nos convoca. Es decir que el debate, en el que declararon menos de 10 testigos, demandó casi un mes y medio; desconociéndose lo normado por el artículo 441 del CPP que establece la regla de la continuidad del debate y la prohibición de suspensiones que excedan los 15 días.

--- En resumidas cuentas, desde que la causa fue elevada a juicio hasta el dictado de la sentencia condenatoria transcurrieron más de tres años y cuatro meses. Desde el inicio de la causa con la denuncia hasta la sentencia pasaron más de 6 años. -----

--- Con éstas simples referencias, quedan patentizadas importantes y múltiples anomalías procesales que no pueden pasar desapercibidas a este tribunal superior; ya que ponen en juego el debido proceso legal que debe primar por encima de cualquier otro interés que se pretenda hacer valer dentro de una investigación de tinte sancionatorio. -----

--- Pero por sobre todo, choca al sentido común y al conocimiento jurídico el desempeño del juez de juicio (Dr. Jorge Toro) al proceder a imprimirlle a las actuaciones a su cargo un trámite indebido e ilegal, permitiendo la

formulación de un segundo (fojas 197/205 vta.) y tercer (fojas 229/242 vta.) requerimiento de elevación a juicio (donde es modificada sustancialmente la acusación contra el imputado); como así también al indagar al acusado (fojas 211 y vta.) en una oportunidad no autorizada, dejando en notoria evidencia su posicionamiento sobre la materia (el hecho fáctico y sus circunstancias de realización) objeto de decisión final. Ciertamente tales fallas tienen la virtualidad de constituir nulidades de orden público y carácter absoluto, al referirse a la propia constitución y capacidad del tribunal (cfr. artículo 202 inciso 1º del CPP) por vulneración al principio de su debida imparcialidad y respeto del debido proceso. -----

--- El juez de juicio ha extralimitado su función y se ha erigido en juez instructor, al permitir el despliege y modificación -por parte de la acusación- de actos persecutorios notoriamente más gravosos para el imputado en un momento ya vedado; como asimismo recibiéndole indagatoria al acusado y con ello adelantar entendimiento de la conducta a la que estaba llamado a juzgar luego de llevarse a cabo el debate, recibirse la prueba y escuchar a las partes alegar. -----

--- El Dr. Jorge Toro con su proceder le dio chances al fiscal de reasegurar su imputación, y no obstante ello se

"solidarizó" con la acusación experimentada tomándole una ampliación de indagatoria al imputado, dentro de la misma tónica con una calificación legal más gravosa (véase fojas 197/205 vta. y 211). -----

--- A cualquier evento las pretensiones requirentes de los titulares del ministerio público actuante debieron ser encauzadas a través del procedimiento que fija el artículo 457 del CPP (por cuanto la ampliación del requerimiento fiscal o acusación solamente pudo ser válida una vez comenzado el debate y en paridad de armas); del mismo modo que la declaración del imputado con anterioridad a la apertura del debate se encontraba prohibida a la luz de lo normado por el artículo 454 *ibid.* Fíjese que ambas normas establecen dichas pautas o reglas bajo pena de nulidad absoluta. -----

--- Recientemente ha dicho esta Corte en el caso "[REDACTED]" que "... la imparcialidad exige que el juez que interviene en un caso carezca de apreciaciones indebidas o prejuzgamientos, de manera que ofrezca garantías suficientes de índole objetivas que inspiren la confianza necesaria a las partes, así como a los ciudadanos de una sociedad democrática. Dicha máxima implica que el juez no tenga un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes. Es decir, que de

ningún modo el magistrado que ha de proceder al juzgamiento de una persona puede contar con una opinión previa sobre la cuestión respecto de la cual se requerirá su parecer, pues la función del juez jurisdiccional, y fundamentalmente la de un juez que adecúe su accionar a los parámetros establecidos por la Constitución Nacional, se define por su imparcialidad ..." (cfr. PRE S.2 2019-II-360). -----

--- En el presente caso entiendo que lo operado a partir de fojas 196 (al dársele una indebida participación al ministerio público fiscal) y de ahí en más (especialmente con los decretos de fojas 208, indagatoria de fojas 211 y providencias de fojas 212, 228, 243 como las subsiguientes) se instaló una evidente predisposición y voluntad jurisdiccional directamente relacionada con la hipótesis decisoria sobre la que debía expedirse luego del debate oral. Y con ello se trastocó la imparcialidad con la que debía regirse el magistrado. -----

--- A consecuencia de ello, y al igual que se decidiera en el precedente invocado en uno de los párrafos más arriba, considero que amerita declarar la nulidad absoluta de todo lo actuado a partir de fojas 196 hasta la sentencia inclusive (fojas 332), por así corresponder conforme lo prevé el artículo 207 del digesto procesal penal. Deberá retrotraerse la cuestión al estadio procesal anterior a la

mencionada foja 196; y a su momento procederse a la debida y legal nueva integración del tribunal para que, a partir de allí, se continúe con el trámite legal respectivo y se dicte prontamente la sentencia que corresponda a derecho. -

--- Creo prudente y razonable también que debe mantenerse la detención del acusado a los fines de asegurar los fines del proceso y la prontísima realización del juicio ceñido a la ley. -----

--- En virtud de lo dispuesto por el artículo 208 del CPP propugno que se aparte al Dr. Jorge Toro del subsiguiente entendimiento de la presente causa, imponiéndosele además como sanción disciplinaria una multa equivalente a un salario mínimo del escalafón judicial, importe que deberá ser descontado a su momento por la oficina de liquidación de sueldos, de su respectivo haber y depositado en la cuenta del Poder Judicial (artículos 16 inciso "f", 17 inciso "g" de la ley N° 358-E). Todo ello con registración en el legajo personal del señor magistrado, una vez que quede firme la medida. -----

--- Estimo que es justo proceder así en virtud del actuar irregular descripto del señor juez, que no ha tenido reparo en incumplir la normativa señalada, y ha dispendiado un importante tiempo al igual que recursos materiales en perjuicio de las partes y del sistema judicial a su

disposición. -----

--- Adviértase que no es común, y hasta se podría decir que resulta impensado, encontrar en una misma causa y en la etapa del juicio la formulación de dos requerimientos de elevación (distintos y que se suman al formulado durante el cierre de la instrucción) con la venia del magistrado instituido para emitir sentencia; y que además éste haya procedido a recalificar el delito mediante una indagatoria previa al inicio del debate. Ello excede todo lo razonable y no puede pasar por alto, porque implicaría tapar inobservancias que constituyen el ABC del derecho procesal.

--- También tengo en cuenta para mensurar esta medida disciplinaria la sanción que ya se le impusiera en el caso "████████" (Expediente N° 7102 de la Sala Segunda de la Corte, sobre casación), donde se le formula un severo llamado de atención por su actuación "tibia, desprolija y ciertamente lenta", atentatoria de la garantía constitucional del plazo razonable y contraria a los legítimos derechos del imputado. -----

--- Por todo ello considero innecesario tratar el agravio puntual esbozado en el recurso de casación glosado a fojas 342/348 vta. (que se circunscribe al tema de la punición de los menores y el monto impuesto a █████), por no tener sentido práctico a consecuencia de lo propiciado. -----

--- Tal es mi voto. -----

--- LA DOCTORA ADRIANA VERÓNICA GARCÍA NIETO DIJO: -----

--- Estoy totalmente de acuerdo con las consideraciones formuladas por el Dr. Ángel Humberto Medina Palá y participo de sus mismas conclusiones, aunque considero necesario puntualizar algunas cuestiones: -----

--- Por un lado, resulta notoria la reticencia en brindarle una pronta y adecuada protección a la víctima [REDACTED]

[REDACTED] y su familia, tal como queda en evidencia en la decisión plasmada a fojas 208, que no hizo lugar al pedido de "renovación de la restricción" solicitada a fojas 207. Del cotejo de la causa llama la atención la cantidad de veces (cinco en total, conforme fojas 103, 126, 133, 154/155 y 207) que la madre de la menor, con el patrocinio letrado de abogados particulares, debió suplicar protección y medidas efectivas para lograr el alejamiento del victimario. Y a ello se le suma la incontrastable realidad de que [REDACTED] habría presuntamente violado las restricciones y cautelares impuestas, a la luz de las comunicaciones de los tribunales correccionales agregadas a fojas 262 y 271. -----

--- De manera que evidentemente, el Poder Judicial -en la cabeza de los jueces de menores intervenientes- y el Ministerio Público, conforme surge del detalle realizado

sobradamente en el voto que antecede, no estuvieron a la altura de las circunstancias, para desarrollar una investigación eficiente y eficaz con fiel apego al debido proceso penal adjetivo, lo cual es un imperativo constitucional. -----

--- Finalmente debe resaltarse los pronunciados lapsos temporales con exigua actividad jurisdiccional tendiente a dar avance y conclusión de la causa, lo que se torna severamente reprochable; máxime teniendo en cuenta los intereses en juego de menores de edad, tanto imputado como la víctima. -----

--- EL DOCTOR GUILLERMO HORACIO DE SANCTIS DIJO:
----- Comparto en un todo lo expuesto por mis colegas preopinantes y me permito acotar que lo corroborado a partir del estudio de éstas actuaciones demuestra una preocupante desaprensión e impericia en la aplicación del derecho de forma por parte del juez Dr. Jorge Toro, que definitivamente acarrea un perjuicio para la administración de justicia, ya que en el caso se ha incurrido en una grave alteración del debido proceso legal trastocando etapas procesales con medidas impropias de ciertos estadios, rompiendo entre otras cosas las reglas de la preclusión, además de perjudicar los derechos del imputado, por alteración de la calificación legal, careciendo

jurisdicción para hacerlo pues el proceso se encontraba en la etapa de juicio, sin debate aún. Todo lo cual no puede admitirse, y menos seguir sucediendo. -----

--- Adviértase que el magistrado ha banalizado su función jurisdiccional al no respetar los límites de su competencia que le imponía la imposibilidad de realización de determinados actos en una etapa procesal inoportuna, permitiendo y disponiendo así un drástico cambio en la calificación legal (es decir de abuso sexual simple a abuso sexual con acceso carnal), trastocando los elementales principios procesales y los derechos del imputado; admitiendo los reiterados e improcedentes requerimientos fiscales de elevación, estando ya en la etapa de juicio. --

--- También resulta reprochable el pronunciado tiempo sin que la causa haya tenido significativos avances, destacándose tan solo las idas y vueltas entre los fiscales y el juez; y en el medio de ello la omisión de practicar a su debido momento la Cámara Gesell de la menor, es decir la prueba de las pruebas, al hablar de este tipo de delitos. Fíjese que tal probanza fue recién dispuesta el mismo día que se tenía previsto el inicio del debate, por un pedido del fiscal, indicando ello la apatía en el estudio profundo del caso. -----

--- Por ello, la sanción sugerida se encamina a lograr una

profunda reflexión del magistrado para que a futuro adegue su accionar a los cánones que deben regir la trascendente y proba función que tiene encomendada. -----

--- Frente a ello, no es justo pasar por alto la inexplicable posición asumida por los fiscales actuantes (Dres. Carlos E. Rodríguez y Adolfo Eduardo Díaz), que hicieron caso omiso de las irregularidades procesales y más aún, efectuando presentaciones indebidas, dejando de lado su obligación de velar por la correcta aplicación de la ley conforme lo exigen los artículos 84 y 93 del CPP y ser custodios de la normal prestación del servicio de justicia (artículo 1 de la ley 633-E). Dichas circunstancias merecen ser puestas en conocimiento del Sr. Fiscal General de la Corte a los fines que estime corresponder. -----

--- Es que la incorrecta actuación del juez y los dos fiscales son las que han contribuido a generar la nulidad del proceso que aquí se decreta. -----

--- En mérito al resultado de la votación que antecede, el Tribunal RESUELVE: I) Declarar la nulidad absoluta de todo lo actuado en esta causa a partir de la providencia de fojas 196 inclusive. II) Apartar al Dr. Jorge Toro del entendimiento del presente expediente e imponerle como sanción disciplinaria una multa equivalente a un salario mínimo del escalafón judicial y en la forma prevista en los

SALA SEGUNDA
Expte. N° 7338 "C/ [REDACTED] s.
abuso sexual con acceso carnal (art.119 inc.3º
C.P.) en perjuicio de [REDACTED] S/ CASACIÓN"
19

considerandos precedentes. III) Poner en conocimiento del Sr. Fiscal General de la Corte las circunstancias puntualizadas respecto a los fiscales intervenientes, a los fines que estime corresponder. IV) Disponer que a su momento se proceda a la integración del tribunal que deberá continuar con el trámite respectivo; instando al magistrado que le toque intervenir a la más pronta realización del juicio y dictado de la sentencia que corresponda ajustada a derecho. V) Mantener la detención del acusado [REDACTED]
[REDACTED] a los fines señalados. VI) No dar tratamiento al agravio traído en la casación por haber devenido abstracto. VII) Protocolícese, notifíquese a quienes corresponda y oportunamente bajen los autos a los efectos indicados. Fdo. Dr. Ángel Humberto Medina Palá, Dra. Adriana Verónica García Nieto y Dr. Guillermo Horacio De Sanctis. Ante Mí, Héctor Fabián Meló, Secretario Letrado de la Corte de Justicia. -----
cp-7338

AL

PRE S2 2019-III-558