



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-135569-1

"B., J. J. s/ recurso extr. de inaplicabilidad de ley en causa N° 102.525 del Tribunal de Casación Penal, sala II"

Suprema Corte de Justicia: I. La Sala II del Tribunal de

Casación Penal resolvió rechazar el recurso de especialidad deducido por la defensa contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 7 de Lomas de Zamora que condenó a J. J. B. a la pena de nueve (9) años de prisión, inhabilitación especial perpetua para ejercer la profesión de artista en proyectos educativos a desarrollarse en colegios, instituciones o lugares privados vinculados a menores de edad, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante y por ser cometido por el encargado de la educación en al menos seis oportunidades, concursando todos materialmente entre sí (v. fs. 183/202 vta.).

II. Contra ese pronunciamiento, los defensores particulares interpusieron recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 205/213 vta.), el que fuera admitido por el *a quo* (v. fs. 214/216 vta.).

III. Los letrados denuncian que la sentencia condenatoria dictada contra su asistido violenta las garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio; ello así, por considerar que las declaraciones testimoniales de los presuntos niños víctimas fueron llevadas a cabo en incumplimiento de las

normas procesales, en tanto no fue notificada la defensa ni realizadas con la presencia del juez garante (cfr. arts. 23 inc. 1, 102 bis y 274, CPP).

Añadieron que tal proceder fue convalidado por el Tribunal casatorio bajo el pretexto de ser considerado un planteo extemporáneo (lo que implicó la omisión de analizar la legalidad de dichas pruebas) y aplicando erróneamente el principio de libertad probatoria, ya que jamás se puede avalar dicha actividad probatoria por el consentimiento de las partes.

Esgrimen los impugnantes que al estarse en presencia de una nulidad absoluta la extemporaneidad del planteo es errónea y contraria a la normativa constitucional.

En segundo y último lugar, denuncian que se ha violado el derecho a interrogar a testigos de cargo; en especial sobre el perito G., quien tomara las declaraciones testimoniales de los menores víctimas, ya que nunca se le facilitó a la defensa la información solicitada a efectos de lograr notificarlo.

Asimismo, reseñan que dicho testigo fue ofrecido para el debate tanto por el Ministerio Público Fiscal como por la defensa, aunque a la postre fue desistido por el acusador e insistido para su comparecencia por la parte recurrente. En ese contexto, relatan los defensores, se le solicitó al Tribunal la comparecencia del perito G. lo que fue denegado por no haber sido notificado personalmente.

Concluyendo este tramo, sostienen que se le negó al imputado el derecho de confrontar la prueba de cargo e interrogar a los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-135569-1

testigos, mediante obstáculos impuestos por el Estado y no imputables a su asistido, por lo que no resulta subsanable.

Por todo lo dicho, entienden que al no existir una fuente probatoria independiente que permite arribar a la misma conclusión condenatoria, corresponde declarar la nulidad y la consecuente absoluciónde su asistido.

IV. El recurso no progresa.

a. El reclamo por el que se cuestiona la valoración como prueba de cargo de los dichos vertidos por los menores víctimas bajo la modalidad de Cámara Gesell resulta ser de naturaleza procesal, cuestión ajena a la competencia de esa Corte local.

En rigor, más allá de que el recurrente dice agravarse de la sentencia casatoria por cuanto la confirmación de dicha medida de prueba importó la afectación al derecho de defensa, lo cierto es que en la generalidad, se dirige a confrontar de modo oblicuo supuestas irregularidades en la toma de aquellas declaraciones que se desarrollaron en la etapa de investigación.

Debe tenerse en cuenta que al articular el recurso de casación, la defensa se agravio de que la sentencia ataca era nula por: a. Falta de notificación a la defensa de la realización de tales audiencias; b. Ausencia del juez de garantías en aquellas, en incumplimiento de la Resolución 908/13 [rectius: 903/12] de la SCBA, y c. Inadecuadas instalaciones para recepcionar las entrevistas -cfr.

resol. 903/12-. Tales incumplimientos formales acarrearán la nulidad de los actos y, su vez, de la sentencia porque debieron ser excluidas dichas pruebas (cfr. arts. 202 inc. 3 y 211 del CPP). En consecuencia, pidió que esas declaraciones (en referencia a X. I. T., S. A., S. B. C., I. A. L. y F. B. M.) no podían haber sido incorporadas por lectura a la etapa de juicio; por ende, solicitó el reenvío a la instancia para realizar un nuevo juicio.

Por su parte, el tribunal casatorio dijo que "En cuanto al cuestionamiento por la incorporación al debate de prueba -según la defensa- ilegal, cabe señalar no consta en el acta de la audiencia que haya opuesto durante su realización alguna objeción puntual vinculada a la prueba incorporada (fs. 8/9, este legajo). [...] Además el planteo de nulidad deviene inadmisibile desde que conforme surge del acta que documentó el debate no fueron planteadas por la Defensa cuestiones preliminares como antesala necesaria para la impugnación casacional (arts. 354, 356 y 448 del Código Procesal Penal). [...] El art. 354 determina la apertura del debate como la oportunidad en la que deben ser planteadas y resueltas las nulidades a que se refiere el art. 205, mientras que el art. 356 establece que 'Todas las cuestiones preliminares serán tratadas en un solo acto, al menos que el Tribunal resuelva considerarlas sucesivamente o diferir alguna...', [...] Por otra parte el art. 448 inc. 1 requiere una objeción oportuna previa a la presentación de un agravio casatorio, que en autos no se verificó. Siendo ello así, el planteo que en esta ocasión formula deviene inadmisibile desde que los señores defensores no introdujeron sino hasta este momento planteo de nulidad alguno con relación a las entrevistas llevadas a cabo con los niños y niñas víctimas y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-135569-1

con sus padres, menos aún su exclusión probatoria si no se olvida que, incluso, como lo admite la propia defensa solicitaron su reproducción en el juicio. [...] Entonces, al no haber hecho constar su oposición a la validez ni a su introducción al cuadro probatorio, cabe resolver que esos elementos han sido legalmente incorporados (conf. art. 366 *in fine*, CPP), razón por la cual estos planteos son improcedentes.[...] A todo evento, cabría también señalarse que no nos encontramos ante declaraciones testimoniales en sentido estricto, con la consecuencia exigencia de forma y requisitos del Código de procedimiento, sino ante entrevistas diagnósticas las que, incluso, están previstas en el Protocolo aprobado por resolución 908/2012 de la SCBA, cuya aplicación la defensa reclama, en la fase preliminar a la receptación del testimonio. [...] Ante ello, no encuentro vulneración alguna a las garantías constitucionales invocadas ni a las disposiciones regulatorios de esos procedimientos que conlleve la anulación de las diligencias comentadas, el recurso evidencia una notoria insuficiencia pues pierde de vista la naturaleza de aquellos actos, con lo que, cabe desestimar, sin más, las objeciones contenidas en el recurso defensorista. (conf. art. 211, en sentido contrario, CPP). Además en virtud del principio de libertad probatoria, nada obstaba a que los actos cuestionados fueran introducidos al proceso y valorados en la etapa oportuna conforme las reglas de la sana crítica, asignándoles dicho carácter. [...] Al respecto no sobre recordar que la declaración de nulidad requiere previa verificación del perjuicio que el acto viciado acarrea. No basta con el mero incumplimiento formal de normas procesales si de él no deriva un perjuicio material para el interesado, aspecto sobre el cual los recurrentes tampoco se han explayado eficazmente en el escrito recursivo, todo lo cual termina por clausurar la suerte adversa del reclamo dado su marcada insuficiencia" (fs. 190

vta./191).

b. Paso a dictaminar.

b.1. En primer lugar, debe tenerse presente que la Sra. Agente Fiscal, al inicio de las presentes actuaciones, dispuso -el 25 de octubre de 2017- designar entrevista psicológica para con los menores de edad, respecto de los cuales -hasta ese momento- sus padres habrían realizado denuncias (según surge del SIMP).

Tales actos fueron llevados adelante y a la postre se dejó constancia que "[...] la suscripta juntamente con el Ayudante Fiscal Gerardo Semisa y la Instructora Judicial Anahí Schell mantuvieron entrevista con el Gabinete Psicológico de este MPF, siendo informada por los peritos psicólogos intervinientes, Lic. Daniel Fernandez y Lic. Raquel Trelles, quienes refirieron que a su juicio, después de la entrevistas psicológicas mantenidas hasta el momento con los menores víctimas de autos se desprende que los mismos NO cumplen con las condiciones para prestar su testimonio bajo modalidad Cámara Gesell, ello por resultar su edad madurativa y cognitiva insuficiente, careciendo los niños de relato espontáneo con hilo conductor necesario para tal fin, por lo que indicaron que, por el momento, si bien no se pueden validar los testimonios, tampoco se pueden descartar, a excepción del menor M. F., quien SI se encuentra en condiciones de brindar su testimonio bajo modalidad Cámara Gesell, [...]" (cfr. surge del SIMP en la IPP 07-00-69140-17, en el acta labrada en fecha 27 de octubre de 2017).

Estas circunstancias también vienen refrendadas por el informe elevado por el Perito psicólogo, Dr. D. G., quien luego de detallar sus evaluaciones sobre las entrevistas realizadas a "C. y padres", "X. y padres" (en cuanto señaló que "lejos estaría de un relato espontáneo"), "A. y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-135569-1

madre" y "M. y padres", aconsejó que dichos menores de edad no prestaran declaraciones en Cámara gesell (Informe del 9 de noviembre de 2017; v. fs. 69/80 del documento digitalizado n° 2 de la remisión que efectuara la Secretaría Penal de esa Corte a esta Procuración General, el 6 de mayo de 2022). Asimismo, no surge que la menor de edad I., A.L haya realizado entrevista, mas bien surge la declaración testimonial de la madre (A. L.).

En este contexto, y en primer término, no demuestra la defensa que las entrevistas realizadas por la licenciada y el licenciado ya citados encuadren en las previsiones del art. 102 *bis* del CPP, pues -tal como se reseñó- se aconsejó no llevar adelante tal medio probatorio sobre los menores de edad víctimas.

De allí que todos sus planteos relativos a cuestionar esos actos (ya sea por falta de notificación y de presencia del Juez) decaen, pues no le resulta aplicable el art. 102 *bis* del CPP ni el Protocolo dispuesto por Resolución N° 903/12 de esa Corte, por lo que las formalidades que recubren esos actos no quedan alcanzadas para el *sub examine*. Media insuficiencia (art. 495, CPP).

A su vez, frente a lo así decidido, la defensa no rebate eficazmente los fundamentos brindados en el decisorio que recurre (en especial, la cualidad de las entrevistas realizadas a los menores de edad, el principio de amplitud probatoria que rige en estos casos y que tales entrevistas fueran grabadas e incorporadas al juicio -cfr. efectos 158.966, 158.985, 158.986 y 159.056-), lo que asienta aún más la

insuficiencia de su intento.

Asimismo, tampoco expusieron los defensores, al incoar el presente recurso extraordinario, cuál es el perjuicio concreto, o qué defensa se privó de ejercer por encontrarse ausente en aquellas entrevistas, por lo que no logró probar la mengua al ejercicio de la defensa que denuncia (arg. art. 18, Const. nac.).

No sobra recordar que es doctrina de esa Corte que "[...] las nulidades no tienen por fin satisfacer pruritos formales sino enmendar perjuicios efectivos que pudieren surgir de las desviaciones procesales, cada vez que estas desviaciones supongan una restricción de la garantía de defensa en juicio o del debido proceso, y en la especie, de conformidad con lo dicho, no concurren estas circunstancias (art. 203 y concs., CPP; conf. causas P. 79.268, sent. de 8-IX-2004; P. 65.404, sent. de 29-IX-2004; P. 96.779, sent. de 17-VIII-2007; P. 94.386, sent. de 20-VIII-2008; P. 109.998, resol. de 27-VIII-2010; P. 109.426, resol. de 24-IX-2010; P. 122.459, sent. de 2-XII-2015; e.o.)" (cfr., en especial, causa P. 130.376, sent. de 20-2-2019).

b.2. En lo que respecta a la violación al derecho a interrogar testigos de cargo (perito G.), tampoco corre mejor suerte que el anterior planteo.

Sobre este punto el tribunal revisor sostuvo que "[...] lo decisivo en esta situación es que mediaba un óbice para el comparendo compulsivo. En tal sentido el Presidente del Tribunal fundamentó esa denegatoria expresando que '*... el testigo que se convoca no había sido notificado en forma personal (...), por lo cual no correspondía acudir a la fuerza pública.*' (v. fs. 23 vta.). [...] Ese proceder del a quo no merece reparo legal que habilite alguna corrección en esta instancia casatoria. Además los recurrentes se desentendieron de las disposiciones legales que rigen las



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-135569-1

modalidades de citación de los testigos (conf. art. 133 y ccdtes, CPP; 18, CN), y en donde la alternativa pretendida por la defensa esté prevista para ausencias injustificadas del testigo, lo cual, lógicamente, presupone la previa notificación de la citación, en el caso no cumplida" (fs. 192).

Como se observa, el recurrente -en rigor- pretende revisar una decisión anterior a la sentencia aquí atacada referida a la negativa del tribunal de origen para hacer comparecer compulsivamente a un testigo (solapada bajo la afectación a una garantía constitucional) y, a su vez, debatir una cuestión estrictamente procesal -referida a los alcances del art. 344 inc. 3, CPP-, aspectos ajenos al control de esa Corte. Media insuficiencia (art. 495, CPP).

En efecto, el agravio de afectación al derecho a interrogar los testigos de cargo, se vislumbra como una discrepancia con los argumentos de los órganos jurisdiccionales ordinarios, sin que la defensa logre demostrar -de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Federal en la materia- por qué la declaración del perito G. se constituiría en "indispensable" para poder revertir la condena.

Lo que sí cuestionan los recurrentes sobre el proceder del órgano revisor es que los argumentos desplegados para rechazar tal planteo afecta el "doble conforme", por ser una repetición a los desarrollados por el tribunal de instancia.

Sobre ello, simplemente cuadra decir que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la circunstancia de que la Cámara adhiriera a las razones pertinentes expuestas por el juez de primera instancia para fundar su sentencia, no

constituye causal de arbitrariedad (CSJN Fallos: 318:2056, cons. 6° y sus citas) ni menos aún afectación a la garantía del doble conforme.

De acuerdo a lo dictaminado, la afirmación de que no existe una fuente probatoria independiente, queda huérfana de fundamento.

V. Por todo lo expuesto, considero que esa Suprema Corte de Justicia debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por los defensores de confianza de J. J. B.

La Plata, 11 de mayo de 2022.

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND, JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

11/05/2022 08:37:11