

Italia, Luis Roberto s/ Recurso de Casación
Causa Nro. 11.816
Cámara Nacional de Casación Penal – Sala III
15/10/2010

Derecho Penal

Abuso sexual reiterado a un menor de edad. Chofer de micro escolar. Declaración del menor en Cámara Gesell. Ausencia de notificación a la defensa por no encontrarse aún imputado el hecho. Actos reproducibles. Régimen de nulidades: excepcionalidad. Revocación de condena absolutoria y reenvío de las actuaciones al Tribunal Oral. Ausencia de violación al principio de *ne bis in idem*.

La necesidad de notificar la realización de medidas procesales no rige en relación a imputados que todavía no han sido convocados a prestar declaración indagatoria, y por ende no estaban afectados al proceso.

En tal sentido, mal se puede concluir en que se privó a la defensa del derecho de controlar la prueba de cargo, porque esa parte y el propio órgano jurisdiccional tomaron por válidas las constancias cuestionadas saneando cualquier objeción a su respecto.

Las nulidades procesales son de interpretación restrictiva; y no se admite la nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo cuando efectivamente se lesiona el interés de las partes, para evitar un sistema de nulidades puramente formales, acogiendo sólo aquéllas que por su posible efecto corrector, tengan idoneidad para enervar los errores capaces de perjudicar realmente aquel interés, aún tratándose de nulidades absolutas, la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia.

La sentencia encierra pues un fundamento sólo aparente por el que, en lo esencial, se tiende a descalificar pruebas de relevancia esencial legítimamente obtenidas. Defecto de fundamentación que constituye una causal definida de arbitrariedad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El reenvío de la causa al tribunal que corresponda para la realización de un nuevo juicio, de acuerdo a lo expresamente previsto por los artículos 456 inc. 2 y 471 del Código Procesal Penal, no causa menoscabo alguno al principio que establece la prohibición de doble juzgamiento.

Cámara Nacional de Casación Penal

Causa n° 11.816
"Italia, Luis Roberto.
s/recurso de casación"
Sala III CNCP

-2010- Año del Bicentenario

REGISTRO Nro.: 1588/10

///n la Ciudad de Buenos Aires, a los 15 días del mes de octubre del año dos mil diez, reunidos los integrantes de la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal, Dres. Angela Ester Ledesma, Liliana Elena Catucci y Eduardo Rafael Riggi, bajo la presidencia de la primera de los nombrados, asistidos por el Prosecretario de Cámara, Dr. Walter Daniel Magnone con el objeto de dictar sentencia en la causa n° 11.816 caratulada "Italia, Luis Roberto s/recurso de casación", con la intervención del representante del Ministerio Público ante esta Cámara, Dr. Raúl Omar Plee y del Pablo César Farsa, a cargo de la defensa del nombrado.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden: Catucci, Riggi, Ledesma.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

La Sra. Juez **Dra. Liliana Elena Catucci** dijo:

PRIMERO:

Llega el expediente a conocimiento de esta Sala en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 539/5565 vta. por la Sra. Fiscal General, contra la sentencia obrante a fs. 518/537 dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 4 de esta Ciudad que absolvió a Luis Roberto Italia del delito de abuso sexual agravado por el que fuera acusado por la fiscalía, con costas por su orden.

La impugnación fue concedida a fs. 566/567 y mantenida a fs. 573.

Puestos los autos en Secretaría por diez días, a los fines de los artículos 465 primera parte y 466 del ordenamiento ritual, a fs. 578/581 se presentó el Sr. Fiscal de Cámara y solicitó la concesión del recurso.

Celebrada la audiencia prevista por el artículo 468

del código de forma, el expediente quedó en condiciones de ser resuelto.

SEGUNDO:

A) La Sra. Fiscal encauzó la impugnación en las previsiones del inciso segundo del artículo 456 inciso 2° del Código Procesal Penal de la Nación, por inobservancia de los artículos 123, 398 y 404 inc. 2° del mismo texto y por arbitrariedad.

Señaló que el *aquo* incurrió en una arbitrariedad manifiesta al concluir en que la declaración del menor damnificado N. F. F. y los actos que son su consecuencia son inoponibles a la defensa.

Precisó que eso se generó en un planteo de la defensa para que se declare la nulidad de la citada declaración en la Cámara Gesell por la falta de control del acto; que ese pedido fue parcialmente acogido por el Tribunal quien afirmó que “*...aún aceptando como suficiente la intervención de la defensa oficial, ésta se vio imposibilitada en los hechos de controlar el acto...por no haber sido notificada adecuadamente de la fecha y hora en que se llevaría a cabo...*”.

Consideró que lo decidido carece de andamiaje en las constancias de la causa, pues el asistente técnico oficial había sido debidamente notificado de la referida audiencia y que su silencio puso en evidencia el desinterés de controlarla; no obstante lo cual en el alegato pretendió beneficiarse predicando su invalidez.

Puntualizó que el *aquo* se contradijo, pues pese a advertir irregularidades en la realización de ese acto procesal, no declaró su nulidad, como correspondía, sino su “inoponibilidad” y la de las actuaciones consecuentes, creando una nueva categoría procesal de una sanción no prevista por el ordenamiento formal.

Calificó de absurdo ese criterio porque al reconocerse que la actuación no es nula (y por ende, es válida), no obstante lo cual le hace perder efectos jurídicos.

Indicó que al evaluar la legalidad de la declaración

-2010- Año del Bicentenario

del menor en la Cámara Gesell el Tribunal desatendió las reglas de la sana crítica racional, pues sin ningún motivo válido la excluyó del plexo probatorio, equiparándola a la incorporación por lectura de una declaración testimonial sin el consentimiento de las partes.

Solución que implicó una grave contradicción con la conducta asumida por las partes y por el propio órgano jurisdiccional, dado que, con su consentimiento, se incorporó esa pieza procesal al debate a fs. 455/7 y fue exhibida en la audiencia.

Por otro andarivel, acotó que había solicitado que se reciba testimonio a los directores del Colegio Benito Nazar para que informen quienes eran los alumnos que viajaban en el transporte escolar del imputado -entre ellos, uno de apellido Iturbe- y sobre el sistema de registro del establecimiento para determinar quienes debían ser retirados por él, lo cual apuntaba a identificar a los menores y a sus padres para citarlos al debate al sólo efecto de "...explorar los detalles que revelaba F en su declaración, entre ellos, el indicio de oportunidad que citaría la Fiscalía en su alegato...".

Puntualizó que el Tribunal denegó arbitrariamente esas medidas por juzgarlas sobreabundantes, porque "...- conforme surge del requerimiento de elevación a juicio- los hechos habrían ocurrido en el trayecto de ida hacia la escuela... el imputado no era el encargado de retirar a la víctima y a los otros niños de la institución...", sin tener en cuenta que el objetivo de la encuesta era "...determinar quiénes iban a bordo del transporte junto con el damnificado en el viaje de ida al colegio... Se resaltó que se estaba tratando de establecer qué alumnos del colegio viajaban en la camioneta al tiempo en que supuestamente se producían los abusos,...".

También mencionó que la querrela había logrado que los progenitores del menor I. se presenten a declarar al juicio

y que el Tribunal desestimó el requerimiento porque sus nombres y su dirección se conocían desde la instrucción y, por ende, pudo haber solicitado sus declaraciones en esa etapa; que la fiscalía se adhirió a la citación e insistió con el pedido, que fue denegado por no tratarse de una prueba nueva y porque "ya se había pedido y denegado", y que en la "...contradictoria argumentación que subyace entre ambas decisiones (lo concerniente a la "prueba nueva" que no era tal para la fiscalía durante el debate, por un lado, y la impertinencia del testimonio durante la etapa del art. 354 CPPN) reposa la arbitrariedad de la sentencia...".

Por último, señaló que el *aguo* arribó a la absolución de Italia porque el testimonio de los padres del menor era el único elemento de cargo válidamente computable pero insuficiente para corroborar la imputación, conclusión que no es una derivación lógica y razonada de las constancias de la causa.

Destacó que la fiscalía había efectuado todas las explicaciones y aclaraciones pertinentes sobre los puntos controvertidos, como la ausencia de huellas físicas relevantes en la zona anal de F. y de imputaciones o manifestaciones de los niños que lo acompañaban en el viaje al colegio, argumentos que no fueron considerados en el pronunciamiento cuestionado.

Agregó que los magistrados tampoco evaluaron otros datos, como los momentos que el encartado pasaba sólo con F., corroborados por el propio imputado y por la Sra. Beatriz Mariela Zerda a fs. 335/6.

Por último, la Representante del Ministerio Público Fiscal alegó que si el Tribunal hubiese valorado los elementos probatorios recogidos con ajuste a las reglas de la sana crítica la solución del caso hubiera variado, motivo por el cual solicitó que se haga lugar al recurso de casación articulado.

B) En el término de oficina, el Sr. Fiscal de Cámara solicitó que se haga lugar a la impugnación pues la sentencia es arbitraria por ser contradictoria y por apartarse de las

-2010- Año del Bicentenario

reglas de la sana crítica racional.

Consideró que el pronunciamiento es incongruente pues resuelve declarar la inoponibilidad de la declaración efectuada por el menor en la Cámara Gesell y luego hace hincapié en su validez; que la mencionada inoponibilidad carece de sustento en el ordenamiento procesal vigente y violenta las reglas de la sana crítica racional pues crea un acto procesal inoponible que no es nulo, pero con los mismos efectos.

Recalcó que la diligencia efectuada en la Cámara Gesell no exhibía defectos que la invaliden, pues se ajustó a lo dispuesto por el artículo 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación por lo que no había motivos para su exclusión del plexo probatorio, máxime cuando su incorporación al juicio había sido consentida por la defensa y recogida favorablemente por el sentenciante.

Destacó, por otra parte, que en el fallo se omitió valorar prueba decisiva, lo que constituye un caso típico de selección arbitraria del material probatorio que afecta el principio de razón suficiente.

Indebida omisión de considerar pruebas legalmente introducidas al debate, pertinentes a la controversia y casualmente idóneas para incidir, de acuerdo a las reglas de la lógica jurídica, en la parte dispositiva del fallo que lo priva del necesario sostén legal y lo descalifica como acto jurisdiccional.

TERCERO:

Reseñados los agravios de la fiscalía, corresponde resaltar que, según el requerimiento de elevación a juicio del fiscal de fs. 395/400, se imputó a Luis Roberto Italia los actos de abuso sexual llevados a cabo en reiteradas ocasiones, consistentes en haber introducido el dedo en la zona anal a F. N. F. M., de cuatro años de edad.

En su calidad de chofer de un transporte escolar,

éste pasaba todos los días de la semana, entre las 12:15 hs. y las 12: 40 hs. por la puerta de la casa del niño ubicada en la calle Ferrari 321, PB. departamento "A" de esta Ciudad, y lo llevaba al Colegio Benito Nazar, sito en la calle Estado de Israel 4230 también de esta Ciudad, a bordo de una Renault Traffic, con los colores reglamentarios y dominio ALO-338.

El menor se sentaba en el asiento del conductor y el procesado le bajaba los pantalones y le introducía el dedo en el ano mientras el niño se encontraba parado junto a él.

Esos hechos habrían sucedido reiteradamente, e incluso, algunas veces, delante de sus compañeros M. B. y N., quienes viajaban en la parte trasera de la combi.

En una oportunidad Italia descendió del vehículo y compró una espuma de color marrón que luego introdujo en el ano del damnificado; según él, si bien Italia le pidió que le bajara los pantalones a M. B., como él no accedió a dicho pedido, Italia golpeó a la niña en la cabeza y le ordenó que fuera hacia atrás.

EL Sr. Fiscal aclaró en su escrito que no era posible indicar la cantidad de veces que ocurrieron los hechos ni su fecha exacta, pues sólo se tuvo conocimiento después de que le contara lo sucedido a su madre, el 8 de septiembre de 2007.

Sentado ello, he de sintetizar a continuación los términos del pronunciamiento cuestionado.

Frente al planteo de nulidad de la declaración del menor en la Cámara Gesell y de todo lo actuado en consecuencia articulado por el defensor de Italia en la audiencia de debate, el órgano jurisdiccional comenzó por exponer el marco normativo y jurisprudencial en el que a su juicio debía analizarse la cuestión, mencionando en ese contexto el art. 8°, apartado 2, inc. f) de la CADH; los artículos 19, apartado I y 34, primera parte, de la Convención de los Derechos del Niño, la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Benítez Aníbal Leonel s/lesiones graves", y de esta Cámara *in re* "Bautista Cabana, Gabriel s/recurso de casación", cn° 8454 del 9 de mayo de 2008 y el artículo 250 bis

-2010- Año del Bicentenario

del código adjetivo.

Acotó que para que las partes -en el caso la defensa- puedan ejercer el derecho de participar en el procedimiento reglado por la norma de cita, es necesario que tengan conocimiento y posibilidad de asistir a la diligencia, que se garantiza mediante la "notificación formal a la defensa que se efectúa en la generalidad de los casos por nota extendida en el expediente o bien a través de cédula ...".

Señaló que la entrevista, fijada para el día 12 de septiembre de 2007, notificada a la defensa oficial, sin indicación del horario, finalmente se concretó el 13 de ese mes y año sin que exista constancia alguna de que ese cambio en la fecha haya sido informado al defensor.

Consideró que "...aún aceptando como suficiente la intervención de la defensa oficial, esta se vio imposibilitada en los hechos de controlar el acto de que se trata por no haber sido notificada adecuadamente de la fecha y hora en que se llevaría a cabo..."; reparó en que el encausado ya había sido identificado y por ende, "...ningún inconveniente mediaba para notificarlo de la existencia de la causa en su contra y de la medida dispuesta, de modo tal que pudiera ejercer su derecho de defensa."

Continuó diciendo que " Sin embargo, fue a solicitud de la Fiscalía formulada el día 17 de septiembre de 2007 (fs. 76/78) que el Sr. Juez de Instrucción dispuso el día 18 siguiente la detención de Luis Roberto Italia y que se le recibiera declaración indagatoria, medidas que se cumplieron respectivamente el mismo día... resulta claro, y de toda claridad, es que si bien Italia era un imputado ciertamente conocido... al momento de disponerse y realizarse la diligencia prevista por el art. 250 del Código de forma, aún no había sido formalmente vinculado al proceso (recién lo fue el día 18 siguiente), ni existe constancia alguna que supiera siquiera su

iniciación, por lo que es entonces, que en cualquier caso, no tuvo oportunidad alguna de participar de dicha diligencia ni consecuentemente, de ejercer en ella los derechos que la ley le acuerda en aras a su defensa, como tampoco -y por las circunstancias apuntadas al respecto- la tuvo la Defensoría Oficial a la que en su momento se diera intervención”.

Interpretó que la cuestión encuadra en el inciso 3° del artículo 167 del código de rito, por lo que puede ser planteada y resuelta en cualquier estado del trámite.

Destacó que “... es cierto también que la defensa no se opuso en su momento a la incorporación al juicio del video, de la transcripción y del informe que se ponen en crisis, ni pidió tampoco, que el menor volviera a declarar en la etapa de debate, pero al respecto no hace falta más que remitirse a las consideraciones hechas anteriormente en punto a la afectación de garantías constitucionales, a la imposibilidad de subsanarlas y la factibilidad de plantearlas en cualquier estado del proceso. Implicaría una obcecación mantener con meros argumentos formales la incorporación al debate de elementos de juicio sobre cuya pertinencia, en casos similares, ya se han pronunciado la Corte Suprema de justicia de la Nación y la Cámara Nacional de Casación Penal.”.

Agregó el Tribunal que “...surgió del debate que la Licenciada Herrán entrevistó previamente al niño, recibió su relato, trabajó con él menor con medios indirectos de expresión y le suministró diversas técnicas -hora de juego y test gráficos- concluyendo de todo ello que los dichos del menor eran verosímiles y tenían credibilidad. Fue recién después de eso que propuso recibir las manifestaciones del niño en la Cámara Gesell (lo que se llevó a cabo, como se vio, sin notificar al imputado ni a la defensa oficial en forma adecuada). Ello motivó -ante la expresión del chico al ver a la Licenciada Herrán (“yo ya te conté”) que le expusiera la necesidad de que lo volviera a hacer, como se hizo, aunque ahora en forma más acotada y sin la realización de los test gráficos. Es decir, que todo aquello que debió concretarse

-2010- Año del Bicentenario

dando oportunidad al imputado de presenciarlo detrás de un vidrio espejado, junto con un defensor de confianza y eventualmente de un asesor técnico que le permitiera sugerir o proponer inquietudes, fue llevado a cabo, por decirlo de alguna manera, en forma totalmente privada, y luego, cuando se quiso convalidarlo con el procedimiento posterior, tampoco se le dio oportunidad de controlarlo."

Por esos motivos, concluyó que ese testimonio del menor rendido en Cámara Gesell y las actuaciones que derivaron de él son **"...inoponibles a la defensa... [...] no resultan nulas en sí mismas, debiéndose actuar a su respecto como en cualquier otro caso en que se pretenda incluir por lectura en el juicio sin la conformidad de la defensa, declaraciones testimoniales prestadas en la instrucción o de cualquier otra prueba de carácter dirimente, cuando aquélla no pudo controlar los actos en su oportunidad (doctrina del citado fallo "Benítez" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).**

Precisó que, sin necesidad de declaración de nulidad alguna, corresponde **"resolver la inoponibilidad a la defensa de la prueba de cargo de que se trata**

A raíz de ello, el Tribunal excluyó, además de la diligencia cuestionada, el diskette, la transcripción mecanográfica (fs. 123/125) la fotografía adjunta a dicho video según la nota de fs. 126, el informe efectuado por la Licenciada Herrán a fs. 69/72 y su testimonio prestado en la audiencia sobre las manifestaciones del menor, por ser su consecuencia directa.

Por último, el órgano de juicio consideró que el único elemento de cargo recolectado era el testimonio de los padres del niño damnificado, respecto **"... de quien no se cuenta con su declaración e informe psicológico correspondiente obtenidos según lo reglamenta el art. 250 bis del CPPN, pero de manera que los haga procesalmente oponibles en juicio a la**

defensa y por lo tanto computables como pruebas a evaluar para la decisión: no le fue encontrado a F. por los médicos que lo revisaron huella física alguna que sea indicativa de los hechos de abuso de los que se trata, y es equívoca la referida a los cambios de conducta a que aludieron sus padres y maestros; no se obtuvo corroboración (en y por los aludidos, ni por sus padres) para los dichos de F. (traídos por sus padres) acerca de que B. (M.) y N. (R. C.) habían visto lo que le hacía "Luis" y que también se los había hecho a ellos, en tanto que ante la Licenciada Scopelite, F. F. atribuyó el no querer ir más al colegio con Luis (Italia) a que le pegaba en la cola; las maestras que recibían a F. a su arribo al colegio nunca percibieron en él forma alguna de disgusto por algo que le pudiera ocurrir en el trayecto, ni de desagrado hacia el chofer Italia (siendo que, en cualquier caso, los hechos debieron haber ocurrido pocos minutos antes, durante el relativamente breve recorrido), como tampoco lo percibieron las hermanas Zerda, más tarde a su arribo del colegio. A todo ello cabe sumar, finalmente, que de la información que sobre la personalidad de Italia aportaron los profesionales forenses que lo reconocieron al efecto no resultan elementos de entidad que lo muestren como individuo propenso a hechos como los de la causa."

Aclaró que "...no es que los hechos investigados no hayan ocurrido (esto dicho más a modo de sintética explicación para los padres del niño, cuyo estado de suma angustia sustentada en su convicción por la afirmativa se trasuntó durante el desarrollo de la audiencia) sino que lo que se sostiene es que no se puede tener por cierto y jurídicamente demostrado que efectivamente hayan ocurrido, ello en tanto las pruebas de cargo obtenidas con ocasión de la realización del juicio -y ello pese al tan esmerado como empeñoso alegato de la Fiscalía- no invisten entidad, no son suficientes ni eficientes como para afirmarlo de tal modo con el grado de certeza que la propia ley exige a los fines de sustentar una condena, siendo de señalar que, en cualquier caso, resultaría insuperable la

-2010- Año del Bicentenario

barrera opuesta por el art. 3 del Código de forma."

CUARTO:

Los contundentes agravios expuestos por el Sr. Fiscal en su recurso imponen un estricto control de lo actuado en autos.

En primer lugar, se percibe la exclusión de una prueba cumplida según las pautas marcadas en el código de forma mediante la creación pretoriana de una sanción legalmente inexistente y con fundamentos basados en contradicciones de valoración.

Se trata de la exclusión de los dichos del menor víctima de un abuso sexual recogidos de conformidad a los procedimientos y resguardos fijados en el Código Procesal Penal (art. 250 bis), con una declaración de "inoponibilidad a la defensa" por la imposibilidad de ejercer debidamente su derecho al control del acto.

Principio de defensa cuya vulneración no resiste el control de los actos causídicos ni encuentra cauce en el ordenamiento jurídico vigente.

Se avizora, en consecuencia, un excesivo rigor formal por parte del sentenciante.

Ello se desprende de la sencilla revisión de lo actuado. Se observa que si bien la entrevista que la Licenciada Herrán mantuviera con el menor (fs. 33) requerida por la Sra. Fiscal interviniente a fs. 17, apartado III, no fue notificada a la defensa oficial de turno, fue precisamente a fin de "evitar futuros planteos de nulidad", que la representante del citado ministerio solicitó al juez de instrucción que inicie el procedimiento establecido en el artículo 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación a través de una Cámara Gesell (fs. 38), lo que fue proveído de conformidad a fs. 39, con noticia a la defensa.

Concretada la diligencia y sumadas las demás pruebas

arrimadas a la causa, la fiscalía interviniente consideró verificado el estado de sospecha requerido por el artículo 294 del mismo texto, y requirió la detención de Luis Roberto Italia (fs. 76/78).

A fs. 79, el magistrado hizo lugar a las medidas requeridas, y le recibió indagatoria al nombrado a fs. 115/118 vta., oportunidad en la que se le informó detalladamente el hecho que se le imputa y las pruebas en su contra, entre ellas el informe del Cuerpo Médico Forense efectuado a fs. 69/72 a tenor del artículo 250 bis del código de forma.

Al repasar esas piezas procesales, no se observa ninguna circunstancia que conlleve la declaración de nulidad y mucho menos de "inoponibilidad" -como clasificó el *a quo* a la sanción- por afectación de garantías constitucionales, si se repara en que la defensa pública fue notificada de lo dispuesto a fs. 39.

Téngase en cuenta que, incluso, y a contramano de lo resuelto por los magistrados, la necesidad de notificar la realización de medidas procesales no rige en relación a imputados que, como en este caso, todavía no habían sido convocados a prestar declaración indagatoria, y por ende no estaban afectados al proceso (cfr. causas n° 5119 "Arévalo, José del Valle s/recurso de casación", rta. el 14 de abril de 2005; 7579 "Gordillo, Carlos A. s/recurso de casación", reg. n° 344 del 12 de abril de 2007, por la Sala III, cuya lectura se sugiere respetuosamente.

El hecho de que la actuación cuestionada se haya concretado un día después de la fecha fijada inicialmente, tampoco tiene relevancia en punto a la nulidad -ni, repito, menos aún a una declaración de inoponibilidad-, pues no debe desatenderse que se trata de actos reproducibles. Factibilidad de reproducción que ya hace vislumbrar el carácter relativo y no absoluto que hipotéticamente podría tener el vicio apuntado.

Destácase en este sentido que la defensa además de no haber pedido su reiteración, consintió la incorporación por lectura al debate ordenada por el propio Tribunal a fs. 455/457

-2010- Año del Bicentenario

vta.

Por el contrario, nótese que desde que el letrado asumió la defensa técnica de Italia a fs. 220, se limitó a solicitar una copia de la grabación de la Cámara Gesell (fs. 227), que le fue denegada por la fiscalía para preservar la intimidad del menor y garantizar su protección integral conforme a las previsiones de la Convención de los Derechos del Niño. Sin embargo, puso a su disposición la posibilidad de examinarla en el ámbito que decidiera el juez (fs. 228), lo que finalmente se concretó en sede policial con intervención de la perito psicóloga de parte, Dra. Mirta E. Vago (fs. 382).

Es decir que la defensa tuvo oportunamente el control de la medida, que ahora pretende descartar.

Cabe poner de manifiesto, a fin de evaluar el ejercicio de la defensa que se dice perjudicado, que en la etapa prevista por el artículo 354 del Código Procesal Penal de la Nación admitió tácitamente la validez del procedimiento y omitió todo pedido de prueba.

Al continuar con el repaso de su propia conducta, se aprecia que en el debate oral avaló la exhibición de la transcripción obrante a fs. 123/125 del video cassette que registró la audiencia prevista en el mencionado artículo 250 bis del texto adjetivo, sin efectuar observación alguna ni reclamar algún derecho que hubiese considerado vulnerado.

Es entonces que la nulidad tardíamente opuesta, después de haber convalidado los actos que más tarde cuestionó en su alegato y en la audiencia de informes ante esta instancia, se advierte desde un principio inconsistente.

Ello tanto más por cuanto del acta de debate de fs. 510/517 surge que el Tribunal dispuso la incorporación al debate "...de todos los elementos de juicio cuya lectura ha sido hecha en el curso de la audiencia", y que al respecto no hubo protesta de las partes.

Por consiguiente, nítidamente surge que la defensa aceptó expresa y tácitamente los efectos del acto que ahora intenta hacer desaparecer.

O sea que la defensa, en las formas expresa y tácita previstas en el artículo 171, inc. 2° del código instrumental, subsanó cualquier imperfección que hubiere podido tener el testimonio del menor y de los profesionales que en dicho acto intervinieron en su protección.

Juega entonces el principio latino: "*nemo potest propiam turpitudinem allegare*", que diluye cualquier gravamen.

Por otra parte llama la atención que en ningún momento el letrado defensor señaló que se vio privado de preguntar o alegar.

En este contexto, mal se puede concluir en que se privó a la defensa del derecho de controlar la prueba de cargo, porque esa parte y el propio órgano jurisdiccional tomaron por por válidas las constancias cuestionadas saneando cualquier objeción a su respecto.

Menos se aprecia la afectación al derecho de defensa cuando en el juicio oral se reprodujo el testimonio de la Licenciada Herrán, que ratificó los informes en los que intervino, e hizo las aclaraciones pertinentes, contestando las preguntas que la asistencia técnica le hizo en esa ocasión.

Por lo visto, lo decidido en su oportunidad por el tribunal de mérito y aceptado por la defensa que ahora se queja, no recibió durante el proceso defecto alguno, con posibilidad de afectar la garantía constitucional que se quiso involucrar.

Desde entonces tampoco cabía sanción legal alguna.

La innovada en la especie por sus características carece de efecto.

Y por las consecuencias que de ella derivó el *a quo* en sentido opuesto, carece de razón.

Ello deviene de haber considerado válido en un principio un acto que después invalidó con una sanción que no se encuentra prevista en el ordenamiento procesal penal

-2010- Año del Bicentenario

vigente, como bien lo ha puntualizado la Fiscal recurrente.

Los actos propios del proceso penal son actos jurídicos, no confundibles con los actos jurídicos que reglamenta el derecho civil.

Por ende, la nulidad de los procedimientos debe ajustarse a las reglas del código de forma (Carlos Creus, Invalidez de los actos procesales penales, pág. 20 y sus citas, Astrea Ed., Bs. As., 1995).

De modo que, si el Tribunal entendía que se hallaba frente a una diligencia insanablemente defectuosa debió declarar su nulidad, única vía legal para excluirla del proceso.

Aclarado ello, no cabe sino concluir, por todo lo expuesto, que resulta aplicable la doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal en cuanto a que las nulidades procesales son de interpretación restrictiva (Fallos 321:929); y que no se admite la nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo cuando efectivamente se lesiona el interés de las partes, para evitar un sistema de nulidades puramente formales, acogiendo sólo aquellas que por su posible efecto corrector, tengan idoneidad para enervar los errores capaces de perjudicar realmente aquel interés.

En esta línea de pensamiento, el máximo Tribunal señaló que aún tratándose de nulidades absolutas, la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia (Fallos: 295:961; 198:1413; 311:2337; entre muchos otros).

En otro orden de ideas, cabe destacar que las precisiones efectuadas por el Máximo Tribunal *in re* "Benítez", citado anticipadamente, carecen de afinidad con el caso, pues, más allá de la naturaleza de la declaración de un menor a tenor

de lo reglado por el artículo 250 bis del digesto adjetivo - cuestión que excede el marco de esta discusión- lo cierto es que no se trató aquí de que "...el tribunal de juicio fundó la condena en prueba de cargo decisiva que la defensa no tuvo oportunidad adecuada para controlar... ya que "...prácticamente toda la prueba de cargo de alguna significación fue incorporada por lectura...", extremo que lejos estaba de verificarse en la especie.

Tampoco se puede pasar por alto la afirmación del órgano de juicio relativa a que "... es claro que lo que cabe concluir en esta sentencia no es que los hechos investigados no hayan ocurrido (esto dicho más a modo de sintética explicación para los padres del niño, cuyo estado de angustia sustentada en su convicción por la afirmativa trasuntó durante el desarrollo de la audiencia) sino que lo que se sostiene es que no se puede tener por cierto y jurídicamente demostrado que efectivamente hayan ocurrido...", argumento que encierra una ilogicidad que descalifica al fallo por la evidente contradicción de ambos juicios de valor representan.

En definitiva, la sentencia encierra pues un fundamento sólo aparente por el que, en lo esencial, se tiende a descalificar pruebas de relevancia esencial legítimamente obtenidas. Defecto de fundamentación que constituye una causal definida de arbitrariedad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resiente la motivación lógica del fallo y desatiende el mandato del art. 123 del C.P.P.N. que reglamenta la garantía constitucional de la defensa en juicio -art. 18 de la C.N.- en cuanto exige que las decisiones judiciales sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente en relación con las circunstancias comprobadas de la causa (conf. Carrió, Genaro "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria" págs. 229 y ss. y causa n° 89 del registro de la Sala I "Contreras, Héctor J. s/recurso de casación", rta. 7 de abril de 1994).

Corolario de cuanto precede es que la ley procesal ha sido inobservada, por lo que corresponde hacer lugar sin

-2010- Año del Bicentenario

costas, anular la sentencia impugnada, apartar al Tribunal Oral en lo Criminal n° 4 del conocimiento de la causa y remitir las actuaciones a la Secretaría General para que se desinsacule el órgano jurisdiccional que habrá de realizar un nuevo juicio en las presentes actuaciones.

QUINTO:

Vale la pena aclarar que mediante la invocación del "*non bis in idem*", y la errada cita de dos precedentes del Alto Tribunal, a los que también podrían agregarse otros en sentido similar, el letrado particular tergiversó la valoración de ese principio con el *imperium* de esta Cámara en el exclusivo control de la observancia de las reglas de la sana crítica en la valoración efectuada en la instancia oral (artículos 123, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Nacional; 404, inc. 2° y 456, inc. 2° del Código Procesal Penal).

Entender que esta Cámara está imposibilitada, en el sendero marcado por los artículos precedentes, de casar una sentencia y ordenar el reenvío en el camino de la ley (artículo 471 del cuerpo legal antes citado) implicaría tanto como derogar por inconstitucionalidad de oficio dichas normas, pretensión que corre por cuenta exclusiva del defensor y no sobre las palabras de la Corte.

Entonces, poco más cabe agregar para desbrozar los conceptos confundidos.

No existe en los fundamentos dados más que una corrección de la errada ponderación de la prueba por parte de un órgano jurisdiccional de instancia inferior.

Es así que su desorientado agravio desentona con las pautas fijadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "Kang Yong Soo" y "Lagos Rodas", de esta misma Sala Tercera, invocados por la defensa al informar oralmente en la audiencia de informes del artículo 468 del Código Procesal

Penal de la Nación (cfr. acta de fs. 588).

No se está en presencia de torpeza de ese órgano, substrato sobre el cual se asientan los precedentes del Superior invocados por el defensor ni tampoco el último: "Sandoval, David Andrés s/homicidio agravado por ensañamiento -3 víctimas- Sandoval, Javier Orlando s/encubrimiento -causa n° 21.923/02", del 31 de agosto del corriente.

El postulado del letrado particular, fulminaría la garantía de la igualdad de las partes, tantas veces protegida y reiterada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 16 de la Constitución Nacional).

En este caso, quedarían seriamente afectados el Ministerio Público Fiscal, el menor víctima y sus padres, ahora querellantes.

O suponer, por otra parte, que al fiscal la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo ha privado de su derecho al recurso contra un fallo absolutorio (arts. 458, inc .1° y 460 del C.P.P.N.).

Sentido que no puede extraerse ni siquiera de la ligera lectura de esos fallos.

Liminarmente se hace notar que en los Fallos aludidos por la asistencia técnica, el Máximo Tribunal declaró procedentes los remedios federales **por la omisión de pronunciamiento** "sobre el agravio planteado en tiempo y forma por la defensa vinculado con la violación del *non bis in idem* que causaría a esa parte una decisión como la arribada."

No se pronunció expresamente sobre la ausencia de recurso fiscal frente a una sentencia absolutoria por afectar el referido principio constitucional, como erróneamente lo sugirió el letrado.

Es más, esa interpretación ni siquiera se desprende de su fallo más reciente sobre el punto, recién mencionado.

Máxime que, como ya se dijo, las normas procesales que rigen la materia, como, los artículos 458 inc. 1°, 460, y 471 del ordenamiento vigente no han sido declaradas inconstitucionales.

-2010- Año del Bicentenario

Por otra parte, no puede dejar de señalarse que admitir un criterio semejante implicaría, a no dudarlo, despojar a este órgano jurisdiccional de una de sus principales funciones, como lo es el control de la observancia de la garantía constitucional del juicio previo que supone el acatamiento de las formalidades esenciales establecidas por la ley para que el proceso pueda finalizar en una sentencia válida y las de la sentencia misma, imprescindibles para su legitimidad y para asegurar los derechos de las partes y la rectitud del juicio.

El recurso de casación regulado en los artículos 456 a 473 del Código Procesal Penal de la Nación es una institución establecida con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la Constitución Nacional, para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, amén del mantenimiento del orden jurídico penal, y por ello se lo ha definido, hace ya tiempo *"como un medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión con o sin reenvío a nuevo juicio"* (cfr. De La Rúa, La casación penal, págs. 22/23, 68 y ss., Depalma, Bs.As., 1994).

En consecuencia, en el caso particular el reenvío de la causa al tribunal que corresponda para la realización de un nuevo juicio, de acuerdo a lo expresamente previsto por los artículos 456 inc. 2° y 471 del Código Procesal Penal, no causa menoscabo alguno al principio que establece la prohibición de doble juzgamiento.

Tal es mi voto.

El señor Juez **Dr. Eduardo Rafael Riggi** dijo:

1.- Analizadas las constancias obrantes en autos, advertimos que le asiste razón al representante del Ministerio Público Fiscal, por las consideraciones que pasamos a exponer.

En primer lugar, conceptuamos que la declaración de "inoponibilidad a la defensa" de la declaración prestada por el menor víctima en los términos del artículo 250 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación dispuesta por el Tribunal Oral no encuentra sustento en el ordenamiento legal vigente, circunstancia que, a nuestro juicio, convierte al pronunciamiento dictado en arbitrario por fundamentación aparente. Ello es así pues, el *a quo* ordenó la incorporación por lectura del acto sin advertir su eventual carácter defectuoso, oportunidad en la cual -en su caso y *a contrario sensu*- debió decretar su nulidad de conformidad con lo establecido en el artículo 166 del ordenamiento citado.

Asimismo, debemos destacar que la diligencia cuya inoponibilidad se decretara, como bien lo señala la colega preopinante, es un acto reproducible, característica que evidencia, en el caso, una nulidad relativa. Teniendo ello en cuenta, reparamos por lo demás que la defensa ha consentido los efectos del mismo, pues su silencio respecto a su incorporación por lectura, inexorablemente implica la subsanación de los pretendidos defectos del acto, tal como lo establece el artículo 171 inciso 2° del citado cuerpo legal.

Por consiguiente, a salvo de la sanción de nulidad también han quedado los elementos probatorios que son su consecuencia inmediata -el videocasete que contiene sus imágenes, la transcripción del contenido verbal de la misma (fs. 123/125), el informe de la Licenciada Herrán (fs. 69/73), y la declaración testimonial de la nombrada durante el debate-.

Por lo demás, cabe tener presente que para que la declaración de invalidez de un acto procesal resulte procedente es indispensable que se verifique un perjuicio real y concreto, esto es, que se haya producido una efectiva limitación de un derecho del imputado. Y esto así, más allá de que se trate de

-2010- Año del Bicentenario

una nulidad relativa o absoluta.

Ha sostenido reiteradamente esta Cámara -y también la Corte Suprema de Justicia de la Nación- que la garantía de defensa en juicio que se dice vulnerada tiene carácter sustancial, y por ello exige de parte de quien la invoca la acreditación del concreto perjuicio que pudo inferirle el presunto vicio de procedimiento y la solución distinta que pudo alcanzarse en el fallo de no haber existido ese vicio (conf. esta Sala, causa n° 639 "Barrita, José s/rec. de casación", reg. 465/95, 28/11/95; y Fallos 298:279 y 498), extremo que, en definitiva, no se vislumbra en el caso de autos.

Por todo ello, compartimos los fundamentos y conclusiones brindados por la doctora Liliana Elena Catucci y, en consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, anular la sentencia absolutoria dictada, apartar al Tribunal *a quo* y remitir las presentes actuaciones a la Secretaría General de esta Cámara a los efectos de que desinsacule un nuevo órgano jurisdiccional que deberá realizar un nuevo juicio.

2.- Por otra parte, en punto a los agravios introducidos por la defensa en la oportunidad prevista por el artículo 468 del Código Procesal Penal de la Nación, también hemos de acompañar el criterio de la colega preopinante.

En primer lugar, advertimos que la interpretación que hiciera esa parte de los precedentes que invoca para sustentar su pretensión es incorrecta, toda vez que tanto en los autos "Kang Yong Soo" como en la causa "Lagos Rodas" las decisiones del Alto Tribunal de anular parcialmente las sentencias de esta Sala se fundaron en la omisión de dar tratamiento a los agravios interpuestos en tiempo y forma por la defensa.

Además, entendemos que acoger favorablemente la crítica defensiva implicaría dejar vacíos de contenido los artículos 458 inciso 1° y 460 del Código Procesal Penal de la

Nación, que consagran el derecho al recurso contra la sentencia absolutoria al Ministerio Público Fiscal y al particular ofendido, respectivamente; interpretación que carece de vinculación con el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los citados precedentes.

En consecuencia de lo expuesto, conceptuamos que el reenvío de las presentes actuaciones al tribunal que resulte sorteado (artículo 471 del Código Procesal Penal de la Nación) para la realización de un nuevo juicio no conculca el principio *ne bis in idem*.

Tal es nuestro voto.

La señora Juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

Sellada que se encuentra la suerte de este recurso, sólo he de señalar que no advierto en la decisión recurrida la alegada arbitrariedad pues el Tribunal ha explicado las razones por las que consideró que la defensa técnica se vio imposibilitada de controlar el acto de la declaración del menor (al no ser notificada adecuadamente de la fecha y hora en que se llevaría a cabo la diligencia), en consonancia con la doctrina fijada por la CSJN en el precedente *Benítez (Fallos 329:556)* y la ausencia de otros indicios que permitan tener por acreditada, con el grado de certeza requerido para esta etapa procesal, la conducta imputada a Italia.

En este sentido, advierto que el recurrente sólo ha planteado una disconformidad con la decisión y, en este sentido, se recuerda que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir sentencias equivocadas o que el recurrente estime tales según su criterio divergente, sino que atiende sólo a supuestos en los que se verifica un apartamiento palmario de la solución prevista por la ley o una absoluta carencia de fundamentación, que en el caso no se advierte (cfr. C.S.J.N. Fallos 293:344; 274:462; 308:914; 313:62; 315:575).

Tal es mi voto.

En mérito a la votación que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de casación deducido por el

Cámara Nacional de Casación Penal

Causa n° 11.816
"Italia, Luis Roberto.
s/recurso de casación"
Sala III CNCP

-2010- Año del Bicentenario

representante del Ministerio Público Fiscal, **SIN COSTAS; ANULAR** la sentencia dictada a fs. 518/537 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 4 de esta ciudad, **APARTAR** al *aquo* del conocimiento de la causa y remitirla a la Secretaría General de este cuerpo para que desinsacule el órgano que deberá realizar un nuevo debate en las presentes actuaciones (arts. 123, 173, 404 inc. 2°, 456 inc. 2°, 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber, remítase copia de la presente al Tribunal Oral en lo Criminal n° 4 de esta ciudad, para que tome conocimiento de lo aquí resuelto, y cúmplase con la remisión ordenada sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

Fdo: Angela E Ledesma, Liliana Elena Catucci y Eduardo R. Riggi. Ante mi: María de las Mercedes López Alduncin, Secretaria de Cámara.