

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL  
SALA 1 CCC 36521/2010/CA2  
"F. E. R."

Origen: Juzgado Nacional de Instrucción n° 23, secretaría 158

//nos Aires, 22 de agosto de 2013.

### **Y VISTOS:**

Que el tribunal debe intervenir, nuevamente, en razón de la concesión del recurso de apelación interpuesto por la defensora oficial Marina Soberano, a fs. 298/300 vta., contra el interlocutorio documentado a fs. 291/294 en cuanto dispone decretar el procesamiento de E. R. F. por considerarlo, en principio, autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por haber mediado acceso carnal por cualquier vía (arts. 119 tercer párrafo CP, y 306 CPPN).

Que el 14 próximo pasado se celebró la audiencia oral y pública prevista en el artículo 454 del C.P.P.N. (según Ley 26.374). Comparecieron a expresar agravios la Dra. Karin Codern Molina, integrante del Cuerpo de Letrados Móviles del Ministerio Público de la defensa, mientras que el Dr. Abraldes, fiscal general ante esta instancia, asistió a alegar sobre el caso.-

La defensora de menores e incapaces n° 1 ante los tribunales orales criminales, pese a haber sido notificada de la audiencia y haber accedido a la causa, no asistió.

De ese modo, en atención a los alegatos producidos en la audiencia y a la complejidad del caso, el tribunal hizo uso de la facultad que confiere el art. 455 del CPPN a efectos de compulsar las actas escritas, deliberar y resolver sobre el fondo del asunto.-

### **Y CONSIDERANDO:**

#### **Hecho atribuido:**

Se le enrostró al nombrado el *“haber invadido la reserva sexual de la menor P. D. H., aprovechándose de su inmadurez sexual, y habiendo mediado acceso carnal en el transcurso del año de 2009*

*cuando aquélla contaba con 12 años, y producto de lo cual nació la menor M. J. el día ..... de septiembre de 2010.*

*Que el accionar del acusado habría comenzado durante el año 2009, cuando la menor comenzó a convivir junto con su padre J. M. H. en el hotel de la calle ....., habitación ..... de esta ciudad, hotel en el cual habitaba F. Examinada la menor por la Lic. Selva Moretto del Servicio de Psicología del Cuerpo Médico Forense, en virtud del art. 250 bis del C.P.P.N., concluyó que del relato brindado por aquélla, respecto a la naturaleza voluntaria de sus relaciones sexuales con el imputado resultan verosímiles. No presentó signos de ideación psicótica ni de incremento patológico de la imaginación. La niña manifestó haberse sentido atraída y haber mentido al imputado respecto a su edad y condición a fin de lograr establecer una relación con F”.-*

**Estrategia de la defensa:**

En prieta síntesis, el argumento de la defensa técnica del imputado F. se centró sobre la base de que la conducta atribuida es atípica y, en consecuencia, solicitó su sobreseimiento.

En ese sentido, la abogada Codern Molina expresó que D. P. H. declaró en Cámara Gesell, sin previamente haber recibido asesoramiento técnico de especie alguna. Describió que la niña refirió que tuvo la primera menstruación a los 9 años, circunstancia que tiene importancia porque es ilustrativo del desarrollo hormonal y físico; que desde esa edad quería tener novio; que la madre la trataba como una prostituta y que por ello se habría ido a vivir con su padre a una habitación de un hotel sencillo y humilde, lugar en donde empezó a tener relación con el imputado, cuando tenía 12 años; que le mintió a éste al decirle que tenía 16 años y que estaba embarazada por haber tenido relaciones sexuales con un niño de su edad, mostrándose preocupada porque su padre le había dicho que si quedaba embarazada volvería a vivir con su madre, ante lo cual F. le transmitió tranquilidad y le dijo que la iba a ayudar; que el imputado no la coaccionó psicológicamente, y que ella reconoció que lo “coqueteaba”

-durante aproximadamente 8 meses-, porque quería tener relaciones sexuales con él, por lo que éste accedió en la creencia de que tenía 16 años y que, además, estaba embarazada. Es decir que, si bien era una niña de 12 años, mentalmente no lo era por su desarrollo madurativo y sexual.

En ese sentido, la recurrente agregó que la niña prestó testimonio en la causa voluntariamente, luego de haber nacido su hija, y que, pese a haber sido menor de edad al tiempo de los hechos, habría “buscado” y “perseguido” al imputado porque se sentía atraída por él y sentía que lo quería.

Así, alegó que la menor dijo que la denuncia fue realizada por la madre en la creencia de que por su edad era posible que perdiese la tenencia de la niña recién nacida, relato que, según lo informado por la licenciada en psicología M., es verosímil.-

Además, hizo especial hincapié en que entre D. P. H. y F. constituyeron una familia con dos hijos, viven juntos, y no existen conflictos entre ellos, sino que, por el contrario, el núcleo familiar está entero, conviviendo incluso con la aquí denunciante.-

Por tales motivos, planteó que la resolución es irrazonable e injusta, por cuanto la menor entiende que no fue abusada, sino que las relaciones sexuales que mantuvo fueron consentidas, sin haber mediado coacción, lo cual tiene basamento en lo informado pericialmente por la licenciada en psicología M. en cuanto a que sus dichos resultan verosímiles.-

Finalmente, remarcó que en una primera oportunidad –habiéndose negado el imputado a declarar en audiencia indagatoria por expresa recomendación de la defensa-, el juez de primera instancia lo sobreseyó, pero con posterioridad a la intervención de la Sala, el mismo magistrado dictó su procesamiento en base a la misma prueba, pues la incorporada luego no acredita la hipótesis ilícita.-

#### **Posición de la fiscalía:**

El fiscal general ante esta instancia expresó, por un lado, que *“el límite que la ley establece para mantener relaciones sexuales es*

*una tabla rasa respecto de la cual no corresponde indagar a la hora de establecer si alguien se hallaba o no en condiciones de [dar] un consentimiento válido...”; y, por otro, admitió lo expuesto por la defensa en cuanto a que P. D. H. al momento de los hechos podría haber tenido capacidad para consentir los actos sexuales por la madurez que tenía, circunstancia que, por lo antes expuesto, no evitaría el análisis de tipicidad.-*

Lo importante de su exposición tiene relación con la argumentación dada por el juez de grado al dictar el procesamiento objeto de apelación.-

En esa línea de razonamiento señaló en primer lugar que “...*el auto que viene apelado no es una resolución sostenida sobre la prueba que se incorporó al legajo con posterioridad a la intervención de esta Sala*”; que solamente se enunció la prueba producida; y que el “...*el reconocimiento jurisdiccional de la imputación, esto es el sometimiento a proceso del imputado aparece referido en una serie de prueba que, lejos de comprometerlo lo desincrimina*”. En particular, la declaración de la menor P. D. H. en los términos del art. 250 bis del CPPN constituye una fisura respecto de la imputación cuando dice “*yo lo engañé al imputado respecto de la edad que tenía, y yo lo seduje*”.

Así, para el Dr. Abraldes, mas allá de si la niña lo sedujo o no, lo importante es “... *si realmente el imputado tuvo conocimiento cierto de este límite objetivo impuesto por ley respecto de la edad de la menor, porque éste es justamente un complemento que hace no solamente a la necesidad de un dato objetivo sino que también tenga la congruencia con la parte subjetiva...*” y “... *esto no aparece ni siquiera referido en el auto apelado; sí apareció referido, creo que con mayor argumentación, en el auto en su oportunidad apelado que fue revocado por esta cámara...*”; luego “... *la cámara dispuso una serie de medidas entre los que se hallaban los informes psiquiátricos y psicológicos, respecto de los cuales se indica que H. no presenta indicadores emocionales y de comportamientos compatibles con*

*victimización sexual...”. “Posteriormente se incorporó el peritaje antropométrico del Cuerpo Médico forense que dice que la presunta víctima tiene una edad más o menos de seis meses de 15 años al momento de la evaluación; es decir, que esto carece de pertinencia respecto de la prueba que era necesario incorporar. Ello por cuanto “... no importaba a este momento que edad tiene o que edad aparenta tener sino justamente que edad aparentaba tener al momento del hecho. En realidad es una prueba un tanto compleja para su producción porque establecer 3 años después si tenía o no tenía la edad que aparentaba tener es un poco complicado...” Pero sin tener en cuenta ello “... el señor juez procesa, y por ello el auto es nulo”.-*

A preguntas del Tribunal respecto de si estaba cuestionando la validez del acto que se está revisando, contestó que la nulidad sirve para reparar un interés jurídico concreto, y no la nulidad por la nulidad misma, y por ello la nulidad carece de sentido, por lo que concluyó que corresponde dar por finalizada la investigación en razón de que la prueba se agotó, y que si bien la denunciante ha tenido un interés legítimo como lo es su hija embarazada, cambió de opinión y la investigación a dejado en claro que no existió una hipótesis de abuso.

Finalmente refirió, “... en lo personal no comparto el paradigma del derecho penal como método de resolución de conflictos. Lo que importa es el acto justo, no el conflicto. El conflicto es un problema de privados, y el derecho penal es público. Por ello el acto justo es dar por finalizada la investigación, desvincular al imputado, lo que así dejó solicitado al tribunal.-

### **Valoración:**

I. Que ante el cambio de criterio adoptado por la fiscalía en la audiencia, sin perjuicio de que no adhirió al recurso de la defensa en el término que establece el artículo 439 del CPPN, el tribunal considera que los agravios de las partes expuestos en la audiencia merecen ser atendidos, con el alcance que se explicitará a continuación.-

a) En primer lugar es oportuno recordar que en toda decisión de merito el tribunal debe buscar la *verdad procesal* -que se compone de una verdad fáctica y la verdad jurídica-, y a tal fin efectuar dos juicios de valor con el objeto de verificar el sustento fáctico y el carácter jurídico del caso.-

La primera se verifica a través de los elementos probatorios, de la que surge la hipótesis delictiva objeto de imputación; y la segunda se comprueba con la interpretación del significado de los tipos penales que clasifican el hecho imputado como delito.-

En suma, toda conclusión jurídica debe basarse en la correcta ponderación de la situación fáctica bajo análisis, en cuanto a la materialidad objetiva, y debe ser valorada mediante principios lógicos que gobiernan la sana crítica racional.-

Al respecto, el sistema de la sana crítica establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces para lograr sus conclusiones de los hechos de la causa, siempre y cuando las mismas sean el producto de la valoración racional de las pruebas en que se apoyan y que se adviertan las razones que sustentan el juicio de valor efectuado.

b) Sentado ello, y en segundo término, se considera que la argumentación desarrollada por el magistrado interviniente no resulta una derivación razonada de las constancias de la causa, lo cual constituye un déficit de ponderación de la situación fáctica, antes mencionada, y, además, desde el plano jurídico se contrapone con el pronunciamiento de fs. 153/155 por medio del cual sobreseyó al encausado -que esta Sala, con distinta integración, decidió revocar a fin de que se produzcan las medidas de prueba solicitadas por la fiscalía con el objeto de corroborar, o no, los extremos invocados en la audiencia-.

Tal circunstancia compromete su validez, por lo que debería ser declarado nulo pero, no obstante ello, en razón a que el vicio que se advierte puede ser subsanado por este tribunal en base a lo que las partes alegaron en la audiencia, solo habrá de ser revocado (arts. 123 y 168, *a contrario sensu*, C.P.PN.).-

Ello es así, pues, de la lectura y con frente de ambas resoluciones que dictara el juez de grado ha quedado evidenciado la contradicción e incongruencia de la argumentación dada, máxime si se tiene en cuenta la prueba disímil descrita en una y en otra.-

De esa manera, se puede afirmar que no ha procurado fallar, como director del proceso, sobre la *verdad procesal* que antes se hiciera referencia.-

En consecuencia, resta pensar y destacar que si bien esta sala decidió revocar el auto que disponía el sobreseimiento, no lo fue con la indirecta directiva de que, devuelta la causa a la instancia de origen y producida las medidas de prueba, se dicte su procesamiento.-

c) Que se comparte el nuevo temperamento adoptado por la fiscalía, además de operar como limitador respecto del eventual pronunciamiento que pudiera efectuarse en razón de la inexistencia de contradictorio entre las partes, ante la ausencia de impulso fiscal respecto de la materialidad de la hipótesis delictiva y responsabilidad que le pudiera haber cabido al encausado (art. 5 del CPPN).-

Por otra parte, la correspondencia entre la metodología persuasiva desarrollada por la Dra. Karin Codern Molina en ambas intervenciones en este expediente con lo acreditado mediante las actas escritas que se tienen a la vista -que da crédito sobre la vigencia de la buena fe procesal que debe regir en el sistema penal adversarial-; y verificado los extremos de la fiscalía en el “juicio breve y concentrado”, convence al tribunal de la decisión de revocar el interlocutorio en crisis y disponer, en consecuencia, el sobreseimiento de F. con expresa mención de que la formación de la presente causa no afecta el buen nombre y honor del que hubiere gozado (art. 336 inc. 3 e in fine del CPPN).-

En tal sentido, de la lógica del debate -cuyas argumentaciones se apuntaron precedentemente, y que se encuentran en el registro de audio agregado a fs. 324- quedó demostrado que las partes no tuvieron versiones antagónicas, sino que, por el contrario coinciden

tanto en lo que habría sucedido entre P. D. H. y F., como en el modo de solución del caso.-

El fiscal general, como representante del Ministerio Público, se hizo cargo -pese a que la dirección de la investigación no fue delegada por aplicación del art. 196 del CPPN- de las deficiencias de la investigación a cargo del estado en pos de desvirtuar el estado jurídico de inocencia del encausado, pues oportunamente no se realizaron las medidas de pruebas necesarias para determinar si la menor, al momento de los hechos aparentaba tener 15 años de edad, siendo que actualmente no se vislumbran otras que permitan acreditar el extremo sea positiva como negativamente, y ello no puede ser valorado en contra de F.-

En ese sentido, el representante de la vindicta pública obró guiado por el criterio de objetividad que se concibe como profesionalismo, lealtad y buena fe hacia las partes (el “*fair play*” o “juego limpio”).-

En el mismo entendimiento, se considera que la ineficacia de la instrucción en probar una hipótesis delictiva -que el mismo magistrado llevo a cabo- no puede ser valorada *in malam partem*, de manera que la postura de la fiscalía aparece razonable y justa.-

En definitiva, la sala considera que corresponde desvincular definitivamente del proceso al encausado en razón a las alegaciones de las partes, que este tribunal corroboró al compulsar la prueba acumulada en el legajo.-

**d)** Ante el contexto de irregularidad procesal indicado precedentemente es necesario dejar a salvo la diferencia respecto del modo en que se resuelve en la primera instancia y en el tribunal revisor.-

En ese sentido, tanto en la anterior intervención de la Sala como en esta ocasión, la decisión fue y es tomada de acuerdo a lo producido en el debate entre las partes durante la audiencia celebrada al efecto, es decir, a la dinámica de la oralidad, lo cual constituye para nosotros, desde la vigencia de la ley 26.374, un cambio de paradigma respecto

del modelo procesal en la forma de decidir y administrar justicia (art. 75 inc. 22 de la CN), respetuoso del sistema republicano de gobierno, el debido proceso y de la defensa en juicio.-

Sabido es que la ley citada modificó la normativa que regula el procedimiento del trámite del recurso de apelación ante la alzada, produciendo, por un lado, su adecuación a un sistema procesal penal acusatorio integrado por la vigencia de los principios constitucionales y de los instrumentos internacionales de derechos humanos establecidos para el juicio oral, público, previsto en el código ritual, que conforman el bloque de constitucionalidad.-

Ello así, pues, en la aplicación del Código Procesal Penal de la Nación resultan operativos todos los principios derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y en los tratados de derechos humanos que forman parte de esta (art. 75 inc. 22 CN, 1.1 y 2, CADH, y 2.1 y 2.2 PIDCyP), y de los demás tratados ratificados por el Congreso de la Nación (art. 31 CN). De esa manera el Estado argentino se ha comprometido a garantizar su aplicación a todos los habitantes del territorio y a adaptar la legislación interna para hacerlos efectivos, a fin de brindar un mejor servicio de justicia.-

De ello se infiere que es la influencia de la normativa internacional en el derecho doméstico la que impone a la justicia a nivel penal federal una modificación progresiva en el modo de llegar a la *verdad procesal*, sobre la base de la acusación (arts. 8.1, CADH; 14.1, 15.1, PIDCyP; 10 y 11.1 DUDH).-

En el modelo procesal acusatorio del nuevo sistema constitucional, el juez es un sujeto pasivo, rígidamente separado de las partes, y el juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa de un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción.-

Es esa inteligencia, puede afirmarse que la ley 26.374 es compatible con la normativa supralegal -constitucional y aquella que integra el bloque de constitucionalidad, que establece un sistema

acusatorio-, no obstante la falta de disposiciones a nivel local, garantizándose la exigencia del debido proceso en cuanto a la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a acusación, defensa, prueba y sentencia.-

En este expediente, la litigante presentó su *teoría del caso* –que fue compartida por la fiscalía- ante el tribunal, particularmente integrado instantes antes de la celebración de la audiencia ante la ausencia del vocal Luis María Bunge Campos en virtud de hallarse en uso de licencia, y por la recusación del juez Alfredo Barbarosch.

Así, es relevante ilustrar que el juez Rimondi en la anterior intervención, y la Dra. María Garrigós de Rébora en esta ocasión desconocían absolutamente los componentes fácticos y probatorios del caso, y los agravios de las partes.

Además, y en cuanto al límite del pronunciamiento de la alzada, coincide con la estrategia que ejerzan las partes en la audiencia y lo que el quejoso y la contraparte pretendan que el tribunal revise, siendo que los argumentos del juez de grado que no son materia de agravio se tienen por ciertos, a excepción de lo que pueda derivarse del control de legalidad del auto.-.

Ello constituye una garantía para el justiciable y todas las partes porque no existe acumulación de funciones y permite mantener la objetividad en el proceso. Es decir que interviene un tribunal con jueces imparciales -que no han leído el “caso” con anterioridad en el expediente-, ajenos al conflicto suscitado entre la defensa y la acusación (que no gestiona intereses), y atienden el litigio con inmediación y de un modo concentrado, controlando y garantizando la legalidad del proceso.

En suma, es posible afirmar que el interlocutorio glosado a fs. 169/170 que dispuso la revocatoria del sobreseimiento se decidió en base a lo producido en el contradictorio que protagonizaron las partes en la audiencia, mas no para que a la postre se dicte el procesamiento del imputado con la misma prueba, mas la incorporación de aquella que resultó ser no vinculante en el caso por cuanto no refleja las

características de la niña al momento del hecho. Es más y como resaltara la defensa, la ampliación del testimonio de la denunciante C. R. R. (cfr. 269/270) abona indirectamente la postura desvinculatoria. Ello es así, en atención a que en la actualidad H. y F. seguirían conviviendo como pareja, habiendo tenido un nuevo hijo en común y ante la menor crítica hacia el segundo, la primera reacciona violentamente, exigiendo que no se hable mal de su pareja. En otras palabras, podría deducirse de las palabras de la testigo (madre de la supuesta damnificada) que la joven está enamorada de F., lo que permite válidamente inferir que dicho sentimiento nació al comienzo de esta ya prolongada y afianzada relación. Esta inferencia refuerza la verosimilitud del relato de H., en cuanto a que engañó al imputado respecto de su propia edad, afirmándole que era varios años mayor (16 años). De tal modo, tal y como lo sostuviera el fiscal general Abraldes, no puede sostenerse validamente que F. obró con conocimiento de dicho elemento del tipo penal de aplicación al caso (que la víctima fuera menor de 13 años), error que operaría en la tipicidad subjetiva, cuando menos, desplazando el dolo en el accionar. Así y en atención a que nuestro catálogo legal no establece la figura imprudente para este delito, se impone su sobreseimiento, de acuerdo a lo establecido por el inc. 3° del CPPN. -

Por lo expuesto, y como se adelantara, toda vez las posturas de las partes en la audiencia dice relación las pruebas agregadas al legajo el tribunal **RESUELVE:**

**I. Revocar** el auto de fs. 291/294 en cuanto fue materia de apelación (art. 455, CPPN).-

**II. Disponer el sobreseimiento** de E. R. F., ....., en orden al hecho por el cual fuera formalmente indagado, dejando expresa constancia que la formación de la presente causa no afecta el buen nombre y honor del que hubiera gozado (art. 336 inc. 3, e *in fine*, CPPN).-

Se deja constancia que los jueces Luis María Bunge Campos y Alfredo Barbarosch no suscriben la presente por no haber presenciado

la audiencia en razón de encontrarse de licencia y por hallarse recusado respectivamente; y que la Dra. María Laura Garrigós de Rébora intervino en su calidad de presidenta del tribunal y de conformidad a lo previsto en el art. 36 inc. b del RJCCCF -

Regístrese, notifíquese al señor fiscal general. Fecho, devuélvase, y practíquense las correspondientes notificaciones en la instancia de origen. Sirva lo proveído de atenta nota de envío.

**Jorge Luis Rimondi**

**María Laura Garrigós de Rébora**

Ante mí:

**Diego Javier Souto**  
**Prosecretario de Cámara**

En \_\_\_\_\_ notifiqué al señor fiscal general. Conste.

En \_\_\_\_\_ se remitió al juzgado de origen. Conste.