



ACUERDO N° 01/2020: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintiséis (26) días del mes de febrero del año dos mil veinte, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Dres. **Oscar E. Massei** y **Alfredo A. Elosu Larumbe**, con la intervención del Secretario de la Secretaría Penal, Dr. **Andrés C. Triemstra**, para resolver en los autos caratulados: "**G. L. E. S/ ABUSO SEXUAL (VÍCTIMA MENOR DE EDAD)**" (Legajo MPFZA N°. 25450/2018).

ANTECEDENTES:

I. El tribunal de juicio (con la intervención de la jueza Laura Barbé) declaró la responsabilidad penal de L. E. G., como autor del delito de abuso sexual simple, en perjuicio de la menor T. D. F. (artículos 45 y 119, primer párrafo del Código Penal [CP]), en el marco de violencia de género (Convención de Belem do Pará, Ley nacional N°. 26485 y Ley provincial N°. 2786) (cfr. ff. 1/26 vta.).

Efectuada la audiencia de cesura, se impuso a G., la pena de un año de prisión de ejecución condicional, sujeto a las reglas del artículo 27 bis del CP, por el plazo de dos años (cfr. ff. 27/36 vta.).

La Defensa interpuso una impugnación ordinaria contra ambas decisiones.

El 3/10/2019, el Tribunal de Impugnación (integrado por los magistrados Florencia Martini, Federico Sommer y Liliana Deiub) declaró la nulidad de la sentencia de responsabilidad, la que hizo extensiva a la sentencia de pena -por conexión-, y dispuso el reenvío para la celebración de un

nuevo juicio (cfr. sentencia N°. 65/2019 del 3/10/2019, a ff. 46/59).

II. Contra lo resuelto por el *a quo*, el Ministerio Fiscal, la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, y la Defensa presentaron la impugnación extraordinaria respectiva.

A) El Dr. Marcelo A. Jofré, Fiscal del caso, en los términos del artículo 248 inciso 2 del Código Procesal Penal de la provincia del Neuquén (CPPN), adujo que la decisión del Tribunal de Impugnación resultaría arbitraria, por un presunto exceso en la competencia apelada y por carecer de una fundamentación mínima o suficiente fundada en derecho (cfr. ff. 80/93 vta.).

Expresó que se configuraría una cuestión federal. Que se vulneraría el deber de motivación, el derecho de defensa y el debido proceso, que ampara a todas las partes (incluidos, la víctima y ese Ministerio Fiscal).

Expuso que el *a quo* se habría expedido sobre una situación que no se habría litigado, en exceso del objeto controvertido, con afectación de los principios de contradicción e imparcialidad. Y que por una errónea interpretación del CPPN, se ocasionaría una revictimización de la adolescente mujer.

Que los hechos investigados -en este legajo- son actos de violencia contra la mujer y al momento de aplicar las normas procesales locales, se debe efectuar una interpretación conforme a la Convención de Belem dó Pará, a fin de cumplir con las obligaciones asumidas por el Estado (artículos 18, 31 y 75 inciso 22 de la CN; 2.b, 7.b y f, de la Convención mencionada).

Sostuvo que se trata de una decisión equiparable a definitiva, ya que la arbitrariedad del pronunciamiento determinaría que se realice un nuevo juicio, en el que se

sometería a la adolescente mujer víctima a padecer una revictimización innecesaria.

Afirmó que el gravamen es actual, concreto y no deriva de la propia actuación de esa parte.

Agregó que ese Ministerio tiene legitimación subjetiva, al recurrir una sentencia del Tribunal de Impugnación que configura un auto procesal importante.

Que el artículo 227 del CPPN, que determina genéricamente la taxatividad de los recursos, no puede ser interpretado en forma contraria a la Constitución Nacional. Que de no admitirse la instancia extraordinaria local se vulnerarían normas constitucionales y se incumplirían las obligaciones asumidas por el Estado de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

A su entender, las cuestiones federales invocadas habilitan la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y, en forma previa, tienen que ser resueltas en el orden provincial. Que todos los jueces tienen el deber de expedirse sobre las mismas (artículos 18 y 31 de la CN).

Expuso como motivos de agravio:

1) Arbitrariedad por exceso en la competencia apelada (cfr. ff. 90/92 vta.).

2) Arbitrariedad fáctica en relación a la valoración probatoria efectuada por el Tribunal de Impugnación (cfr. ff. 92 vta./93).

Refirió que en la decisión cuestionada existieron dos votos y el que debía actuar como dirimente solo compartió y adhirió a los dos primeros. Que no se habría dado fundamento para superar la contradicción de dos argumentos en pugna, por lo que resultaría arbitraria por insuficiencia de motivación.

Agregó que la revisión que puede hacer el *a quo* debe realizarse mediada por la sentencia del tribunal de

juicio y no arrogándose facultades de este último, en vulneración de la inmediación.

Que en la audiencia de impugnación ordinaria, ese Ministerio se vio impedido de refutar la interpretación que hizo el Dr. Sommer, respecto a que la víctima al cumplir los 16 años de edad debe prestar testimonio en juicio (en el caso, ya había declarado en Cámara Gesell, como anticipo jurisdiccional de prueba).

Que esa situación no se habría litigado, dado que la defensa no hizo planteo alguno ni hubo controversia sobre la declaración de la víctima. Que se enteraron de lo adoptado por los magistrados al momento de la sentencia, en exceso del objeto controvertido, con afectación de los principios de contradicción e imparcialidad.

Aclaró que la asistencia técnica no dejó asentado, en ningún momento de la investigación, que se le hubiese impedido preguntar durante el desarrollo de la declaración de la víctima en Cámara Gesell (encontrándose presente el imputado).

Que en la audiencia del artículo 168 del CPPN (del 10/4/2019), las partes no formularon ningún planteo respecto a escuchar la videograbación del testimonio de la menor F. (Cámara Gesell) en el debate. Y que esa declaración se produjo -como prueba- en el juicio, con plena aplicación de los principios de inmediación y oralidad.

Señaló que la jueza del juicio decidió conforme a la prueba ofrecida (en la audiencia del control de la acusación) y admitida. Que nada tenía que decir de la declaración de la víctima, dado que no fue planteado por las partes, no había una controversia a resolver.

Que el Dr. Sommer habría sostenido en forma errónea que "(...) en el caso del testimonio de una víctima mayor de 16 años de edad al momento de celebrarse el juicio, supone

constatar que la prueba se hubiese incorporado bajo la vigencia de los principios de inmediación y contradicción (...)” (cfr. f. 90 vta.).

Que el examen del *a quo* vulneraría el principio de inmediación, dado que pretendería que la jueza del juicio debió percibir algo que no se planteó en el debate; como así también, que la magistrada debió resolver, sin que las partes lo plantearan, si permitía o no la declaración videograbada de la víctima.

Señaló que las partes -acusación y defensa- no ofrecieron el testimonio de la víctima para ser escuchada en juicio (sin utilizar la videograbación).

Que esa decisión es una facultad y no una carga de los acusadores como pretendería la Dra. Martini.

Manifestó que, en la sentencia del *a quo*, si bien no se desconoció que la declaración de la adolescente víctima, bajo la modalidad de Cámara Gesell, se realizó conforme a lo establecido en el artículo 155 inciso 4 del CPPN; no se habría tenido en cuenta que ese acto se efectuó el 20/9/2018, cuando la menor T. D. F. tenía 15 años de edad, y con la presencia del defensor del imputado.

Expresó que los artículos 155 inciso 4 y 182 del CPPN habrían sido interpretados en forma errónea.

Que “nada dicen” respecto a que una adolescente víctima de abuso sexual (en el caso, a los 14 años), que ya prestó testimonio como anticipo jurisdiccional de prueba, deba declarar en juicio, bajo pena de nulidad, si al momento de la celebración del debate ya cuenta con 16 años de edad.

Que el legislador, si así lo hubiera querido, podría haberlo establecido pero no lo hizo.

Que los jueces de impugnación se habrían arrogado funciones legislativas que les estarían vedadas.

Recordó que en el proceso penal provincial rige el principio de libertad probatoria y que los jueces deben valorar toda la prueba producida en el debate, para fundar la decisión que se adopte al momento de determinar la responsabilidad del acusado en los hechos atribuidos.

Que el *a quo* pretendió negar valor probatorio a la información aportada por la víctima, con un argumento -a su parecer- erróneo sobre el testigo único y dejando establecido que sus afirmaciones no son prueba.

Entendió que la valoración de la prueba (aportada por las partes y producida en el debate) que efectuó la jueza del juicio, le permitió arribar a la conclusión fundada de que el acusado realizó la conducta reprochada, sin duda alguna.

Citó jurisprudencia.

Hizo reserva de acudir a la instancia federal.

Solicitó que se revoque la decisión recurrida y que quede firme la sentencia de responsabilidad. En su defecto, que se disponga el reenvío al Tribunal de Impugnación para que, con otra integración, se dicte otro pronunciamiento.

B) La Dra. Paula Castro Liptak, Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente de la III Circunscripción Judicial, presentó la impugnación extraordinaria en representación de la menor T. D. F., nacida el 29/4/2003 (cfr. ff. 68/78).

Adujo que el pronunciamiento del *a quo* sería arbitrario, que sin fundamentación se afectarían derechos de jerarquía constitucional. Tales como el debido proceso, el interés superior de la menor (víctima de un delito contra la integridad sexual), el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva; como así también, que se provocaría una revictimización secundaria (artículos 18, 31 y 75, incisos 22 y 23, de la CN; 2, 3, 12 inciso 2, 19, 34 y 39 de la Convención de los Derechos del Niño; 8.1 y 19 de la Convención

Americana de Derechos Humanos; 14 inciso 3 de la ley N°. 48; 47 de la Constitución de la provincia de Neuquén; 4 de la ley N° 2302; 13 del CPPN y Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad [adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, adherida por la CSJN mediante Acordada N° 5/2009] reglas N° 1, 3, 4, 5, 10, 11 y 12; Observación General N° 5, párr. 12; Observación General N° 14 CRC/C/GC14).

Entendió que la resolución es impugnabile, en virtud del artículo 233 del CPPN, al tratarse de una decisión judicial importante, que resultaría arbitraria y en la que se habría efectuado una apreciación absurda de la prueba recibida en juicio. Sostuvo que, en razón de los agravios, correspondería la interposición de un recurso extraordinario federal (artículos 237, incisos 1 y 2, y 248 inciso 2 del CPPN).

Señaló como agravios, los siguientes:

1) Arbitrariedad de la sentencia del *a quo* (cfr. ff. 71/73 vta.).

Expuso que se habría omitido una valoración integral del juicio de responsabilidad y cesura, suprimiendo la prueba producida en el debate. En referencia al testimonio de la menor víctima brindado en Cámara Gesell, que sería el sostén fundamental del análisis lógico y razonado efectuado por la jueza del juicio.

Que el *a quo* no habría tenido en cuenta que la menor T. D. F. tenía 14 años de edad, al momento de los presuntos hechos y 15 años, cuando declaró en Cámara Gesell.

Coincidió con el acusador público en que la Cámara Gesell se efectuó conforme a la normativa aplicable y que las partes (incluida, la defensa particular) efectuaron preguntas en dicho acto.

Que ninguna norma dispone que si, al momento del debate, la menor ha cumplido los 16 años, deba necesariamente prestar testimonio en juicio, bajo pena de nulidad; como lo sostuviera el órgano revisor en forma errónea.

Destacó que la Defensa no planteó esa controversia en la audiencia de control de acusación (no cuestionó el ofrecimiento de la prueba de los acusadores, ni ofreció el testimonio de la menor víctima para ser escuchada en el debate). Tampoco, en el juicio ni en la impugnación ordinaria.

Afirmó que el testimonio videograbado de la víctima se produjo en el debate con plena aplicación del principio de inmediación y el consentimiento de las partes.

Que la jueza del juicio resolvió conforme a la prueba ofrecida (en la audiencia de control de acusación) y producida en el debate; que le permitió arribar a la conclusión de que el acusado, sin duda alguna, era responsable de la conducta imputada.

2) Victimización secundaria (cfr. ff. 73 vta./75): Sostuvo que la nulidad declarada por el Tribunal de Impugnación y el reenvío dispuesto para la realización de un nuevo juicio, generarían agravio a la víctima.

Que lo expuesto "de oficio" por el *a quo*, respecto de la edad de la adolescente al momento del juicio, no pudo ser controvertido por esa parte. Y que tampoco tuvo la oportunidad de argumentar sobre las consecuencias revictimizantes para la menor.

Indicó que T. D. F. fue notificada de la decisión del *a quo* y oída -el 11/10/2019- por esa Defensoría. Que en esa oportunidad, la adolescente expuso que no deseaba ir a juicio nuevamente.

Que en esas circunstancias, una nueva sentencia condenatoria, producto de un segundo juicio, no remediaría los perjuicios que se procuran evitar con el presente recurso. Los

que ya se habrían concretado y serían irreparables, dado que no se podría borrar el padecimiento innecesario de un nuevo debate.

Afirmó que en la resolución impugnada se desconocería la realidad de la víctima y se habría resuelto de manera sesgada, sin valorar la opinión de la menor. Que ello, resultaría contrario al derecho de la víctima a ser oída, a los principios de inmediación y del contradictorio (artículos 12 de la CDN, 15 de la ley N° 2302 y 7 del CPPN).

Cuestionó que en el voto de la Dra. Martini se "toma" el agravio de la defensa respecto a que debió interrogarse a la víctima sobre su "impronta" familiar (cfr. ff. 74/vta.).

Entendió que tales alegaciones y su posterior valoración por la jueza de impugnación, resultarían improcedentes pues se apartarían del hecho imputado. Que se cargarían sobre la víctima -de manera negativa, prejuiciosa- situaciones familiares que no tienen que ver con el accionar atribuido.

Que todo ello, produciría la victimización secundaria de la adolescente, víctima de un delito contra la integridad sexual.

Alegó que al aplicar el código procesal penal debe agotarse la interpretación conforme a la Convención de Belem dó Pará, a fin de cumplir con las obligaciones asumidas por el Estado Argentino (artículos 31 y 75 inciso 22 de la CN).

Que los hechos investigados -en este caso- serían actos de violencia contra una mujer y que la sentencia impugnada resultaría contraria a las obligaciones asumidas por el Estado de prevenir, investigar y sancionar tales hechos (artículos 2.b, 7 incisos b y f, de la Convención citada).

3) Omisión del Tribunal de Impugnación de valorar el interés superior de la menor T. D. F., víctima de un delito

contra la integridad sexual; en contradicción con la normativa de jerarquía constitucional vigente y aplicable (cfr. ff. 75/77).

Que mediante arbitrariedad y absurdidad se desconocería el testimonio de la presunta víctima, imposibilitándose su acceso a la tutela judicial de manera efectiva. Y que se habría omitido sopesar la implicancia que el reenvío a un nuevo juicio tendría en la vida de la menor.

Que la decisión del *a quo* causaría un gravamen irreparable a la víctima adolescente, a la protección de sus derechos constitucionales.

Citó doctrina y jurisprudencia.

Hizo reserva del caso federal.

Solicitó que se revoque la resolución impugnada y que se confirme la sentencia condenatoria. En su defecto, que se disponga el reenvío para que el Tribunal de Impugnación, con otra integración, dicte un nuevo pronunciamiento.

C) El Dr. Pablo Fernando Tomasini, defensor particular, recurrió a favor de L. E. G., en los términos del artículo 248 y concordantes del CPPN (cfr. ff. 62/66 vta.).

Manifestó que la resolución cuestionada resulta impugnabile, que es una sentencia definitiva, y que esa parte se encuentra legitimada para recurrir, conforme a los artículos 233, 236, 239 y 248 del CPPN.

Aclaró que su agravio está relacionado con el reenvío dispuesto por el Tribunal de Impugnación.

Adujo que se vulnerarían derechos y principios constitucionales. En particular, el *ne bis in idem*, dado que el imputado tendría que transitar nuevamente por un proceso, por la ineficiencia del Estado.

Expresó que, según la doctrina de la CSJN, si la revisión implica celebrar un nuevo debate por error del fallo

(precedentes "KANG", "SANDOVAL", entre otros), no correspondería el reenvío sino una absolución.

Aludió a que el *a quo* sostuvo que el tribunal de juicio declaró la responsabilidad del imputado, en incumplimiento de estándares de prueba y del deber de motivación.

Afirmó que esa parte no dio lugar a los errores advertidos por el Tribunal de Impugnación. Y que correspondería la absolución del imputado, dado que no se habría superado la duda que lo favorece.

Señaló que, por el reenvío dispuesto, debería realizarse la audiencia del artículo 168 del CPPN. Que se estaría ante un juicio distinto, en el que debería declarar la menor y que requeriría de un aporte probatorio diferente por ambas partes.

Agregó que el reenvío vulneraría la Constitución Provincial y, en su caso, peticionó que se declare la inconstitucionalidad del artículo 247 del CPPN, por considerarlo contrario a ese texto constitucional.

Citó jurisprudencia.

Hizo reserva del caso federal.

Solicitó que se declare la nulidad de la sentencia del *a quo* (modalidad de reenvío) y que se dicte la absolución del acusado.

III. Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 245 y 249 del CPPN, se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas argumentaciones (cfr. registro audiovisual y acta de audiencia de fecha 17/12/2019 a ff. 105/107 vta.) y en ese contexto, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

En dicha audiencia, hicieron uso de la palabra, en forma sucesiva, el Dr. Jofré y la Dra. Castro Liptak; quienes

se manifestaron en términos similares a los que constan en los escritos recursivos respectivos.

Luego, se dio la palabra a la Defensa, a fin de que refutara los argumentos de los acusadores.

Con posterioridad, las partes aclararon que se incorporó, en conjunto, la fecha de nacimiento de la menor; quien tenía 15 años de edad, al momento de la audiencia del artículo 168 del CPPN.

A continuación, el Dr. Tomasini expuso los fundamentos del recurso presentado a favor del imputado. Y a su turno, la parte acusadora efectuó la refutación correspondiente.

Para finalizar, la Defensa hizo uso de la última palabra (artículo 85, segundo párrafo, in fine, del CPPN); señaló que el eje de su planteo es la arbitrariedad derivada de la falta de lógica de la sentencia del Tribunal de Impugnación.

IV. Llevado a cabo el sorteo pertinente, resultó que en la votación debía observarse por los señores jueces el orden siguiente: Dr. Alfredo A. Elosu Larumbe y Dr. Oscar E. Massei.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del código de rito, la Sala se plantea las siguientes:

CUESTIONES: 1^a.) ¿Son formalmente admisibles las impugnaciones extraordinarias interpuestas?; 2^a.) En el supuesto afirmativo, ¿resultan procedentes las mismas?; 3^a.) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4^a.) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión**, el **Dr. ALFREDO A. ELOSU LARUMBE** dijo:

Atento a que los recursos de los acusadores tienden a poner en crisis los fundamentos completos del fallo del Tribunal de Impugnación, mientras que el de la Defensa solo

censura el efecto del reenvío asignado por dicha Alzada (estimando que, en lo demás, el decisorio resulta plenamente convalidable); razones de orden llevan a agotar las cuestiones propuestas anteriormente en torno a los dos primeros.

Ello así, pues solo a partir de la homologación de la nulidad dictada oficiosamente por el a quo, podría ponderarse el análisis del reenvío en los términos planteados por la defensa.

Entonces, se comenzará el abordaje de las cuestiones traídas a esta instancia bajo dicha sistemática.

Los escritos recursivos de ff. 68/78 y 80/93 vta. fueron presentados en término y por los sujetos procesales intervinientes en el legajo (artículos 242, primer párrafo, y 249 del CPPN).

Ninguna de las dos presentaciones registra deficiencias estructurales y ambas satisfacen las previsiones procedimentales de autonomía, inherente a este tipo de documentos.

En tal sentido, indican de manera expresa el carril por el cual discurre el agravio (artículo 248 inciso 2 del CPPN) y puntualizan las razones por las cuales, siempre desde su punto de mira, la nulidad declarada en la instancia anterior concitaría un caso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por un supuesto de arbitrariedad de sentencia.

Si bien es cierto que las decisiones en las que se admiten o deniegan nulidades procesales no constituyen -como regla general- una sentencia definitiva; nuestro Máximo Tribunal Nacional ha sostenido que cabe hacer excepción a ese principio si con lo resuelto se ocasiona un agravio que, por su magnitud y de acuerdo con las circunstancias del hecho, podría resultar de imposible reparación ulterior (CSJN, Fallos 338:1248).

Sin entrar al análisis puntual de los motivos bajo los cuales el Tribunal de Impugnación anuló el testimonio de la menor T. D. F., los recursos remarcan que la nueva convocatoria para declarar en juicio sobre aspectos ya testimoniados en un acto judicial que no resultó observado ni censurado por las partes litigantes, no podría remediarse en una oportunidad posterior y generaría un incumplimiento de conocida normativa supranacional, que exige, en la medida de lo posible, evitar la revictimización o reexperimentación de la vivencia traumática de la víctima.

Como se mencionó, los aspectos atinentes a la denominada victimización secundaria han sido profundizados en ambas presentaciones (ff. 73 vta./75 y 81 vta./83) y no pueden descartarse en este primer nivel de análisis.

Por lo expuesto, considero que los recursos de los acusadores superan los ápices formales exigibles y propongo al Acuerdo que se declare su admisibilidad. Así voto.

El **Dr. OSCAR E. MASSEI** dijo: comparto con el señor Vocal preopinante que los escritos en cuestión cumplen con los recaudos que los hacen formalmente viable. En vista de ello, adscribo a su conclusión. Mi voto.

A la **segunda cuestión**, el **Dr. ALFREDO A. ELOSU LARUMBE** dijo que: Luego de analizados los recursos admitidos, el pronunciamiento cuestionado así como las demás constancias del legajo, se propone al Acuerdo que tales impugnaciones sean declaradas **procedentes**.

1) En forma previa, se aclara que la presunta falta de mayoría necesaria en la sentencia del *a quo* -referida por el Ministerio Fiscal-, no es tal.

En todas las decisiones judiciales adoptadas por unanimidad, la sola expresión de compartir y adherir al voto ponente resulta suficiente a los fines de integrar la voluntad colegiada. Ello, ya que dicho voto resulta un reflejo de la

deliberación precedente que permitió a los magistrados consensuar la solución dada.

En este caso, se observa que el pronunciamiento del Tribunal de Impugnación fue dictado por unanimidad, tanto en lo atinente a la admisibilidad formal del recurso ordinario de la defensa, como lo relativo a la segunda cuestión, esto es, la procedencia y solución adoptada (cfr. sentencia N°. 65/2019 del TI, ff. 46/59).

En la segunda cuestión, el voto ponente del *a quo* fue desarrollado por el Dr. Sommer, proponiendo la nulidad de la sentencia condenatoria (cfr. ff. 50/55). Luego, la Dra. Martini tras adherir al voto del juez preopinante, expuso una serie de consideraciones, a modo de complemento, y concluyó en igual sentido (cfr. ff. 55/58 vta.). Y la Dra. Deiub expuso que compartía los argumentos de los jueces que la antecedieron en la votación y adhería a sus conclusiones (cfr. f. 58 vta.).

En ese escenario, se estima que la adhesión efectuada por la magistrada que votó en tercer lugar, resulta suficiente para conformar la voluntad colegiada del órgano revisor. Sin que ello implique efectuar un juicio sobre el acierto o no de los argumentos expuestos por el Tribunal de Impugnación.

2) Sentado ello, en relación a los agravios planteados por la parte acusadora, en los términos del artículo 248 inciso 2 del CPPN, se verifica la alegada arbitrariedad de sentencia.

3) En el pronunciamiento aquí impugnado se reseñó que, en la audiencia correspondiente, la Defensa se agravió:

a) por una deficiente fundamentación y una arbitraria valoración probatoria de la sentencia de responsabilidad. En lo atinente a la Cámara Gesell, que se criticó la modalidad en que fue realizada y la actividad

desplegada por la psicóloga interviniente (preguntas indicativas, falta de indagación del contexto familiar, etc.).

b) Y en subsidio, por una presunta falta de fundamentación de la pena impuesta.

Que a su turno, los acusadores refutaron lo argumentado por la defensa, propiciaron el rechazo del recurso ordinario y solicitaron que se confirmen las sentencias del tribunal de juicio.

También, consta que ese órgano revisor requirió precisiones, entre ellas, sobre la edad que tenía la víctima al momento de celebrarse el debate (cfr. ff. 46 vta./49).

Al efectuarse el abordaje de la procedencia:

3.A) En el voto ponente -del *a quo*- se sostuvo que la tarea revisora consistiría en examinar si el tratamiento dado -por el tribunal de juicio- a la prueba producida en el debate configuró una labor arbitraria (cfr. f. 51).

Luego, se señaló que a ese órgano revisor le correspondía constatar que, en el caso de un testimonio de una víctima mayor de 16 años al momento del debate, la prueba se hubiese incorporado bajo los principios de inmediación y contradicción (cfr. ff. 51 vta./52).

Y se expuso lo siguiente: "(...) se ha sostenido de modo reiterado que constituye un requisito previo emanado de la función jurisdiccional, el control, aún de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecte una garantía constitucional no podría ser confirmada (C.S.J.N., Fallos 317:2043) (...)” (cfr. f. 52).

Después, se hizo referencia a que la menor víctima tenía 16 años al celebrarse el debate. Y que en la sentencia de responsabilidad se incurre en un error material cuando

sostiene que la adolescente tiene quince años al momento de su dictado.

Se entendió que se debía abordar si se configuraba un "grave" vicio en el trámite del proceso y, en su caso, si podía ser saneado (cfr. ff. 52/vta.).

Se consideró que: "(...) el vicio aludido resulta manifiesto (...) por contravenir tanto la legislación vigente sobre las reglas de producción de la prueba testimonial en la instancia de juicio (arts. 155 y 182 del C.P.P.N.), como las garantías de defensa en juicio y debido proceso. Que una interpretación respetuosa de la voluntad del legislador y sistemática del ritual, lleva a concluir que [T. D. F.] como víctima menor de 16 años de edad en un delito contra la integridad sexual durante la etapa preparatoria solo puede declarar bajo la modalidad de anticipo jurisdiccional de prueba, mientras que quienes resulten mayores de esa edad al momento del desarrollo del juicio deben prestar declaración testimonial (art. 182 C.P.P.N.) (...). Vale decir entonces y con total ajuste a la concreta previsión del Código Adjetivo en este plano, que la prueba que habrá de servir de base para una sentencia -en particular condenatoria- no puede resultar contraria a las reglas de producción de prueba que fueran establecidas ni incurrir en incorporación de prueba contraria a los citados principios de inmediación, oralidad y contradicción. Sin embargo, observan que ello ocurrió en el presente juicio de responsabilidad porque se admitió en la instancia de juicio y cuando resultaba claramente palmaria la edad de la damnificada en la audiencia, en un desvío del procedimiento que resulta insubsanable en tanto se realizó con inobservancia de las (...) normas que rigen la producción de prueba testimonial en juicio (art. 98 del C.P.P.N.).

[Continuó:] Como corolario de lo expuesto, el pronunciamiento del Tribunal (...) de Juicio deviene

insanablemente nulo, en tanto se omitió tener en consideración lo dispuesto por los artículos 155 y 182 del mismo cuerpo normativo, nulidad que se extiende indefectiblemente a la sentencia (...) de pena dictada (art. 98 del CPP); por lo que se torna insustancial el tratamiento de las ulteriores censuras expuestas por el recurrente (...)” (cfr. ff. 53/vta.).

Se sostuvo “(...) de modo subsidiario, que tampoco el Tribunal de Juicio ha cumplido con el estándar de suficiencia de la prueba y con el deber de motivación (...) en referencia al (...) testimonio videofilmado (...) [Y] que no se brindaron fundamentos para fundar o dar alguna respuesta a la hipótesis y prueba de descargo producida (...)” (cfr. f. 54/vta.).

Se concluyó diciendo que “(...) la solución que se propició no resulta un supuesto de nulidad por la nulidad misma en las formas procesales, sino que tiene relevancia en la afectación de las garantías de defensa en juicio y debido proceso y en el vicio de fundamentación omisiva en que incurre el decisorio por no dar tratamiento a la información de descargo rendida en juicio (...)” (cfr. f. 55).

3.B) En el segundo voto, después de adherir al anterior, se expuso que en la sentencia de responsabilidad se constató un defecto de fundamentación, por una valoración -de la prueba- sesgada y fragmentaria, como así también, que resultaba aparente -deviniendo en omisiva-, al efectuarse afirmaciones dogmáticas; asociado al testimonio de la licenciada Salvareza y a que se habría omitido interrogar a la menor sobre su contexto familiar. Y se cuestionó la coherencia interna del relato de la menor (cfr. ff. 55/57 vta.).

Se agregó que si bien la menor tenía 15 años al momento de la audiencia de control de la acusación era previsible que a la fecha del juicio tuviese los 16 años, “(...) perdiendo en consecuencia, la calidad de prueba (anticipada) por desaparecer el presupuesto regulado en el inciso 4) del

art. 155 del CPP (...)”. Y que era carga de los acusadores ofrecer el testimonio de la víctima para que fuese producido en juicio, respetando el derecho de defensa.

Concluyó en el mismo sentido del voto precedente, al entender que la sentencia -del tribunal de juicio- debía ser anulada y reenviarse a un nuevo juicio (cfr. ff. 58/vta.).

3.C) En el tercer voto, se adhirió a los argumentos y conclusión de los preopinantes (cfr. f. 58 vta.).

4) Ahora bien, tras el cotejo de las constancias del legajo, se verifica la existencia de ciertos déficits en la decisión del Tribunal de Impugnación que influyen en la validez del acto.

5) Uno de ellos, configura un supuesto de arbitrariedad sorpresiva, dado que el *a quo* resolvió una cuestión no planteada por las partes ante esa instancia (la exclusión de una prueba dirimente debidamente admitida y reproducida ante el tribunal de juicio).

A raíz de lo cual, las partes no tuvieron la oportunidad de ser oídas ni litigar sobre dicho aspecto.

Si bien el Tribunal de Impugnación intentó justificar su proceder, afirmando la existencia de una nulidad absoluta; se constata que la mención a la supuesta vulneración de garantías constitucionales resulta meramente dogmática y alejada de las constancias del caso.

Sobre el particular, a partir de las actuaciones del legajo, se verifica lo expuesto por los litigantes, en la audiencia ante esta Sala (cfr. en sistema Dextra, registros audiovisuales en Cícero y ff. 105/107 vta.).

Al respecto, hubo coincidencia entre las partes en que la declaración de la menor T. D. F. en Cámara Gesell se efectuó con la presencia de la asistencia técnica del imputado y que pudo proponer preguntas, en respeto del derecho de defensa, al principio de contradicción y conforme a la

normativa vigente (cfr. artículo 155 inciso 4 del CPPN y protocolo de actuación de Cámara Gesell en www.jusneuquen.gov.ar).

Además, que dicha Cámara Gesell fue ofrecida, con la conformidad de las partes, en la audiencia de control de la acusación, y que fue admitida por un juez de garantías, como prueba para el juicio; decisión que se encuentra firme.

También, que la videograbación de la declaración de la menor F. fue reproducida en el debate ante el tribunal de juicio, conforme al principio de inmediación y sin que las partes formularan alguna objeción.

Asimismo, tras el dictado de la sentencia de condena, la defensa presentó una impugnación ordinaria en la que no expresó agravio contra la reproducción del testimonio de la menor T. D. F. videograbado en la Cámara Gesell.

Incluso, del propio voto ponente del tribunal revisor se desprende la ausencia de un planteo -de las partes- relacionado a esa situación.

En tales circunstancias, en el presente caso, no se vislumbra una cuestión de orden público o alguna afectación al debido proceso, al derecho de defensa ni a los principios de contradicción e inmediación.

En consecuencia, lo sostenido por el órgano revisor carece de sustento fáctico y normativo.

Entonces, al no tratarse de un supuesto que habilite el control de constitucionalidad de oficio, lo decidido por el *a quo* configura un exceso del marco de la controversia planteada ante esa instancia. Lo que se traduce en una arbitrariedad sorpresiva, con afectación del derecho de defensa de las partes, que se encontraron privadas de ofrecer argumentos sobre la cuestión.

6) Sumado a ello, se verifica el agravio vinculado a la omisión de una valoración integral del juicio de

responsabilidad y cesura, al suprimirse una prueba dirimente para la solución del caso. En referencia, a la declaración de la menor víctima videograbada en Cámara Gesell, conforme a las normas procesales locales que rigen el anticipo jurisdiccional de prueba.

7) Cabe recordar que, en la tarea revisora, al efectuarse el juicio sobre la prueba, se debe tener presente el principio de libertad probatoria que gobierna el sistema penal, el que implica que toda evidencia es idónea a los fines de comprobar los extremos fácticos de un suceso delictivo, así como su autoría y/o participación, siempre que cumpla con las reglas de admisibilidad y legitimidad, en cuyo caso no existirá límite para ponderarla conforme a la sana crítica.

También, que al realizarse el juicio sobre la suficiencia del acervo probatorio, rige el principio de inmediación que contempla todo aquello que los jueces han visto y oído en el debate para fundar la decisión. Tal marco debe ser respetado por el órgano revisor, al realizar el control de la observancia de las reglas de la sana crítica y la debida motivación de las sentencias.

Entonces, al Tribunal de Impugnación le compete el control amplio del fallo condenatorio, sin apartarse de las constancias del caso, ya que, de otro modo, incurrirá en un supuesto de arbitrariedad.

8) En lo atinente a la aplicación de las normas que regulan lo relativo a la producción de la prueba en el juicio, se observa que en la decisión aquí cuestionada se incurrió en una errónea y aislada interpretación del código procesal penal provincial.

Ello, al exigirse que una declaración ya prestada como un anticipo jurisdiccional de prueba, conforme a la legislación vigente, sea reemplazada por el testimonio de la menor F. en el debate, al haber cumplido los 16 años de edad.

Siendo que tal proceder no se encuentra exigido por ninguna norma procesal penal local.

Además, en la resolución impugnada se omitió efectuar una interpretación sistemática de los preceptos legales; dado que para determinar el alcance y sentido de las normas se debe tener presente todo el ordenamiento jurídico.

Sobre la cuestión, se sostuvo que "(...) para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos. Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional, cuidando que la inteligencia que se le asigna no pueda llevar a la pérdida de un derecho (del voto de los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni)(...)" (Citado en PITLEVNIK, Leonardo G., Director; *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, T. 6, ed. Hammurabi, 1ª. edición, Bs. As., 2009, p. 188).

En el presente caso, se imputó la comisión de un delito contra la integridad sexual, en perjuicio de una mujer menor de edad, por lo que una interpretación sistemática implica determinar el sentido de los preceptos locales a la luz de lo establecido en las normas de superior jerarquía (artículo 5, 31 y 75 inciso 22 de la CN).

Entre ellas, los tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional que rigen la materia. Tales como, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belem do Pará", aprobada por la ley N° 24632 y

la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por ley N° 23849.

Asimismo, resultan de aplicación la ley nacional de Protección Integral de la Mujer N° 26485 y las leyes provinciales N° 2786 y N° 2302. La primera, entre sus finalidades prevé garantizar a las mujeres el derecho a vivir sin violencia y declara que sus disposiciones son de orden público; siendo obligación de los poderes del Estado, la de generar los medios necesarios para lograr los fines perseguidos por la norma (artículos 1 y 7). Se definen los tipos y modalidades de violencia a la que puede ser sometida una mujer, como así también, se establece un principio de amplitud probatoria, "(...) para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos (...)" (artículos 5, 6 y 31).

En particular, respecto a la realización de la Cámara Gesell, el artículo 155 del CPPN establece que:

"(...) las partes podrán solicitar el anticipo jurisdiccional de prueba únicamente en los siguientes casos:
(...)

4) Cuando deba recibirse testimonio de víctimas de delitos contra la integridad sexual menores de dieciseis (16) años, y testigos menores de edad si se toma con la modalidad de Cámara Gesell y con el auxilio de profesionales especializados.

El juez examinará el pedido en audiencia, admitiendo o rechazando la solicitud. Se podrá prescindir de la autorización judicial si existe acuerdo de partes".

Y en el artículo 156 del mismo código, se prevé que "(...) la diligencia será documentada en la forma prevista en este Código. La prueba quedará bajo la custodia del fiscal, quien será responsable por su conservación inalterada". De tal

modo, en el caso de la Cámara Gesell queda registrada en una videograbación.

En relación a la producción de la prueba, en lo pertinente, el artículo 182 del CPPN, dispone que "(...) la prueba que hubiese de servir de base a la sentencia deberá producirse en la audiencia de juicio, salvo excepciones expresamente previstas. Sólo podrán ser incorporadas al juicio por su lectura las pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la reproducción cuando sea posible (...)".

Y en el artículo 187 se establece que "(...) las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales serán reproducidas (...)".

En este caso, no se encuentra en discusión que la menor víctima al momento de realizarse la Cámara Gesell era menor de 16 años de edad; incluso, al momento de la audiencia de control de acusación, en la que los acusadores ofrecieron la videograbación del acto como prueba, sin oposición de la defensa y fue admitida por el órgano judicial.

En el pronunciamiento del Tribunal de Impugnación se observa que, al hecho de que la menor víctima haya cumplido los 16 años al momento del debate, se impone la obligación de que preste nuevamente declaración ante el tribunal de juicio, bajo pena de nulidad.

Tal decisión carece de apoyatura en la normativa antes detallada y aplicable al caso; ya que de ningún precepto surge una obligación semejante ni se hace mención a esa consecuencia jurídica.

En ese escenario, el *a quo* a través de una interpretación errónea crea una nulidad que no surge del marco normativo aplicable.

Cabe tener presente que, en el sistema procesal penal local, por regla, se procura la preservación de los actos cumplidos conforme a las previsiones legales y en respeto de los derechos y garantías de jerarquía constitucional, tanto del imputado como de la víctima (cfr. artículos 95 a 98 del CPPN).

Así, se prevé que si existen defectos que, no afecten tales garantías, sean susceptibles de ser saneados o convalidados. En ese sentido, el artículo 98 del CPPN establece que "(...) cuando no sea posible sanear un acto ni se trate de casos de convalidación, el juez deberá declarar su nulidad (...)".

También, se recuerda que cuando se trata de sanciones (como la nulidad de un acto), la interpretación de la norma reviste carácter restrictivo.

Y en el presente caso, esa consecuencia (aplicada en el pronunciamiento recurrido) no se encuentra prevista, por lo que no corresponde "hacer decir a la ley, lo que ella no dice".

9) En ese orden de ideas, la declaración de la menor T. D. F. prestada en Cámara Gesell, como un anticipo jurisdiccional de prueba, efectuada conforme a las normas vigentes aplicables, respetando los derechos y garantías constitucionales de las partes, y que fuera reproducida ante el tribunal de juicio, resulta un elemento de convicción válido, susceptible de ser valorado en forma conjunta con el restante material probatorio producido en el debate.

Lo que se encuentra en consonancia con el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva y a la protección integral de su persona frente a las consecuencias del delito (artículo 13 del CPPN y normas de jerarquía constitucional antes citadas).

10) Sobre la temática, se ha sostenido que corresponde tener en cuenta: "(...) Que se encuentra en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tiene una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización y que la vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Se destacan, entre otras víctimas, las menores de edad y las que padecieron delitos sexuales. (...) Que los jueces deben adoptar en esos casos las medidas que resulten adecuadas para moderar los efectos negativos del delito (victimización primaria) y también deben procurar que el daño sufrido no se vea incrementado como consecuencia del contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria); en todas las fases del procedimiento penal, deben proteger la integridad física y psicológica de la víctima (...)” (cfr. Fallos 334:725, del voto de la Dra. Highton de Nolasco).

11) En resumen, al tribunal de juicio le compete resolver el caso, a partir de la valoración de la prueba legalmente producida en el debate, y determinar si resulta suficiente para acreditar la materialidad del hecho atribuido a G. y su participación punible en el mismo, con el grado de convicción necesaria para el dictado de una sentencia de condena.

En tanto que, al Tribunal de Impugnación le correspondía efectuar el juicio sobre la motivación y razonabilidad del juzgador, en el marco de los agravios planteados por las partes.

12) Lo hasta aquí expuesto, permite concluir que el *a quo*, en exceso de la competencia apelada, suprimió prueba válidamente admitida, producida en el debate y valorada por el

tribunal de juicio; la que resultaba dirimente para la solución del presente caso.

Sobre el particular, cabe destacar que "cuando se procede a la exclusión arbitraria de una prueba esencial o decisiva, el tribunal (...) prescinde ilegítimamente en su motivación de uno de los elementos que tiene el deber de valorar, y la sentencia será nula" (Voto del Dr. Mitchell) (C.N.Cas.Pen., sala II, 11-9-96, "Attas, Alberto y otros s/Recurso"). (ABRALDES, Sandro; ob. cit. pp. 381/382).

En similar sentido, "(...) la doctrina de la Corte [Suprema de Justicia de la Nación], en este punto, incorpora al catálogo de las sentencias arbitrarias a aquellas que se dictan sin considerar constancias o pruebas disponibles que asuman la condición de decisivas o conducentes para la adecuada solución del caso, y cuya valoración puede ser significativa para alterar el resultado del pleito. Tal "prescindencia" excede el área de las meras discrepancias entre los puntos de vista de las partes y del juez (...)". (SAGÜÉS, Néstor P.; *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, Tomo 2, ed. Astrea, Bs. As., 4ª. edición, 2002, p. 258).

13) En suma, en este caso, estimo que el Tribunal de Impugnación al anular la sentencia de condena y disponer el reenvío para la realización de un nuevo juicio, se apartó de la controversia planteada por las partes y del acervo probatorio que el tribunal de juicio percibió por sí mismo en el debate (inmediación formal).

Asimismo, al tratarse de la supresión de prueba dirimente, tiene influencia directa en la revisión que el *a quo* debía efectuar de los fundamentos que el tribunal de juicio dio sobre los hechos que extrajo de los elementos de convicción (inmediación material).

En consecuencia, en el presente legajo, se verifica la arbitrariedad del pronunciamiento del Tribunal de Impugnación.

Creo así haber fundado las razones por las cuales las impugnaciones extraordinarias presentadas por el Ministerio Fiscal y la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente deben ser declaradas procedentes. Así voto.

El **Dr. OSCAR E. MASSEI** dijo: Adhiero a los fundamentos y a la solución propuesta por el señor Vocal que abre este Acuerdo.

A la **tercera cuestión**, el **Dr. ALFREDO A. ELOSU LARUMBE** dijo: Atento al modo en que resolviera la cuestión anterior, propongo al Acuerdo que se declare la nulidad de la sentencia N°. 65/2019 de fecha 3/10/2019, dictada por el Tribunal de Impugnación, como así también, la de la audiencia celebrada ante el a quo en el Legajo MPFZA N°. 25450/2018.

En consecuencia, el tratamiento de la impugnación extraordinaria local presentada por la Defensa devino abstracto.

Cabe aclarar que, si bien en dicho recurso (contra el reenvío a un nuevo juicio) se mencionó una supuesta inconstitucionalidad del artículo 247 del CPPN; este Tribunal Superior de Justicia, con distintas composiciones, ya tuvo oportunidad de expedirse ante planteos de similares características.

En los mismos, se ha efectuado un test de constitucionalidad y se ha concluido que el artículo citado resulta compatible con el bloque de constitucionalidad - artículos 18, 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- (cfr. Acuerdo N° 40/2011, "GONZÁLEZ", del 23/6/2011; R. I. N° 30/2018, "SALGADO", de fecha 20/3/2018 y R. I. N° 45/2018,

"VÁZQUEZ", del 18/4/2018, entre otros; todos del registro de la Secretaría Penal de este Tribunal Superior de Justicia).

Por último, a los fines de asegurar el derecho del imputado a la revisión amplia del fallo condenatorio, corresponde que se disponga el reenvío del legajo, para que, con otra integración del Tribunal de Impugnación y previa audiencia que se señale al efecto, se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho (artículos 98 y 247, en función del 249, del CPPN). Así voto.

El **Dr. OSCAR E. MASSEI** dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la **cuarta cuestión**, el **Dr. ALFREDO A. ELOSU LARUMBE** dijo: Corresponde eximir de la imposición de costas en esta instancia, atento a las particularidades del caso y a la solución arribada (artículo 268, segundo párrafo, última parte del CPPN). Mi voto.

El **Dr. OSCAR E. MASSEI** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo,

SE RESUELVE:

I. **DECLARAR LA ADMISIBILIDAD** de las impugnaciones extraordinarias interpuestas por el Ministerio Fiscal y la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, contra la sentencia N°. 65/2019 del Tribunal de Impugnación (Legajo MPFZA N°. 25450/2018).

II. **HACER LUGAR** a las impugnaciones de la parte acusadora y en consecuencia, **DECLARAR la nulidad** de la sentencia N°. 65/2019 dictada el 3/10/19, por el Tribunal de Impugnación, y la de la audiencia de fecha 19/9/2019, celebrada en el Legajo MPFZA N°. 25450/2018 (artículos 98 y 248 inciso 2 del CPPN).

III. **DECLARAR ABSTRACTA** la impugnación extraordinaria presentada por el Dr. Pablo Fernando Tomasini, defensor particular, a favor de L. E. G., contra la sentencia mencionada en el primer punto resolutivo.

IV. **REENVIAR** el legajo, para que con una integración distinta del Tribunal de Impugnación y previa audiencia señalada al efecto, se dicte un nuevo pronunciamiento (artículo 247, en función del artículo 249, del CPPN).

V. **SIN** costas en la instancia (artículo 268, segundo párrafo, última parte del CPPN).

VI. Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ALFREDO A. ELOSU LARUMBE - Dr. OSCAR E. MASSEI
Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario