

REGISTRO N 460

ACUERDO N° 6/2018: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los diez días del mes de octubre del año dos mil dieciocho, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), integrada por los Dres. **Alfredo A. ELOSU LARUMBE** y **Oscar E. MASSEI**, junto al señor Presidente subrogante del Cuerpo, Dr. **Evaldo D. MOYA**, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. **Andrés C. TRIEMSTRA**, para resolver en los autos caratulados: **"I. D. T. S/ ABUSO SEXUAL"** (Legajo MPFZA N°. 22478/2017).

ANTECEDENTES: I. El tribunal de juicio, mediante una sentencia dictada el día 2/5/2018, por unanimidad, declaró a D. T. I., como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual, en su modalidad básica, agravado por el vínculo (progenitor de la víctima), conforme a los artículos 45 y 119, párrafos primero y último, con su remisión al inciso b) del cuarto párrafo del Código Penal (CP), por el hecho cometido en el segmento temporal integrado por los días 10 y 11 de junio de 2017, en perjuicio de la menor A. J. I. -nacida el 30/1/2013- (cfr. ff. 1/21 vta.).

El 30/5/2018, se impuso a I., la pena de tres años de prisión de ejecución condicional y el cumplimiento de reglas de conducta por el plazo de dos años, según lo previsto en los artículos 27 bis, incisos 1 y 2, 40 y 41 del CP (cfr. ff. 22/25).

El Tribunal de Impugnación (TI) integrado, en esa oportunidad, por los magistrados Alejandro CABRAL, Florencia María MARTINI y Daniel Gustavo VARESSIO, dictó la sentencia N°. 45/2018, el día 26/7/18. Mediante la cual, hizo lugar a un recurso ordinario presentado por la Defensa Oficial y en

consecuencia, absolvió a I. por los hechos imputados (cfr. ff. 30/40).

II. Contra el pronunciamiento del TI, se interpusieron dos impugnaciones extraordinarias: una, por la Dra. Laura PIZZIPAULO, Fiscal del caso, y otra, por la Dra. Paula CASTRO LIPTAK, Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente, en calidad de querellante en los términos del artículo 65 del Código Procesal Penal de la provincia de Neuquén (CPPN).

A) El Ministerio Público Fiscal (MPF) solicitó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 241 inciso 2 del CPPN, para habilitar esta vía y encauzó su recurso por el artículo 248 inciso 3 del CPPN (cfr. ff. 44/56 y 74/94):

Reconoció que la declaración pretendida es un acto de suma gravedad institucional.

Manifestó que el precepto cuestionado, ataca las facultades de ese órgano, cercena su legitimación y afecta gravemente la tutela judicial efectiva. Que veda la revisión de la sentencia por un órgano superior y se contrapone al artículo 16 de la Constitución Nacional (CN).

Aclaró que no se trata de un pie de igualdad de las partes, sino de una equidad necesaria en resguardo de derechos y garantías constitucionales, la que solo puede materializarse a través de la revisión de la sentencia y que no parece lógico que el acusador privado tenga mayor impugnabilidad que el titular de la acción penal pública.

Refirió a que el poder del Estado, al que se aludió en el fallo "GIROLDI" de la CSJN, representado por ese Ministerio, es inocuo ante la primera condena y la absurda valoración de la prueba realizada por el TI.

Expresó que no recurrir sería permanecer inmóvil ante una decisión que vulnera derechos constitucionales (artículo 116 de la CN).

Estimó que el legislador estableció una limitación para evitar un dispendio jurisdiccional cuando no se justifique la persecución penal, si *ab initio* se considera una pena inferior a tres años de prisión. Y para centrar los esfuerzos en los casos que lo ameriten por su gravedad o trascendencia social.

Indicó que, en este legajo, la Fiscalía requirió una pena superior a los tres años de prisión, en razón de los fundamentos de la elevación a juicio. En los alegatos de clausura, solicitó que se condene a I. como autor del delito de abuso sexual agravado por el vínculo (artículos 45, 119, primer y tercer párrafo, inciso b) del cuarto párrafo, del CP). Esa calificación fue modificada en la sentencia de responsabilidad, lo que alteró la pena pretendida por esa parte.

Luego, ese Ministerio, la querrela y la Defensa hicieron un acuerdo parcial. Dijo que, en la audiencia de cesura, se consensuó una pena "inferior" a los tres años de prisión. Que el tribunal de juicio impuso a I. la pena de tres años de prisión de ejecución condicional y reglas de conducta (cfr. ff. 44, 74, 81 y 88).

Expuso como motivos de agravio que existe un déficit en las explicaciones del *a quo*.

Adujo que se concluyó en la absolución mediante una arbitrariedad y apreciación absurda de las pruebas producidas en el juicio, en el cual, el TI no estuvo presente por lo que no se respetó el principio de inmediación.

Cuestionó que se reelaboró una sentencia de juicio, lo que está vedado. Que la decisión fue dictada

excediendo la competencia propia del recurso, siendo su justificación aparente y que se funda en prueba inexistente.

Aseveró que sin conocimiento de la prueba ni de los antecedentes del juicio, se formularon críticas y afirmaciones que no guardan relación con los mismos.

Mencionó que el TI le restó credibilidad al testimonio de la menor víctima refiriendo que existen contradicciones que no fueron explicadas por la licenciada ZUCCARINO y que la niña omitió mencionar la coordenada temporal de los hechos. Que se sostuvo que el tribunal de juicio no tuvo en cuenta el testimonio del Dr. MACHACA, tergiversando lo manifestado por ese testigo en el debate; lo que el TI desconoce por no haber presenciado el mismo y no haber sido prueba en la audiencia correspondiente.

Que el TI analizó parcialmente la prueba, se centró en examinar la labor de la psicóloga ZUCCARINO y afirmó que, con el testimonio de la menor, era la única prueba que ese Ministerio tuvo al presentar el caso.

Que en la decisión recurrida se citó jurisprudencia extranjera pasando por alto la local, en referencia al caso "TORRES" de este TSJ.

Que la función del *a quo* consiste en verificar que la valoración probatoria efectuada en la sentencia no haya sido arbitraria.

Que no se comparta la valoración realizada no la torna necesariamente arbitraria o absurda, salvo que se haya producido una alteración de la prueba, tergiversando su contenido, al punto de modificarla o suplirla con información irreal, "hacerles decir" lo que las pruebas no dicen, lo que ocurrió en este caso.

Que el *a quo* omitió valorar la prueba en forma armónica e integral.

Hizo referencia a las distintas consideraciones expuestas, en torno a la valoración de los elementos probatorios, por parte del tribunal de juicio y del *a quo* (cfr. ff. 91 vta./92 vta. y 93 vta.).

Agregó que, parece que los jueces -del TI- exigen a la víctima de cuatro años de edad, datos que son irrelevantes comparados con lo que la misma expresó sobre lo sucedido. Que la licenciada ZUCCARINO explicó que es esperable de un niño preescolar que sus declaraciones sean escuetas o acotadas.

Recordó el valor del testimonio de la víctima en delitos contra la integridad sexual, como así también, que si bien lo expresado por la profesional no es vinculante, no sería conveniente apartarse de ello, sin un motivo claro.

Que la total exclusión del valor probatorio de la declaración de la niña, a partir del ataque a la licenciada ZUCCARINO, viola elementales reglas sobre la ponderación de los testimonios.

Sostuvo que las referencias doctrinarias expuestas para sostener la solución absolutoria son meras afirmaciones dogmáticas sin sustento fáctico en los elementos del caso concreto.

Concluyó que el pronunciamiento impugnado es arbitrario, al no haberse ponderado todas las pruebas trascendentes para resolver el caso. Que no se evaluaron los dichos de la menor a la luz de las demás pruebas producidas, conforme a las reglas de la sana crítica.

También, que resulta absurdo desde que ha existido una fractura en el razonamiento lógico y que se soslayó jurisprudencia de este TSJ respecto a la valoración del testimonio de la experta.

Estimó que una valoración de la prueba fundamental de manera armónica e integral podría haber modificado la solución dada.

Citó doctrina y jurisprudencia.

Solicitó que se habilite esta vía, se revoque la decisión cuestionada y se confirme la sentencia condenatoria.

Hizo reserva del caso federal.

B) Recurso de la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente [DDNA] (cfr. ff. 60/69):

La querellante encauzó la impugnación extraordinaria por el artículo 248 inciso 2 del CPPN, bajo el supuesto de arbitrariedad de sentencias.

Adujo que la decisión cuestionada afecta el interés superior de la niña víctima (de cuatro años de edad), dado que sin fundamentación se cercenan los derechos de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, de jerarquía constitucional (artículos 18, 31 y 75, incisos 22 y 23, de la CN; 8, 8.1 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 2 y 3 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN); de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Opinión consultiva N°. 9, 17; la Observación General N°. 5, párrafo 12, y N°. 14; las "100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad", adoptada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana y adherida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) por Acordada N°. 5/2009; y los artículos 14 inciso 3 de la ley N°. 48; 47 y 58 de la Constitución de la provincia de Neuquén; 4 de la ley N°. 2302; 13 y 61 del CPPN).

Expuso como agravios:

a) Que el TI se extralimitó en su función, reeditó el juicio de manera arbitraria y absurda, a pesar de carecer de la intermediación propia del mismo.

Cuestionó que el *a quo* construyó una sentencia en una hipótesis distinta a la del debate y se alejó de forma irrazonable de la prueba valorada por el tribunal de juicio.

Sostuvo que el no compartir la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de juicio, no habilita a la revocación de la sentencia. Dado que, en dicha valoración no se advierte que se haya producido una alteración de las pruebas ni que se haya tergiversado el contenido de las mismas.

Entendió que el tribunal de juicio valoró los elementos probatorios de manera integral, conforme a la naturaleza del delito (contra la integridad sexual), en el cual no hay testigos directos, más allá de la víctima (de cuatro años) y el acusado. Así, se señaló que la prueba basal fue el testimonio de la víctima con la validación efectuada por la psicóloga ZUCCARINO.

Indicó que el TI se apartó de ello, no valoró la edad de la niña víctima ni la naturaleza del delito y, que recurrió a otros testimonios y elementos.

Criticó que el *a quo* sostuviera que el testimonio de la niña no debe ser valorado porque existe una deficitaria validación diagnóstica y que la licenciada ZUCCARINO no explicó los criterios científicos ni la metodología utilizados, tampoco las razones que la llevaron a entender que el relato de la menor es creíble.

Aclaró que la Defensa, previo a la impugnación ordinaria, no hizo ninguna observación respecto de la experticia de la licenciada ZUCCARINO ni aportó prueba técnica que menoscabe su validación.

Afirmó que los criterios técnicos utilizados por la psicóloga (del Gabinete de Psiquiatría y Psicología Forense de este poder judicial) constituyen un sostén teórico, siendo orientativo en el ámbito forense. Y que esa actividad no puede reemplazar la función del juzgador, quien es el que valora el alcance y veracidad de la declaración de la menor, conforme a la sana crítica y en razón de la inmediación del juicio.

b) Que el TI omitió valorar el interés superior de la niña, víctima de un delito contra la integridad sexual, por parte de su progenitor.

Manifestó que el interés superior del niño (ISN) es entendido como:

- un concepto cuyo objetivo es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la CDN y por la ley N°. 2302;

- un derecho sustantivo, que debe ser evaluado al sopesar distintos intereses para tomar una decisión que afecte a un/a niño/a;

- un principio jurídico interpretativo fundamental, en virtud del cual si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más integral el mejor interés del menor; y

- una norma de procedimiento, dado que siempre que se tome una decisión que afecte a un niño en concreto, se deberá efectuar una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el menor y debe quedar reflejado que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho.

Agregó que la aplicación de la Convención de los derechos del niño, conforme al artículo 75 inciso 22 de la CN, se realiza en las condiciones de su vigencia, lo que

significa que los jueces deberán efectivamente valorar ese interés superior.

Destacó que los niños son un grupo vulnerable y merecen una protección especial por parte de los órganos estatales a fin de garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia sin discriminación alguna.

Expresó que la víctima merece que el Estado (poder judicial) cumpla con su obligación de remover toda barrera que impida la plena valoración del hecho contra su integridad sexual.

Que en este caso, mediante arbitrariedad y absurdidad se desvirtúa el testimonio de la menor imposibilitando su acceso a la tutela judicial de manera efectiva.

Que no es cierto que la niña *"primero señalara a 'Pepe' -su padre- como la persona que le toca la colita para más adelante declarar exactamente lo contrario"* como lo indicara la Defensa (cfr. f. 65).

Aclaró que, como consta en la Cámara Gesell (CG), la niña A. denomina "colita a su vagina" (cfr. f. 65).

Que en el juicio se probó que la menor presenta "himen anular engrosado" compatible con abuso sexual infantil, como atestiguara la Dra. Daniela TRIFILIO.

Entendió que no hay contradicción en el relato a la niña, quien siempre indicó a su padre como autor del tocamiento en su "colita, *'mi papá solamente me tocó la cola.. yo sentí que me tocó la cola, me tocó cuando dormimos.. me sentí mal porque él me tocó la cola y me sentía mal.. estaba bien pero me sentía mal en mi colita.. mi papá me pone el dedo en mi colita'* (TEXTUAL Cámara Gesell)" (cfr. f. 65 vta., resaltado -el relato de la menor- con negrita en el original).

Que nunca declaró lo contrario sino que la niña refirió que "en el momento de hacer la cámara gesell su papá no le tocaba la colita -ahí-" (minuto 12 de la CG) lo que es muy distinto a sostener que la menor haya dicho que el hecho no ocurrió como sostuvo la Defensa (cfr. f. 65 vta., subrayado en el original).

Que la psicóloga, que entrevistó a la menor en la CG, explicó que la niña estaba agotada en razón de su edad: "'quiero enfatizar que es esperable que un niño preescolar sea escueto y acotado'... la niña 'ratifica, sostiene lo que dijo en los primeros doce (12) minutos de [la] Cámara Gesell'[,] luego no quiere hablar más, quiere jugar[,] empieza a mostrarse cansada y demanda los juegos[:] 'jugamos la otra vez -en referencia a la audiencia preliminar de cámara gesell'" (cfr. f. 65 vta., resaltado parcial con negrita en el original).

Que la psicóloga indicó que el relato no fue inducido por un tercero porque hay un correlato emocional y gestual, una afectación clara, que la menor sigue ratificando cuando se le hacen recapitulaciones. Que en la valoración integral no hay contradicciones fundamentales, es consistente. Que la licenciada ZUCCARINO concluyó que la niña utilizó el tiempo pasado desde el presente.

Cuestionó que todo ello, no fue valorado por el TI. En tal sentido, no se valoraron las competencias testimoniales de la niña en razón de su edad y madurez como lo explicó la profesional.

Que la resolución del TI no logra visualizar los derechos de la niña víctima, de jerarquía constitucional, causándole un gravamen irreparable. Es decir que, se ha vulnerado el interés superior de la niña A. y la especial

protección reconocida como un deber de prestación positiva del Estado.

Citó doctrina y jurisprudencia.

Solicitó que se disponga la admisibilidad del recurso intentado, se revoque el pronunciamiento del TI, como así también, que se confirmen las sentencias de responsabilidad y de imposición de pena.

Hizo reserva del caso federal.

III. Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 245 y 249 del CPPN, se convocó a una audiencia oral y pública en la que las partes produjeron sus respectivas argumentaciones (cfr. registro audiovisual y acta de audiencia de fecha 6/9/2018).

En primer término, hizo uso de la palabra por el MPF, el Dr. Maximiliano BREIDE OBEID, quien argumentó sobre la admisibilidad formal del recurso. Dijo que hay una cuestión previa, la legitimación de ese Ministerio frente a un caso donde hay una condena de tres años de prisión, en el límite del artículo 241 inciso 2 del CPPN. Aclaró que, si bien en el escrito se plantea la inconstitucionalidad de este límite, no se va a expresar en esos términos, sino a interpretar -en lo que respecta a ese artículo- qué significa requerir. Sostuvo que la acción de requerir se plasma al momento del control de la acusación. Que en esa oportunidad, se requirió una pena superior a los tres años de prisión. En el devenir del juicio, el tribunal mutó la calificación de abuso sexual con acceso carnal a abuso sexual simple agravado por el vínculo. Lo que implicó, que después de esa declaración de responsabilidad, hubo un acuerdo entre la Defensoría y Fiscalía en el monto de pena a aplicar, que fue finalmente de tres años. Entendió que no se aplica el límite del artículo 241 inciso 2 del CPPN, en este caso particular.

La idea del legislador de vedar la posibilidad recursiva del MPF, está dispuesta para no llevar aquellos casos que tienen menos contenido de pena o más insignificante a este tipo de recurso excepcional. Pero que también es excepcional, cuando un TI dicta una resolución arbitraria y sorpresiva para las partes. En cuanto a los motivos de agravio, manifestó que se encuadra en el artículo 248 inciso 2 por la doctrina de la arbitrariedad de sentencia y el inciso 3, en el sentido que contradice jurisprudencia de este TSJ. En lo restante, amplió lo expuesto en el escrito recursivo.

Luego, hizo uso de la palabra la Dra. Paula CASTRO LIPTAK, Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente, quien confirmó su presentación recursiva y amplió su argumentación.

Ambos acusadores solicitaron que se revoque el pronunciamiento impugnado y que se confirme la sentencia del tribunal de juicio.

Por último, se cedió la palabra a la Defensa (artículo 85, segundo párrafo, *in fine*, del CPPN). El Dr. CANCELA sostuvo que ninguno de los dos recursos puede trasponer el límite de la admisibilidad. Respecto al de la Fiscalía, dijo que el Dr. BREIDE OBEID ha cambiado los motivos del escrito y que agrega el del requerimiento. Afirmó que el requerimiento no es solamente cuando se va a hacer el control de acusación, que si no habría requerimiento en el juicio, no podría dictarse sentencia. Se refirió al planteo de la inconstitucionalidad porque está en el recurso. Que la Fiscalía ilustra que la CSJN sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional, trató de explicar por qué y lo hace a partir del artículo 16 de la CN, que estaría afectada la igualdad y

trae a colación el fallo "GIROLDI". Que esa Defensa supone que quiso decir pero, en realidad, el fallo citado se trata de un recurso de la defensa y no tiene relación con este caso. La Defensa, también, aludió al caso "JAUREGUI". Agregó que con esa declaración sería la única manera de sortear el obstáculo del artículo 241 inciso 2 del CPPN. Aclaró que la Fiscalía y la Defensoría acordaron una pena de 3 años. Que en "ARCE" de la CSJN, se establece que los recursos tienen anclaje en los tratados internacionales de derechos humanos (PIDCP, CADH), que están relacionados a las personas, no a los Estados. El fiscal tiene anclaje solo en los preceptos legales, por eso, el legislador puede establecer un límite a su faz recursiva sin que signifique ningún tipo de inconstitucionalidad. Que también lo sostuvo esta Sala, en el Acuerdo N°. 2/2018 "GONZALEZ PANUTTI". Que tampoco se puede admitir el recurso de la Defensora de los Derechos del Niño. Que ésta cuando habla de la admisibilidad, dijo que por el artículo 248 inciso 2, arbitrariedad de sentencia, porque se han conculcado los derechos de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. Hizo notar que las cuestiones de hecho y prueba no son federales y que no basta con decir arbitrariedad y tutela judicial efectiva, porque parece que no se afectaron hasta que fue condenado y que cuando se modificó se alude a que se vulneran los derechos. La tutela judicial efectiva significa que se puedan ejercitar los propios derechos e intereses (acceso a la jurisdicción, debido proceso, posibilidad de peticionar, ofrecer prueba, obtener sentencia, un recurso), es lo que están haciendo. También se dijo que la disconformidad no es arbitrariedad y ninguno de los acusadores acreditó la misma. Dijo que el tribunal de juicio condena a I. con la declaración de la nena y el aval de la licenciada ZUCCARINO, por abuso sexual simple

agravado por el vínculo. Cuando van a la cesura, le proponen un arreglo de tres años de prisión en suspenso, lo que acepta, pero se advierte que dejen constancia que iban a apelar la responsabilidad. Si quieren introducir la inconstitucionalidad es tardía porque ahí se enteraron que iba a apelar y nadie puede alegar su propia torpeza. Procedió a refutar lo argumentado por los recurrentes. Que la Fiscalía dijo que se hizo un juicio sobre el juicio, consideró que eso es falso. Que el TI tiene que verificar si es arbitraria o absurda la valoración de la prueba, exactamente lo que ocurrió. Que se dijo que se ha fundado en prueba inexistente, se preguntó cuál fue esa prueba. Que hablaron de que se basaron en doctrina extranjera, soslayando "TORRES" del TSJ, que no es cierto. Que sí habla de la teoría del Dr. SCHIAVO, que es de la Corte Suprema de Justicia de EEUU, el tribunal de juicio, cuando somete a ese test a la Dra. TRIFILIO. Lo que dijo el TI fue que si se hubiese sometido al mismo test a la licenciada ZUCCARINO, no hubiese pasado. La querellante dijo que se le exige rigor científico y la Defensa contestó que se tiene que dar fundamentos. Que no se altera prueba. La Defensora del Niño dijo, primero, el tribunal se basó en el testimonio de la niña. Efectivamente, no hay otro. Se aparta y no valora. El tribunal, sí valora, dice que esta niña se contradice y que no había un parámetro objetivo para declarar que estaba en condiciones, que la licenciada dijo que hay que tener en cuenta la edad, la coordenada temporal. La Defensa manifestó que hay un protocolo del poder judicial para este tipo de casos, que son niñas preescolares, se menciona: desarrollo cognitivo, atención, capacidad lingüística, expresión explícita gestual, etc., a evaluar y que nunca se hizo. Está claro en la sentencia del TI, la licenciada no sabe cómo explicar, dice en general el relato fue coherente.

Y esto es en particular, tiene que haber una coherencia interna y después sí, adunarlos con las cuestiones externas para ser un testimonio creíble. Que no es cierto que no tuvieron en cuenta el caso "TORRES" de este TSJ. Aquí, hubo una niña que se contradijo, una validez de ese testimonio que no se puede justificar, una ausencia de médico y una omisión de esas construcciones periféricas, por eso el tribunal dice: no aplicamos el caso "TORRES", porque no se puede aplicar. Que la Defensora del Niño dijo que se ha tergiversado el contenido de la prueba, al punto de modificarla o suplir con información irreal. Esto no es cierto. Que para defender el interés superior del niño, hay que preparar bien el caso, presentar pruebas y que dicho interés, no es condenar. Que no hay arbitrariedad, tampoco la han demostrado. Hay una orfandad probatoria y un déficit tan alarmante que se llega a la absolución. Que lo correcto y ajustado a derecho queda comprendido en lo que sostuvo el TI. Propuso nuevamente la absolución. Hizo reserva del caso federal.

Pasados los titulares de la Sala Penal a deliberar en sesión secreta, se constató la ausencia de opiniones plenamente coincidentes en algunos de los temas a decidir, por lo cual se convocó al señor Presidente subrogante del Cuerpo, Dr. Evaldo D. MOYA; quien previo a terciar en el asunto tuvo acceso pleno al contenido de las audiencias y a las demás constancias del legajo (artículo 4, primer párrafo, segunda oración, del Reglamento de División en Salas del Tribunal Superior de Justicia, Acuerdo N°. 4464, punto XIII, modificado por Acuerdos N°. 4473, punto XXV y 5038, punto 6).

IV. Llevado a cabo el sorteo pertinente, resultó que, en la votación, debía observarse el siguiente orden: Dr.

Oscar E. MASSEI, Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE y Dr. Evaldo D. MOYA.

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

CUESTIONES: 1º.) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2º.) En el supuesto afirmativo, ¿resulta procedente la misma?; 3º.) En su caso, ¿qué solución corresponde adoptar? y 4º.) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión**, el Dr. **Oscar E. MASSEI** dijo:

1) Los escritos fueron presentados en término, contra una decisión impugnada, conforme a los artículos 227, 233, 237 y 242, primer párrafo, en función del 249 del CPPN).

En relación al plazo legal, se hace constar que este TSJ dispuso, oportunamente, la suspensión de términos y actividades para los organismos de la III Circunscripción judicial, para los días 25, 26 y 27 de julio de 2018, por lo que las dos presentaciones recursivas son tempestivas (cfr. www.jusneuquen.gov.ar, ff. 30/40, 41, 43, 44/56, 57, 60/69, 70 y 74/94).

2) En lo atinente a la legitimación subjetiva para recurrir la sentencia absolutoria dictada por el TI, cabe distinguir entre los aquí impugnantes:

A.1) El Ministerio Fiscal solo tiene legitimación subjetiva para recurrir una sentencia absolutoria "(...) si hubiere requerido una pena superior a los tres (3) años de privación de libertad (...)", conforme a lo previsto en el segundo inciso del artículo 241 del CPPN.

En este caso, el tribunal de juicio aclaró que, en la audiencia de cesura, las partes "decidieron no ofrecer prueba, a la vez que efectuaron ante el Tribunal la propuesta (que formularon tras previo acuerdo) de que D. T. I. sea

condenado a la pena de 3 (tres) años de prisión de ejecución condicional y a (...) reglas de conducta por el plazo de 2 (dos) años (...)” (cfr. f. 22 vta.).

Ello, fue reconocido por las partes intervinientes en la audiencia ante esta Sala (cfr. registro audiovisual y acta de audiencia del 6/9/2018).

A.2) En ese escenario, el Ministerio Fiscal planteó la inconstitucionalidad del artículo 241 inciso 2 del rito local, en el libelo recursivo.

Sin embargo, en la audiencia celebrada con motivo de esta impugnación extraordinaria, el Dr. BREIDE OBEID manifestó que, si bien se hizo ese planteo en el escrito, no se va a expresar en esos términos, sino sobre la interpretación del término “requerir” (cfr. registro audiovisual y acta de audiencia del 6/9/2018).

A.3) Sobre el particular, se aclara que esta Sala Penal comparte la doctrina consolidada de la CSJN, según la cual, “la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye un acto de suma gravedad, siendo una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, y que debe ser considerada como *última ratio* del orden jurídico (MONGES Analía M. C/ U.B.A. resol 2314/1.995, 19.96-12-26, Fallos 319-0, ED17-07-1.997, N°48.038, LL14-05-1.997, N°95.362), y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos 311:394; 312:122; 322:842) o bien cuando se trate de una objeción constitucional palmaria (Fallos 14:425; 105:22; 112:63; 182:317; 200:180, entre otros), de tal manera que no debe recurrirse a ello sino cuando una estricta necesidad lo requiera (Fallo 260:153). Ello así, en la medida que es deber de la Corte agotar todas

las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad. Sabido es que la misma es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley, con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable (CSJN L.486 XXXVI "LLERENA, Horacio Luis s/ Abuso de armas y lesiones Art. 104 y 89 del CP- causa 3221" rta. el 17/5/2005).

En el presente caso, las partes reconocen el carácter excepcional de la pretendida declaración de inconstitucionalidad.

Además, el acusador público hizo uso de su facultad de desistir de esa pretensión en la audiencia ante esta Sala (artículo 245, segundo párrafo, última parte, en función del 249 del CPPN). Siendo ello así, conforme al principio dispositivo, el tratamiento de ese planteo deviene abstracto.

A.4) Ahora bien, el Ministerio Público propuso una interpretación de la expresión "requerir una pena superior" que -a su parecer- haría posible, en este legajo, sortear la limitación del artículo 241 inciso 2 del CPPN.

El acusador público sostuvo que, a los fines de ese precepto, el requerimiento de pena a considerar es el que se efectúa en la audiencia del control de la acusación (artículos 168 y 169 del CPPN) y que, en esa oportunidad, requirió una pena superior a los tres años de prisión.

Aquí resulta conveniente hacer algunas distinciones, ya que se considera que el requerimiento de pena a tener en cuenta a los fines del artículo 241 inciso 2

del rito local, varía según cuál sea la solución a la que arribe el tribunal de juicio (absolución o condena).

En aquellos casos en que, tras el debate, el tribunal de juicio dicta una absolución, no se accede a la fase de cesura y por ende, no se celebra la audiencia correspondiente. En esa situación, la parte acusadora no tiene la posibilidad de formular su requerimiento de pena ante los magistrados del juicio, por ende, la pretensión punitiva que lo habilitará o no para impugnar el fallo absolutorio será la que se formalizó en la audiencia del control de acusación, esto es, la última oportunidad posible que tuvieron de formular un requerimiento punitivo.

En un escenario distinto, esto es, que los magistrados del juicio declaren la responsabilidad penal del imputado, se habilita la segunda fase del juicio. A la misma, las partes acceden con el conocimiento de las circunstancias del hecho tenidas por acreditadas, la calificación legal y el grado de participación determinados en el fallo. Entonces, en la audiencia de la cesura, la parte acusadora tiene que hacer un requerimiento de pena concreto, dentro de la escala penal prevista para el delito por el que fue declarado responsable el imputado y la asistencia técnica hará los planteos que estime pertinentes. Trabada la controversia, la pena pretendida por la acusación será el límite punitivo a los fines de la individualización de la pena por parte de los jueces (artículos 85, tercer párrafo y 196, segundo párrafo, del CPPN). En este supuesto, el requerimiento de pena efectuado en esa audiencia de cesura será el que determinará la suerte de la legitimación subjetiva de la parte acusadora.

En este caso, la primera fase del juicio concluyó con la declaración de responsabilidad de I.. A partir de las circunstancias del hecho tenidas como debidamente

acreditadas, el tribunal de juicio determinó una calificación legal distinta a la propuesta por la acusación (más favorable al imputado). Se condenó al nombrado como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual, en su modalidad básica, agravado por el vínculo, conforme a los artículos 45 y 119, párrafos primero y último, con su remisión al inciso b) del cuarto párrafo del CP (cfr. ff. 1/21 vta.).

En la audiencia de cesura, los acusadores tuvieron la posibilidad de ejercitar su facultad de requerir una pena acorde a la calificación dada en la sentencia, dentro de una escala penal de tres a diez años de reclusión o prisión, conforme a los artículos antes citados.

Esto implica que el Ministerio Fiscal pudo haber requerido la aplicación de una pena privativa de la libertad superior a los tres años. Sin embargo, no ejerció esa facultad y en su lugar, optó por acordar una pena de tres años de prisión de ejecución condicional (cfr. ff. 22/25).

Y con ese proceder, el acusador público consintió colocarse fuera del límite objetivo previsto por el artículo 241 inciso 2 del CPPN.

Con posterioridad, ante el recurso ordinario presentado por la Defensa contra la declaración de responsabilidad, el TI resolvió dejar sin efecto la misma y dictar la absolución de I..

En ese contexto, el Ministerio Fiscal carece de legitimación subjetiva para recurrir esa sentencia absolutoria, siendo ello, un efecto de su propio acto.

En consecuencia, ante la ausencia de uno de los requisitos necesarios para la apertura de esta instancia, corresponde declarar la inadmisibilidad de la vía extraordinaria local, intentada por el acusador público (artículos 241, inciso 2, *a contrario sensu*, y 249 del CPPN).

B) En cuanto a la legitimación subjetiva de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, en su carácter de querellante, el artículo 240 del rito local le reconoce la facultad para impugnar una sentencia absolutoria, sin ningún tipo de restricción asociada al monto de la pena pretendida (artículo 240 del CPPN).

3) A partir de este punto, las consideraciones siguientes se limitarán al recurso de la parte querellante.

Aclarado ello, el remedio intentado resulta autosuficiente porque de su lectura se hace posible conocer cómo se configuran -a juicio de la recurrente- los motivos de impugnación extraordinaria aducidos y la solución final que propone.

4) En lo atinente al carril utilizado por la querrela (artículo 248 inciso 2 del CPPN), en primer lugar, cabe recordar que las cuestiones de hecho y prueba son ajenas a la instancia extraordinaria federal, sin embargo, tal principio cede ante un caso de arbitrariedad de sentencia.

Y si bien, este último supuesto se trata de una excepción, se tiene en cuenta que el agravio de la recurrente se originó en la decisión del *a quo*. También, que la cuestión gira en torno a un presunto exceso por parte del Tribunal de Impugnación, en el ejercicio de su función de contralor de las decisiones del tribunal de juicio, que afectaría el principio de inmediación y el interés superior de la menor.

En ese marco, estimo que corresponde la apertura de esta instancia. Ello, claro está, sin que implique abrir juicio sobre el fondo del asunto, lo que resulta materia de análisis en la siguiente cuestión.

5) Por lo expuesto, estimo que corresponde declarar, primero, la inadmisibilidad de la vía intentada por el Ministerio Fiscal y, segundo, la admisibilidad de la

impugnación extraordinaria deducida por la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente. Tal es mi voto.

El Dr. **Alfredo A. ELOSU LARUMBE** dijo: Respetuosamente, dejo planteada mi disidencia en torno a esta primera cuestión, con los alcances que a continuación expongo.

Tal como se desprende de los antecedentes que enuncia este Acuerdo, **el Tribunal de Impugnación revocó la sentencia condenatoria** dictada sobre el imputado D. T. I. y, sin reenvío, **dispuso su absolución de culpa y cargo** (conf. artículo 246, último párrafo del CPPN).

Contra ese pronunciamiento las partes acusadoras -Fiscal y Querella- interpusieron el control extraordinario establecido en el artículo 248 del CPPN, motivador del presente decisorio.

Ahora bien: la particularidad que presenta una situación semejante, en donde la absolución dada durante la instancia de apelación priva de todo efecto la condena del tribunal de grado, me lleva a un replanteamiento en torno al modo en que debe garantizarse el derecho al recuso de las partes que se agravan por ello.

En tal sentido, desde antiguo nuestro Máximo Tribunal Nacional viene señalando que "(...) *la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional ampara a toda persona a quien la ley le reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, sea que actúe como querellante o acusado, actor o demandado, pues no se justifica un tratamiento distinto a quien postula el reconocimiento de un derecho, así fuere el de obtener la imposición de una pena y quien se opone a ello*" (CSJN, Fallos 268:266, el destacado es propio).

Remarcaba en la cita previa un requisito esencial: el reconocimiento normativo para impugnar (legitimación), pues también la Corte afirmó la constitucionalidad de ciertas limitaciones recursivas dirigidas a las partes acusadoras (cfr. CSJN, Fallos 320:2145, "ARCE", y 324:3269, "MAINHARD").

En el marco de esta asimetría en materia de recursos, y más precisamente en el tópico de la sentencia absolutoria, el código procesal penal de Neuquén establece una diversa facultad para impugnar, según se trate del Ministerio Público Fiscal o de la querella (conf. artículos 240 y 241 del CPPN).

En efecto: partiendo de dos causales recursivas comunes y taxativas, como ser la arbitrariedad de la sentencia o la absurda apreciación de las pruebas recibidas en el juicio (artículo 237 CPPN), la querella no tiene ninguna cláusula que la limite en este plano, mientras que el Fiscal sólo puede deducir su apelación "(...) *si hubiere requerido una pena superior a los tres años de privación de libertad*" (artículo 241 del CPPN).

Así entonces, a la luz de la pretensión Fiscal que obra en el caso que aquí se analiza (no superadora de los tres años de prisión) el Ministerio Público Fiscal carece de recurso contra la absolución dictada, tal como lo expresa en sus fundamentos el voto que abre este Acuerdo.

Consecuentemente, a dichos argumentos adscribo plenamente.

El problema -y aquí el motivo de mi disidencia parcial- se origina con el planteo recursivo de la querella, pues ésta llega a la máxima instancia provincial a través de un recurso de excepción, en donde los recaudos de

admisibilidad se tornan mucho más rigurosos que los que rodean a una impugnación ordinaria.

Esta situación no es menor, ya que la vía extraordinaria local no es un medio eficaz para la reexaminación de un primer fallo, ya sea de condena o de absolución. Por el contrario, es el Tribunal de Impugnación quien tiene asignada dicha competencia (artículo 33, inciso 1 del CPPN).

Considero entonces, a partir de un estudio más profundo de la cuestión, que en estos excepcionales casos, donde el órgano de Alzada, tras actuar con competencia positiva arriba a una primera sentencia de condena o absolución, debe propenderse a un procedimiento recursivo ante ese mismo órgano (con una integración diferente) de modo tal que puedan realizarse plenamente los derechos de las partes legitimadas.

Ello no resultaría algo novedoso ya que ha sido dispuesto por nuestro Máximo Tribunal Nacional en otros casos de cierta analogía al presente, en aras a lograr mecanismos apropiados para garantizar el acceso a un recurso sencillo y eficaz (vgr. CSJN, Fallos "DUARTE, Felicia s/ Recurso de Casación, D. 428.XLVIII y "CHAMBLA, Nicolás y otros s/ Homicidio", C. 416.XLVIII).

No desconozco que los fallos precedentemente invocados se vinculan con la garantía que hace a la protección del derecho convencional a impugnar la sentencia de condena (artículos 8.2.h. de la CADH y 75 inciso 22 de la CN). Sin embargo, nada impediría instrumentar ese mismo sistema de control para estas otras situaciones en pos de optimizar los derechos de todas las partes legitimadas.

Debo ser bien claro en este punto: la postura que propongo no implica reconocerle aquí a la querellante

institucional el derecho a la doble conformidad judicial, pues en mi concepto eso se traduce en una garantía que ha sido consagrada de modo exclusivo en beneficio del imputado. Lo que digo, es que una vez reconocida la legitimidad de ese derecho por parte del legislador hacia alguno de los litigantes -cualquiera fuere-, tal prerrogativa no puede quedar acotada a un procedimiento de marcada estrechez que lo pueda tornar ilusorio, pues de lo contrario se alteraría el derecho que puntualmente se consagró a su favor.

En vista de lo expuesto, propongo al Acuerdo que se remitan estas actuaciones al Tribunal de Impugnación para que, con otra integración, analice la corrección jurídica de la sentencia absolutoria dictada sobre D. T. I.; quedando preservado este Cuerpo como instancia apelada sólo para un eventual recurso que pudiere presentarse luego, el cual quedará sujeto a las taxativas hipótesis de procedencia previstas en el artículo 248 del código adjetivo. Mi voto.

El Dr. **Evaldo D. MOYA** dijo: El temperamento procesal que propone el Dr. ELOSU LARUMBE en torno al trámite que debe imprimirse al recurso de la querrela institucional - que es donde se centra la única discrepancia que aquí debo dirimir- implica en los hechos una declaración de incompetencia de esta Sala Penal a favor del Tribunal de Impugnación.

Respetuosamente, no comparto dicha posición en tanto además de la dispersión que ello implicaría, generaría una nueva apelación ordinaria fuera de las condiciones legalmente establecidas, alterando así el principio general en esta materia (conf. artículo 227 del CPPN).

Si bien es loable la intención de dotar a la parte legitimada de las más altas garantías en materia de impugnación, evitando que ello se frustre por el rigor formal

que anida en torno al estudio de la admisibilidad de recursos extraordinarios articulados ante los superiores tribunales de provincia, ello resultaría aquí sólo en apariencia, ya que las dos únicas hipótesis de procedencia del artículo 237 del CPPN (sobre las que puede versar exclusivamente la impugnación ordinaria de la parte acusadora) se traducen en dos sub-motivos que igualmente están contenidos en la vía excepcional ante esta instancia (conf. artículo 248 inciso 2 del CPPN).

Aclarado ello, considero que el escrito presentado por la Dra. Paula CASTRO LIPTAK ha sorteado los recaudos que hacen a su progresión formal en esta instancia. Consecuentemente, adhiero a los fundamentos y solución del señor Vocal, Dr. Oscar E. MASSEI, a esta primera cuestión. Mi voto.

A la **segunda cuestión**, el Dr. **Oscar E. MASSEI** dijo que: Luego de analizado el recurso de la querellante, el pronunciamiento cuestionado así como las demás constancias del legajo, propongo al Acuerdo que la impugnación extraordinaria de la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente sea declarada **procedente**.

1) En primer lugar, respecto a las facultades del Tribunal de Impugnación se sostuvo que debe: a) comprobar que los magistrados del juicio hubieran dispuesto de la correcta actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que la prueba se hubiese incorporado bajo la vigencia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad ("*juicio sobre la prueba*"); b) comprobar la existencia de elementos probatorios con suficiente consistencia para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia ("*juicio sobre la suficiencia de la prueba*"); y c) verificar que el tribunal de juicio haya

cumplido con el deber de motivación, es decir, que se haya concretado de manera real el fundamento de la convicción del juzgador y que este convencimiento se base en parámetros lógicos y razonables ("juicio sobre la motivación y su razonabilidad"), labor que también se extiende a una función valorativa de pruebas no comprometidas con la inmediación pero que se desarrolla, en este último tipo de pruebas, bajo el control de la racionalidad de las inferencias realizadas, censurándose las fundamentaciones ilógicas o irracionales, absurdas y, en definitiva, arbitrarias.

De esta forma, el tribunal revisor al controlar la motivación fáctica y jurídica de la sentencia, actúa verdaderamente como tribunal de legitimación de la decisión adoptada por los sentenciantes, en cuanto verifica la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas por los mismos, confirmándolas o rechazándolas.

2) 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.

Respecto a la inmediación, se sostuvo que consiste en "(...) la actuación conjunta y el contacto personal, directo y permanente durante el juicio, del tribunal, las partes y defensores entre sí, y con el imputado y los órganos, fuentes y medios de prueba; es decir, entre los portavoces de los intereses en juego, los elementos que van a dar base a la sentencia, y quien debe dictarla decidiendo sobre aquéllos intereses y en base a éstos

elementos. Este carácter se entiende imprescindible para que la solución del caso sea equitativa." (CAFFERATA NORES, José I.; *Proceso penal y derechos humanos*, Ed. Del Puerto, C.A.B.A. 2° edición 1° reimpresión, 2011, pp. 170/171).

Al realizarse el juicio sobre la suficiencia del acervo probatorio, cabe recordar que 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.

3) En ese orden de ideas, 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.

Al respecto, la doctrina enseña que la arbitrariedad se configura, entre otros casos, al "*resolver contra o con prescindencia de las pruebas fehacientes regularmente presentadas en el juicio; o fundarse en pruebas que no constan en el proceso*" (SAGÜÉS, Néstor Pedro; *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, tomo 2, 4ª. ed., Bs. As., Astrea, 2002, p. 256).

4) Siguiendo tales lineamientos, en el presente legajo, tras el análisis del resolutorio puesto en crisis, se advierte que adolece de un déficit que le resta validez como acto jurisdiccional.

El pronunciamiento del *a quo* fue adoptado por unanimidad, el primer voto es de la Dra. MARTINI, al que adhirieron los restantes jueces (cfr. 34 vta./40).

En el mismo, se declaró la admisibilidad formal del recurso ordinario de la defensa y luego, se dio tratamiento a los planteos realizados.

Así, se descartó el primer agravio asociado a una pretendida vulneración al principio de congruencia. Se sostuvo que la imputación original formulada en orden al tipo calificado ("introducción de dedos en la vagina") contiene los elementos de la figura básica ("tocamientos en la zona vaginal"), conforme al artículo 119 del CP (texto de la ley 27352). Y que, ante la reforma del año 2017 -a ese artículo-, el tribunal de juicio fue estricto en la valoración de la prueba producida en el debate, considerando que no se encontraba suficientemente acreditada la figura más gravosa, como así también, que la calificación legal dada fue por un delito menos grave.

A lo que se agregó: "Máxime cuando la niña en cámara Gesell refirió 'tocamientos' más allá que su madre atestiguara que la niña le dijo que el padre 'le metía los dedos'. Por otra parte, la tía de la niña dijo que su hermana (madre de A.) el día 26 de junio le mandó un mensaje por celular diciéndole que la nena le contó que 'el papá le tocó las partes íntimas'" (cfr. ff. 34 vta./35).

Respecto al segundo agravio, se puso de relieve que la Defensa no explicitó acabadamente qué garantías constitucionales se encontrarían lesionadas por la realización de la Cámara Gesell con anterioridad a la formulación de cargos. El *a quo* explicó que el principio de contradicción se ve satisfecho con la notificación a la defensa del anticipo jurisdiccional de prueba y la consecuente posibilidad de participar del acto, sugiriendo preguntas a la entrevistadora. Además, que para una adecuada formulación de cargos se requiere la recepción de la información de la víctima en CG y que de la denuncia de la progenitora de la menor surgen elementos primigenios para

evitar la "sorpresa" de la asistencia técnica (cfr. f. 35 vta./36 vta.).

El tercer agravio de la Defensa se encontraba vinculado a una valoración arbitraria de la prueba. El TI hizo lugar al mismo, revocó la sentencia de responsabilidad y absolvió a I..

La respuesta dada por el *a quo* a ese último planteo, se encuentra íntimamente asociada a los motivos de agravio expuestos por la querellante, ante esta instancia. Por ello, cabe poner de relieve las siguientes consideraciones del tribunal revisor:

Entendió que había una deficiencia en la exposición de los motivos que condujeron al tribunal de juicio a declarar la responsabilidad penal del imputado. Aludió a la ausencia de un análisis apoyado en razones objetivas, que imposibilita -a su entender- controlar ese razonamiento.

Sostuvo que "Los jueces apoyaron el juicio de responsabilidad en dos pruebas: el relato de la niña y en el testimonio de la psicóloga" (cfr. f. 36 vta.).

Refirió que se señaló que la versión de la menor encontraba correlato con el testimonio de la licenciada ZUCCARINO pero que no se explicaron los criterios científicos, la metodología utilizada y las razones que llevaron a la profesional a entender creíble el relato de la niña y a superar las contradicciones en las que incurrió.

Expresó que: "la Licenciada Zuccarino concluye que la niña era competente para brindar un testimonio por dispositivo en cámara Gesell y, sin embargo, apela a la corta edad de A., pretendiendo explicar las contradicciones en las que incurre la niña: *'la coordenada temporal es la más sensible y la que más queda resentida tratándose de un niño*

en edad preescolar' (afirma Zuccarino). [El a quo continuó diciendo que:] a ello suma la variable del cansancio -a solo doce minutos de iniciada la entrevista-, por lo que la competencia misma de A. para prestar un relato es refutada por las propias variables a las que apela la profesional (corta edad, confusión temporal, cansancio). La profesional afirma que 'en la generalidad de su relato ratifica lo que venía sosteniendo, si bien hay un momento en que ella se intenta despegar de lo que había dicho primeramente, como que confunde la cuestión temporal. No obstante, en términos generales, el relato fue coherente y claro'. Tras lo cual, el TI sostuvo que lo que importa al momento de valorar el testimonio de la víctima no es la "generalidad" sino que se acredite la coherencia interna del relato en particular, que emerge de la persistencia del mismo como así su coherencia externa (verosimilitud); lo que -a su criterio- no se constatan en el caso (cfr. ff. 36 vta./37).

Luego, reiteró que el juicio de responsabilidad se compone de afirmaciones dogmáticas, que se omite dar razones de los dichos y que no contrasta las situaciones fácticas concretas con la prueba producida en el debate.

Transcribió lo que consideró pertinente, en grandes líneas, que: el tribunal de juicio había sostenido que se ponderó y asignó un importante mérito probatorio a los dichos de la propia niña damnificada, apoyados en la credibilidad con la labor de la psicóloga ZUCCARINO, en función de su experticia y conocimientos técnicos; que se observó que ha atendido a las características especiales y complejas del presente caso, principalmente, la escasa edad de la menor. Que únicamente podría apartarse de un dictamen técnico cuando fuera infundado o contradictorio con el resto del material probatorio, lo que no se presenta en el caso. Y

que el relato de la niña A. ha sido suficientemente corroborado con los testimonios de su progenitora y de la experta -mediante evaluaciones/entrevistas psicológicas- (cfr. ff. 37 vta./38).

El *a quo* consideró que el testimonio de la señora M. d. C. F. (progenitora de A.), "en el que dice apoyarse" el tribunal de juicio, resulta incompleto en cuanto a las circunstancias de los hechos imputados, "solo informa que la niña le dijo (el 26/6/17) que su papá *le metía los dedos* y que esa misma noche se lo contó a su hermana (R. E. F.). Mientras que a su hermana le dijo esa misma noche que la nena dijo que 'el papá le tocó las partes íntimas' (no introducción de dedos). Respecto de la coordenada temporal, al Dr. Alfredo Germán Machaca le dijo que la niña había sido abusada el fin de semana (25 y 26 de junio/2017)". Aclaró que la "introducción de dedos" informada por la madre de la niña no fue recepcionada por el tribunal de juicio, que descartó la modalidad agravada propuesta por los acusadores (cfr. ff. 38/vta.).

También, indicó que la circunstancia temporal del abuso sexual denunciado fue omitido por la niña en la CG, a pesar de que "a juicio de la profesional" la menor tenía competencias testimoniales óptimas (cfr. f. 38 vta.).

Sostuvo que el tribunal de juicio descalificó el informe "médico" receptando requisitos de científicidad señalados por el Dr. SCHIAVO, emanados de un precedente de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, "y llamativamente no aplica [tales] requisitos (...) al testimonio técnico de la Lic. Zuccarino, lo que hubiese arrojado idéntico resultado"; "Otra debilidad del testimonio de la profesional está dado por la circunstancia de que intenta validar el relato de la niña confrontándolo con el informe

médico de la Dra. Trifilio, que el propio tribunal descalifica" (cfr. f. 38 vta./39).

El *a quo* agregó que el tribunal de juicio omitió valorar el testimonio del Dr. MACHACA, que revisó a la niña el 27/6/17, quien "ratifica que la niña cursaba una infección urinaria que ya venía siendo tratada y realiza una inspección de vulva, vagina y ano *sin encontrar lesiones*" (cfr. f. 39).

Entendió que, a pesar de que los magistrados del juicio citaron los fallos de este TSJ, sobre la valoración del testimonio único de la víctima y los criterios a tener en cuenta para fundar una condena (por ejemplo, "TORRES", "LIENDAF", etc.), no se acogieron esos parámetros en el caso concreto. El *a quo* dijo que: "a la impersistencia del acotado relato de la niña (incoherencia interna), se suma una deficitaria validación diagnóstica, ausencia de validación médica y omisión de corroboración periférica. El razonamiento omite el confronte crítico del testimonio de la víctima con la integridad de la prueba producida en el juicio" (cfr. f. 39).

5) Ahora bien, en la argumentación del *a quo* se advierten contradicciones y valoraciones que se apartan de las constancias del legajo. A lo que se suma, que se verifica una afectación al principio de inmediación.

Primero, se recuerda que una sentencia es una unidad lógica jurídica, por lo que las consideraciones que se efectúen, no deben contradecirse entre sí.

En la decisión recurrida se observa que:

- por un lado, cuando se rechaza el primer agravio de la Defensa, el TI sostuvo que la figura agravada contiene los elementos del tipo básico y agregó: "Máxime cuando la niña en cámara Gesell refirió 'tocamientos' más allá que su madre atestiguara que la menor le dijo que el

padre `le metía los dedos`. Por otra parte, la tía de la niña dijo que su hermana (madre de A.) el día 26 de junio le mandó un mensaje por celular diciéndole que la nena le contó que `el papá le tocó las partes íntimas`" (cfr. f. 35).

- Y por otro, cuando se da respuesta al tercer agravio, le resta valor probatorio al testimonio de la misma menor.

También, en el pronunciamiento del *a quo*:

- se lee que: "los jueces apoyaron el juicio de responsabilidad en dos pruebas: el relato de la niña y en el testimonio de la psicóloga" (cfr. f. 36 vta.);

- pero luego, se critica la valoración que hizo el tribunal de juicio de otros elementos de prueba, a modo de ejemplo, las declaraciones testimoniales de la señora M. d. C. F. (progenitora de la menor víctima) y Alfredo Germán MACHACA (médico generalista).

Segundo, cabe poner de relieve que en la declaración de responsabilidad, no solo se tuvo en cuenta el relato de la menor víctima y las declaraciones de: la psicóloga ZUCCARINO (que entrevistó a la niña en Cámara Gesell), las señoras M. d. C. y R. E., ambas de apellido F. (progenitora y tía de A., respectivamente) y del médico generalista MACHACA, sino también, se valoraron otros elementos de convicción.

Se pueden mencionar dos convenciones probatorias, una, sobre las conclusiones del informe efectuado por el psiquiatra MENDEZ y otra, respecto al acta de nacimiento de A. J. I., de la que surge la fecha de nacimiento y que el imputado es el padre de la menor. También, los testimonios de María Daniela TRIFILIO (médica legal), Gustavo Adrián IZAGUIRRE (de la División Criminalística), Gloria Emilce ABARZÚA (de la Comisaría del menor y de la mujer de Zapala),

A. I. P. (tía de la madre de A.), Marcelo Gabriel ROLDÁN (que inspeccionó el domicilio indicado como lugar del hecho), Marta Carolina RODRIGUEZ (psicóloga de la Oficina de violencia). Asimismo, se consideró lo declarado por los testigos de descargos: G. L. I., J. V. L. y C. C. -hermano, cuñado y madre del imputado, respectivamente- (cfr. ff. 1 vta./8 vta. y 12/21; registros audiovisuales de las audiencias del debate de los días 18 y 19/4/2018, el que concluyó en fecha 20/4 del mismo año, con los alegaros de las partes).

A mero título ejemplificativo, el tribunal revisor nada refiere sobre las circunstancias de lugar del hecho, relatadas por la niña A. y verificadas en la inspección ocular. Tampoco, sobre el cumplimiento del régimen de visitas del padre a su hija, mencionado por varios testigos, en forma coincidente, que dan cuenta del lapso temporal tenido por acreditado como ocurrencia del ilícito.

Ello, entre otras cuestiones valoradas por los magistrados del juicio, permite visualizar que las conclusiones del TI no se apoyan en un análisis integral de las constancias del legajo.

Tercero, en particular, se advierte que el *a quo* utiliza el recurso del énfasis para reafirmar su decisión. Sin embargo, con ello, altera el sentido de una frase, cuando hace referencia al testimonio del Dr. MACHACA. Así, el TI subraya "*sin encontrar lesiones*" (con cursivas) y omite la expresión: "a 'simple vista'".

En lo pertinente:

- El TI sostuvo que el tribunal de juicio omitió valorar el testimonio del Dr. MACHACA, que "realiza una inspección de vulva, vagina y ano *sin encontrar lesiones*" (cfr. f. 39).

- En tanto que el tribunal de juicio, cuando reseña el testimonio del médico generalista MACHACA, hace constar que declaró lo siguiente: "(...) Le realizó solo un examen general, no quiso ser invasivo. Hizo una inspección de vulva, vagina y ano y a 'simple vista' no vio lesiones. No quiso ser más invasivo porque sabía que otro médico la iba a revisar (...)" (cfr. ff. 1 vta./2).

Efectivamente, con posterioridad, la médica legal TRIFILIO examinó a la menor (cfr. ff. 4/vta.).

Cabe recordar que el tribunal de juicio solo consideró suficientemente probados los tocamientos típicos pero no el pretendido acceso carnal, por lo que la existencia o no de lesiones no influye en la conclusión de los sentenciantes.

Por último, se recuerda que el control amplio del TI tiene como límite aquello a lo que no puede accederse en virtud de la inmediación. Y si bien las audiencias del debate se encuentran videograbadas, ello, no asegura que se pueda percibir todo lo que sucede en la sala, del mismo modo en que pueden hacerlo los jueces del juicio.

En este caso, existe un obstáculo dado por el ángulo de la videofilmación del debate. En el mismo, se reprodujo la videograbación de la Cámara Gesell de la menor A., la que pudo ser vista por los magistrados del juicio. Sin embargo, la imagen de esa CG no quedó captada por la cámara que grabó el debate. Es decir, solo puede escucharse pero no verse a la niña y a la psicóloga.

Esto es relevante por dos cuestiones, una, que la menor utilizó muñecos para graficar lo que le había sucedido y otra, que la comunicación no solo es verbal sino también gestual, y ésta última representa un porcentaje atendible al momento de valorar si existe una correspondencia entre el

discurso oral y lo expresado corporalmente. Por ejemplo, sobre el relato de la menor, la licenciada ZUCCARINO refiere que existe un correlato emocional y gestual.

En ese escenario, cuando el TI resta valor probatorio al relato de la niña, no cuenta con todos los elementos necesarios para cotejar las apreciaciones de la psicóloga actuante y su adecuada o no evaluación por parte del tribunal de juicio.

6) Lo hasta aquí expuesto, permite concluir que el Tribunal de Impugnación omitió en sus consideraciones tener en cuenta la totalidad de los elementos probatorios (entre ellos, prueba dirimente), en los que se apoyó el razonamiento del tribunal de juicio, como así también, que incurrió en las contradicciones ya señaladas. Además, que en su análisis no hizo ninguna mención al obstáculo surgido de la inmediación (ausencia de visión de la reproducción de la CG, por el ángulo de filmación del debate), como tampoco, si dicha limitación fue sorteada de algún modo. Todo lo cual, le resta validez como acto jurisdiccional.

En tal sentido, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "(...) 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" (SAGÜES, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, Ed. Astrea, Tomo 2, Bs. As. 2013, p. 258).

7) En suma, en este caso, estimo que el Tribunal de Impugnación al anular la sentencia de condena y disponer

la absolución del imputado, se apartó del acervo probatorio que el tribunal de juicio percibió por sí mismo en el debate (inmediación formal) y no efectuó una adecuada revisión de los fundamentos que dicho tribunal dio sobre los hechos que extrajo de la totalidad de los elementos de convicción (inmediación material), en consecuencia, se verifica la arbitrariedad del pronunciamiento impugnado (artículo 248, inciso 2 del CPPN).

Creo así haber fundado las razones por las cuales la impugnación extraordinaria de la querrela debe ser declarada procedente. Tal es mi voto.

El Dr. **Alfredo A. ELOSU LARUMBE** dijo: Al haberse fijado por mayoría la admisibilidad de la impugnación extraordinaria presentada por la querellante, adhiero a lo postulado por el Dr. MASSEI en la presente cuestión. Así, voto.

El Dr. **Evaldo D. MOYA** dijo: Sin nada que terciar en esta cuestión, adhiero a los votos precedentes. Mi voto.

A la **tercera cuestión**, el Dr. **Oscar E. MASSEI** dijo: Atento al modo en que resolviera la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que se declare la nulidad de la sentencia N° 45/2018 de fecha 26/7/18, dictada por el Tribunal de Impugnación y de la audiencia celebrada ante el mismo, en el Legajo MPFZA N°. 22478/2017. En consecuencia, que se disponga su reenvío para que, con una nueva integración y previa audiencia que se señale al efecto, se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho (artículos 247 y 249 del CPPN). Tal es mi voto.

El Dr. **Alfredo A. ELOSU LARUMBE** dijo: Adhiero a la solución propuesta en el voto precedente. Mi voto.

El Dr. **Evaldo D. MOYA** dijo: Adhiero a lo propuesto en esta cuestión por el Dr. MASSEI. Mi voto.

A la **cuarta cuestión**, el Dr. **Oscar E. MASSEI** dijo: Corresponde eximir de la imposición de costas en esta instancia, atento a que la solución arribada resulta favorable a la parte recurrente (artículo 268, segundo párrafo, del CPPN). Mi voto.

El Dr. **Alfredo A. ELOSU LARUMBE** dijo: Adhiero al voto precedente en esta cuestión. Así, voto.

El Dr. **Evaldo D. MOYA** dijo: Adhiero a lo expresado por el señor Vocal ponente. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE:**

I. DECLARAR INADMISIBLE la impugnación extraordinaria deducida por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia N° 45/2018 del Tribunal de Impugnación, dictada el día 26/7/18, en el legajo MPFZA N°. 22478/2017 (artículos 227, 241 inciso 2, *a contrario sensu*, del CPPN).

II. DECLARAR LA ADMISIBILIDAD de la impugnación extraordinaria interpuesta por la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente, en su carácter de querellante, contra la sentencia mencionada en el punto anterior (artículos 227, 233, 236, 240, 242, 248 inciso 2 y 249 del CPPN).

III. HACER LUGAR a la impugnación de la querrela y en consecuencia, **DECLARAR la nulidad** de la sentencia N° 45/2018 dictada el día 26/7/18, por el Tribunal de Impugnación y la de la audiencia de fecha 2/7/2018, celebrada en el legajo MPFZA N°. 22478/2017 (artículos 248 inciso 2 y 249 del CPPN).

IV. REENVIAR el legajo, para que con una nueva integración del Tribunal de Impugnación y previa audiencia señalada al efecto, se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho (artículo 247 del CPPN).

V. SIN costas en la instancia (artículo 268, segundo párrafo, 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. EVALDO DARÍO MOYA - Presidente subrogante. Dr. OSCAR E. MASSEI - Dr. ALFREDO A. ELOSU LARUMBE

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario