

ACUERDO N° 1/2024. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los 11 días de abril de 2024, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia. La misma está integrada por los Dres. Alfredo Alejandro Elosú Larumbe y Evaldo Darío Moya; e interviene como Secretario de la Secretaría Penal, el Dr. Andrés C. Triemstra. Ello, a fin de resolver las impugnaciones extraordinarias presentadas por el Ministerio Público Fiscal, la Querrela Institucional, las Querellas particulares y la Defensa particular, en el caso: **"HERRERA, WALTER GUIDO S/ABUSO SEXUAL"** (Legajo MPFNQ n.º 231.533/2.022).

ANTECEDENTES:

I. El Tribunal de Impugnación, integrado en la oportunidad por la Dra. Florencia Martini y por los Dres. Richard Trincheri y Federico Sommer, mediante el pronunciamiento oral de fecha 19/12/2023 resolvió -en lo aquí relevante- revocar parcialmente la apertura a juicio ordenada por la Dra. Estefanía Sauli, luego de la audiencia de control de la acusación (celebrada entre los días 13/11/2023 y 21/11/2023).

Conforme a los lineamientos de su decisión, el Tribunal de Impugnación: A) dejó sin efecto la admisión a juicio de todos los casos, con excepción de los identificados como "5", "14" y "15" (Punto dispositivo IV°); B) rechazó el pedido de sobreseimiento formulado por el letrado defensor con relación a los casos inadmitidos (Punto dispositivo V°); y C) confirmó la competencia de Juicio por Jurados establecida por la Dra. Sauli con relación a los citados casos "5", "14" y

"15" (Punto dispositivo VI°).

En contra de tal decisorio ingresaron para el tratamiento ante esta Sala Penal las siguientes impugnaciones extraordinarias:

1.- Recurso de la querellante particular G., bajo la representación procesal de la Dra. Laura Gisella Moreira (fs. 36/39)

2.- Recurso de la Querellante particular D., con idéntica representación procesal (fs. 40/43).

3.- Recurso del Ministerio Público Fiscal, suscripto por el Fiscal de Caso Dr. Manuel Ignacio Islas (fs. 44/65).

4.- Recurso de la Querellante institucional (Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente n° 2), suscripto por la Dra. Natalia Stornini (fs. 67/76).

5.- Recurso de los Querellantes particulares N. V., G. B., R. O., L. B., I. C. P., J. F., D. P., M. J., M. C., J. A. y B. C.; con la representación procesal del Dr. Gustavo Lucero y la Dra. Manuela J. Castro (fs. 77/84).

6.- Recurso de la Querellante particular M. P., con el patrocinio del Dr. Marcelo Luis Sterz (fs. 85/89).

7.- Recurso de las Querellantes particulares C. V., B. P., M. G., C. L., D. S. y N. T.; bajo la representación procesal de la Dra. María Celina Fernández (fs. 93/102).

8.- Recurso presentado a favor del imputado Walter Herrera, bajo la representación procesal de su letrado particular, Dr. Gustavo Eduardo Palmieri (fs. 106/117).

Cabe aclarar aquí que mientras los recursos de las partes acusadoras se orientan en cuestionar el tramo del pronunciamiento que impidió remitir a la fase de juicio oral 21 casos de abuso sexual que fueron atribuidos al imputado Herrera al amparo de una presunta "insuficiencia probatoria"; el recurso de la defensa objetó que haya quedado abierta la investigación de esos mismos casos, pues entiende que cabía disponer en su lugar el sobreseimiento de su defendido en los términos del artículo 160, inc. 6° del CPPN para liberarlo de un estado de incertidumbre; censurando también la ratificación de la competencia atribuida a los Jurados Populares, para el juzgamiento de los casos "5", "14" y "15".

El detalle de tales impugnaciones extraordinarias puede resumirse entonces, en prieta síntesis, del siguiente modo:

1.- Recursos de Impugnación Extraordinarios presentados por la Dra. Laura Gisela Moreira (fs. 36/39 y 40/43):

Al amparo de lo normado en los incisos 1° y 2° del art. 248 del CPPN, dicha letrada denunció que lo resuelto por el Tribunal de Impugnación violentó normas constitucionales y convencionales, a la vez que provocó un gravamen de imposible reparación ulterior al excluir a veintiún víctimas (entre las que se encuentran sus

representadas) de que asistan a juicio.

Explicó que, sin dictarse un sobreseimiento y sin base en normativa que los autorice, el órgano revisor extendió por tres años el plazo de investigación para los casos excluidos, para que las víctimas puedan nuevamente brindar testimonio en Cámara Gesell, exponiéndolos a un proceso de revictimización.

Sostuvo que la Dra. Martini, con insuficientes fundamentos, excluyó esos casos porque no tenían relato alguno y porque la prueba presentada era de "mala calidad"; sin siquiera hacer alusión a los argumentos por los cuales la jueza de grado había considerado que la prueba era suficiente para disponer la apertura a juicio de todos ellos; concluyendo arbitrariamente, sin perspectiva de infancia y de interseccionalidad, que como no había Cámara Gesell no había relato ni prueba directa eficiente, aunque sin abordar cada caso en particular.

Sostiene que el Tribunal de Impugnación se excedió en su función, ya que en esta instancia del proceso no puede efectuarse un juicio de valor sobre la evidencia, pues ello corresponderá al tribunal de juicio.

Expresó además que el voto ponente (al que adhirieron los restantes magistrados del Tribunal de Impugnación) no consideró las categorías sospechosas, ni la situación de vulnerabilidad de las víctimas, así como tampoco ponderó que los niños de esa edad -preescolares-, en función de su grado de madurez y desarrollo, ese relato fue brindado a personas adultas de su ámbito familiar y afectivo, que no puede ser desacreditado a

priori, pues ello implicaría una afrenta al derecho a ser oído de esos niños.

Citó jurisprudencia en apoyo de su postura.

Solicitó la revocación del pronunciamiento apelado y formuló reserva del caso federal.

2.- Recurso de Impugnación extraordinario presentado por el Ministerio Público Fiscal, a través del Dr. Manuel Ignacio Islas (fs. 44/65):

Sostuvo el Sr. Fiscal de Caso que la decisión del Tribunal de Impugnación resultó manifiestamente arbitraria y contradictoria.

En ese sentido, destacó que el fallo contiene una contradicción lógica interna al declarar la admisibilidad de una impugnación ordinaria en un tramo vinculado a cuestiones probatorias, quebrantando el sistema de taxatividad recursiva.

Precisó que al resolver de ese modo, el Tribunal de Impugnación se apartó del principio de libertad probatoria respecto de los hechos que se ventilarán en el juicio (abusos sexuales de los veinticuatro niños y niñas); que omitió hacer un análisis particularizado de cada uno de ellos y refrendó, sin ningún tipo de análisis específico, las aseveraciones de la defensa.

Afirmó que los integrantes del Tribunal de Impugnación, apartándose de la controversia, imaginaron o especularon qué dirían ellos como jueces de juicio ante un panorama probatorio complejo como el que presentaba este legajo, y que con esos sesgos decidieron. Soslayando que el ámbito de su competencia estaba acotado al control

de una decisión sobre cuyos fundamentos ni siquiera repararon.

Que se revocó la acusación en 21 casos, asumiendo una competencia positiva que nadie les pidió, ratificando la apertura a juicio sólo por tres, aceptando la hipótesis de la defensa mediante afirmaciones dogmáticas alejadas del texto de la ley.

Expuso así tres críticas diferenciadas ceñidas a lo anterior: a) que el *a quo* se apartó del principio de taxatividad previsto en el artículo 227 del CPPN al acoger el recurso ordinario de la defensa, flexibilizando dicho principio por su propia voluntad; b) que el razonamiento empleado por dicho Tribunal, ya en el tópico sustancial de esa impugnación ordinaria, es manifiestamente erróneo al confundir la prueba indirecta o de testigos de oídas con el derecho a controlar esa prueba de cargo, siendo manifiesto además que la suficiencia o insuficiencia de la prueba la decidirían los jurados y no tres jueces técnicos de impugnación; y c) que el Tribunal de Impugnación carece de facultades para inmiscuirse en la labor de los Fiscales respecto de cómo ejercer la acción, qué casos llevar a juicio, cuáles no, cuál es el estándar o análisis de viabilidad del caso, o cuál debería ser su estrategia acusatoria. Sobre todo cuando ya se había ejercido la acción penal, se concretaron diferentes diligencias probatorias, se practicó una acusación objetiva fundada en evidencia de calidad y se entendió que no era necesaria la producción de más evidencia.

Citó doctrina y jurisprudencia.

Solicitó por todo ello que se anule el pronunciamiento apelado y se confirme la decisión de la Dra. Sauli o se disponga, subsidiariamente, el reenvío para el dictado de un nuevo fallo acorde a derecho.

Formuló reserva del caso federal.

3.- Recurso de Impugnación Extraordinario presentado por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, a través de la Dra. Natalia Stornini
(fs. 67/76):

La Sra. Defensora de los Derechos del Niño refiere que el Tribunal de Impugnación incurrió en un exceso formal manifiesto al no ponderar los derechos constitucionales afectados, en particular, el interés superior de las pequeñas víctimas, fallando sin perspectiva de infancia ni de género, cuando en el caso se advierte la existencia de categorías sospechosas, y reenviando, incluso, el caso a un nuevo control de la acusación, con la afectación al debido proceso que ello genera.

Adujo que la decisión generalizó las situaciones de los 24 hechos, cuando cada uno de ellos era independiente entre sí y presentaban sus particularidades. Además, excluyó sin fundamento prueba que había sido producida como anticipo jurisdiccional de prueba y que, como tal, había tenido control de la defensa; inmiscuyéndose en el contenido de la evidencia, cuando tal atribución corresponde al tribunal de juicio.

Entiende que el Tribunal de Impugnación no consideró ninguna de las categorías sospechosas; no ponderó lo que los niños pudieron manifestar en función

de su edad y de su grado de desarrollo, exigiéndoles, por demasía, algo que naturalmente no pueden expresar.

Citó jurisprudencia en apoyo de su postura, solicitó la anulación del pronunciamiento apelado y formuló reserva del caso federal.

4.- Recurso de Impugnación Extraordinario presentado por el Dr. Gustavo Lucero y la Dra. Manuela Castro (fs. 77/84):

Estiman tales letrados que la resolución apelada violentó garantías convencionales y constitucionales de las víctimas que representan.

En su visión, la decisión no constituyó una derivación razonada del derecho vigente, señalando un primer atisbo de arbitrariedad en la admisión formal de un recurso que se dirigía contra la decisión adoptada en un control de la acusación, la que, conforme nuestro ordenamiento procesal, es irrecurrible.

En segundo término, refieren que el órgano revisor se extralimitó al excluir los 21 casos y ordenar una ampliación de la etapa preparatoria a su respecto; siendo que no fue esa la petición de la contraparte, que había solicitado el sobreseimiento.

Recuerdan que esa etapa procesal ya estaba clausurada, en tanto todas las partes acusadoras habían formulado sus respectivos requerimientos de apertura a juicio en tiempo y forma.

Solicitaron que se revoque la decisión impugnada y se confirme la apertura a juicio ordenada por la Dra. Sauli, o, en su defecto, se disponga el reenvío para que, con otra integración, se dicte un

pronunciamiento acorde a derecho.

5.- Recurso de Impugnación Extraordinario presentado por el Dr Marcelo Luis Sterz (fs. 85/89):

Dicho letrado dijo agravarse de la decisión adoptada por el Tribunal de Impugnación al admitirse formalmente el recurso de la Defensa, en contra de la prohibición expresa del art. 172 del CPPN; lo que produjo, desde su perspectiva, una afrenta al derecho a ser oída a la menor víctima que representa.

Sostuvo que no sólo se le negó la posibilidad a la niña y a su familia de poder llevar su caso a juicio, y que, eventualmente, un jurado decida si en este caso existió o no responsabilidad de Herrera, sino que, además, con el aditamento efectuado por el voto del Dr. Trinchero -al reabrir la investigación por los 21 casos- existe una clara posibilidad de revictimizar a la niña, sin que tal facultad se encuentre legalmente prevista como posible en nuestro ordenamiento procesal.

Solicitó se revoque la decisión adoptada, declarándose subsistente lo resuelto oportunamente por la Dra. Sauli, o, subsidiariamente, se disponga el reenvío del caso para que, con una integración diferente, el Tribunal de Impugnación dicte una sentencia acorde a derecho. Formuló reserva del caso federal.

6.- Recurso de Impugnación Extraordinario presentado por la Dra. Celina Fernández (fs. 93/102):

Consideró que la decisión puesta en crisis fue dictada en contra de normativa constitucional y convencional, lo que la convierte en arbitraria y revisable por vía del recurso extraordinario federal;

además, adujo que provocó un gravamen irreparable de imposible reparación ulterior al anular la decisión de elevar ajuicio los casos por los cuales las víctimas que representa fueron víctimas de abuso sexual simple (casos 10, 16 y 21) y abuso sexual con acceso carnal (caso 9), luego de haber transcurrido un año de investigación y de haber realizado en tres de los cuatro casos Cámara Gesell.

Expuso cuatro motivos de agravio.

En el primero de ellos, denunció la existencia de un supuesto de arbitrariedad por no aplicarse la perspectiva de niñez, género y discapacidad, y por no haberse actuado con la debida diligencia reforzada que el caso exigía, en atención a que no se tomó en cuenta, a la hora de revocar la apertura a juicio de 21 casos de abuso sexual infantil, la especial condición de vulnerabilidad que presentaban las víctimas, todos preescolares, de entre 4 y 5 años al momento de los hechos; ni se aplicó esa perspectiva a la hora de analizar caso por caso, pues, por el contrario, se brindaron respuestas generales muy por debajo de los estándares establecidos en materia de derechos de infancias e incluso de esta Sala Penal del TSJ. Dijo que del voto del Dr. Trincheri, parecería surgir que los niños tienen que ser sometidos todas las veces que sea necesario a las pericias que se practiquen en el ámbito del Poder Judicial hasta satisfacer un estándar que corresponde a víctimas de delitos sexuales mayores de edad.

Como segundo motivo de agravio, refirió que

la decisión también se apartó de considerar, como derecho y principio de interpretación, el interés superior del niño, pues se prescindió de realizar una valoración interseccional de las especiales condiciones de vulnerabilidad de quienes resultan víctimas de todos estos casos. Además, postuló que se confundieron los conceptos de "testimonio en Cámara Gesell" con "relato de las víctimas", ponderando los primeros para descartar los segundos, forzando una ritualidad no requerida por nuestro ordenamiento procesal penal y en contra de lo que entienden los organismos internacionales especializados en la materia (cfr. art. 3 de la CDN, el 3 de la ley 26.061, el 706 inc. c del CC, así como la doctrina de Fallos 345:905).

En el tercer agravio, denunció que la decisión apelada produjo una afrenta al derecho a ser oído de los niños y niñas víctimas, ya que sostuvo que las palabras de los familiares no eran confiables y que poseían baja calidad, aun cuando lo que relatan se condice con lo dicho por las propias víctimas en Cámara Gesell en los casos que representa. Destacó como grave esa afirmación porque ignoró completamente lo expresado por las partes en relación a las conclusiones a las que arribaron los profesionales del Gabinete y sin considerar la edad de las víctimas.

Por último, interpreta que el Tribunal de Impugnación excedió el marco de sus funciones conforme lo establece el art. 33 del CPPN, al resolver más allá de los términos de la controversia, valorando prueba, incluso, por encima del estándar de la etapa procesal en

la que se encontraba el legajo.

Solicitó que se revoque la decisión apelada y se ratifique lo resuelto por la Dra. Sauli en cuanto ordenó la apertura a juicio de los 24 casos que formaron parte de la acusación, con los alcances probatorios allí fijados. Formuló reserva del caso federal.

7.- Recurso de Impugnación Extraordinario presentado por el Dr. Gustavo Palmieri (fs. 106/117):

El presente recurso, deducido por el defensor particular del imputado, discurre también por el segundo inciso del artículo 248 del CPPN.

Adujo que la decisión es objetivamente impugnabile, en tanto se cuestionó el alcance dado a una disposición normativa provincial (art. 160 inc. 6 del CPPN), y lo resuelto fue en contra de los intereses de su asistido, ocasionándole un perjuicio de imposible reparación ulterior.

Expresó que sus agravios poseen naturaleza federal en tanto si bien la determinación del juez natural de cada caso se encuentra establecida en las normas procesales locales, los jueces pueden analizar, al momento de decidirse sobre la procedencia de los arts. 34 y 35 del CPPN, en el caso concreto, el alcance de esas normas, a partir de la argumentación de las partes y la controversia que se genere.

Expuso dos motivos de crítica.

El primero de ellos finca en un supuesto de arbitrariedad fáctica y normativa, al rechazarse el pedido de sobreseimiento instado en relación a 21 de los 24 casos que se admitieron para ir a juicio. Destacó que

el Tribunal de Impugnación llegó a la conclusión que esos casos no contaban con el umbral de suficiencia probatoria adecuado para disponer su apertura a juicio, coincidiendo con la argumentación de la defensa respecto a que las partes acusadoras no habían logrado reunir evidencia "de calidad" para ser presentada ante un jurado popular, a pesar de lo cual, entendió que aún podría darse la hipótesis de que los relatos directos ausentes se incorporasen y por ello dispuso que se sigan investigando.

Estimar -como lo hizo el Tribunal de Impugnación- que la acusación cuenta con una nueva etapa de investigación sobre esos 21 hechos, importa una afrenta al derecho que le asiste a Herrera de que el proceso culmine en el menor tiempo posible.

En el segundo tramo de su crítica, se agravio de la confirmación de la intervención de un jurado popular para juzgar a su defendido por los tres casos que quedaron en pie.

Entendió que la fundamentación que se brindó fue errónea, al tergiversar el principio de juez natural y el debido proceso legal.

En su opinión, si bien la competencia del tribunal de juicio está asignada por ley, no resulta una aplicación mecánica y automática; por ende, no puede únicamente sostenerse en la voluntad o pretensión de la Fiscalía.

Por el contrario, en su visión, resultaba necesario un control jurisdiccional de la controversia mediante la valoración de las circunstancias puntuales

del caso. Agregó que el precedente "Duarte" de esta Sala Penal desconoce que la lógica constitucional del modelo adversarial se basa en que las decisiones jurisdiccionales se toman a partir de los términos de la controversia planteada entre las partes, con sujeción a las normas procesales y a los principios constitucionales. Citó jurisprudencia.

Solicitó se revoque la decisión del Tribunal de Impugnación en este punto, y que se ordene la apertura a juicio, con la intervención de un tribunal colegiado. Efectuó reserva del caso federal.

II. Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 245 y 249 del CPPN, se convocó a una audiencia oral y pública, la que se llevó a cabo el 13/3/2024. En la misma, estuvieron presentes: por el Ministerio Fiscal, el Dr. Islas; por la Querella institucional, la Dra. Stornini; por las Querellas particulares, las Dras. Moreira, Fernández y Castro, y los Dres. Lucero y Sterz; por la contraparte, el Dr. Palmieri, defensor particular del imputado Walter Guido Herrera.

En dicho acto, las partes acusadoras reprodujeron sus argumentaciones conforme a los términos de sus presentaciones escritas, los que fueron refutados por el letrado de la Defensa, Dr. Palmieri, quien expresó que ninguno de esos recursos podría sortear el juicio de admisibilidad formal, en tanto la decisión del Tribunal de Impugnación no constituyó una sentencia definitiva o equiparable; aspecto sobre el cual ninguna de las acusadoras aportó elementos suficientes para superar ese valladar formal.

Sostuvo el Dr. Palmieri que más allá de la enunciación genérica formulada por dichos apelantes, no se explicó de qué manera concreta se afectó la tutela judicial efectiva de las víctimas y las garantías convencionales mencionadas, en tanto la decisión dejó abierta la investigación y el imputado sigue sujeto a proceso por esos 21 hechos.

Afirmó que no existe *irreparabilidad* en el perjuicio alegado, en tanto el Tribunal de Impugnación decidió mantener abierta la investigación respecto de esos 21 casos; a la vez que entiende que dicho órgano revisor no revocó la acusación, sino que analizó la admisibilidad de la prueba para la etapa de juicio por jurados.

Ya en lo que hace a la cuestión sustancial de esas apelaciones, recordó que esa Defensa se opuso a la elevación a juicio de esos 21 casos y que se le explicó a la Dra. Sauli, uno por uno, el porqué de dicha postura: concretamente, los argumentos confluían en la baja calidad de la prueba y evitar causar un perjuicio indebido al jurado.

Estima que, contrariamente a lo sostenido por sus contrapartes, el Tribunal de Impugnación sí dio razones fundadas de por qué correspondía hacer excepción a la regla de taxatividad establecida en el artículo 172 del CPPN; a la vez que tampoco resultaría cierto que tal decisión fuera autocontradictoria por apartarse de aquel principio general pues, como toda regla, admite excepciones.

Afirmó además el Dr. Palmieri que no es

correcto sostener, como lo hicieron las partes acusadoras, que los jueces revisores hubieran valorado evidencia que desconocían. Lo que hicieron, fue involucrarse en el criterio vinculado con la admisibilidad de la prueba en un caso que debía someterse a Jurados Populares, con las particularidades que tal procedimiento implica.

Postuló por ello que se ratifique, en lo pertinente, ese tramo de la decisión.

Acto seguido dicho letrado fundó su propio recurso en términos concordantes a su escrito impugnativo, mereciendo la refutación de sus contrarias.

El Ministerio Público Fiscal, a través del Dr. Islas, se ocupó de expresar que la denegatoria del sobreseimiento -más allá del esfuerzo argumental del Dr. Palmieri para sostener lo contrario- no constituye una decisión recurrible en los términos del artículo 233 del CPPN y no pone fin al proceso. Y sobre el segundo agravio, entiende que corresponde mantener los lineamientos del precedente "Duarte" de este Tribunal Superior, destacando que incluso si se tomaran únicamente los tres casos que están para celebrar el juicio (casos "5", "14" y "15"), por su calificación y concurso real entre ellos, las penas en expectativa oscilan entre los 8 a los 50 años de prisión, lo que habilita el juicio por jurados fijado en la instancia de origen.

La Sra. Defensora de los Derechos del Niño y las Querellas particulares adhirieron a la refutación precedente.

El contenido completo de todas las

exposiciones se encuentran en el registro audiovisual y los tramos sustanciales de las mismas en el acta respectiva, agregada a fs. 127/134.

Culminada la audiencia, la Sala pasó a deliberar en sesión secreta con la presencia del señor Secretario, quedando así el legajo en condiciones de ser resuelto.

III. Llevado a cabo el sorteo pertinente, resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: Dres. Alfredo A. Elosu Larumbe y Evaldo Darío Moya.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del CPPN, la Sala se plantea las siguientes **CUESTIONES:** 1.^a) ¿Las impugnaciones extraordinarias interpuestas son formalmente admisibles?; 2.^a) En el supuesto afirmativo, ¿resultan procedentes?; 3.^a) En ese caso, ¿qué solución corresponde adoptar?; 4.^a) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión**, el **Dr. Alfredo A. Elosu Larumbe** dijo:

Las impugnaciones extraordinarias fueron receptadas en término conforme a las constancias de autos (cfr. fs. 34 vta., constancias del sistema "Pehuen", fs. 91/2, fs. 103 y 104/5), en conjunción con lo previsto en los artículos 242, primer párrafo, 249 y 224 inc. 5 del CPPN. Este aspecto, claro está, no resultó controvertido.

Tampoco hubo discusión en torno a la representación procesal asumida en cada una de ellas.

Sí, en cambio, se objetó la viabilidad formal de todas las apelaciones con relación a la hipótesis de acudimiento empleada.

Me refiero, concretamente, a la causal del segundo inciso del artículo 248 del CPPN, frente a la aducida ausencia de una sentencia definitiva o auto equiparable a ella (cfr. acta de audiencia de impugnación extraordinaria, fs. 132 y 134).

Sobre este punto, cabe recordar que una de las clases de providencias o resoluciones judiciales asimilables a una sentencia definitiva son aquellas que provocan la paralización del proceso por un lapso "más o menos prolongado" (cfr. Sagües, Néstor Pedro "Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario. Ed. Astrea, 4° edición actualizada y ampliada, t. 1, pág. 327, con cita a fallos de la CSJN 242:29 y 304:625).

En tal supuesto, donde la indefinición del proceso podría conducir a una efectiva privación de justicia, procede la vía extraordinaria tanto a la acusación para obtener una condena como al imputado para intentar obtener su sobreseimiento o absolución (CSJN, Fallos 315:1553; 324:4135, voto de los jueces Petracchi y Bossert, y 344:1716).

Este tipo de decisión se verifica en el *sub lite*, a poco de repararse que el Tribunal de Impugnación dejó suspendida *sine die* la continuación del proceso penal en los citados 21 casos de abuso sexual, por un término que podría extenderse hasta los tres años (cfr. voto Dr. Trincheri, minutos 25:37), bajo la condición eventual y futura de que niños y niñas preescolares superen dificultades expresivas en las entrevistas diagnósticas y en las cámaras Gesell.

Y este aspecto -me refiero a dejar paralizado el proceso por un lapso de tal magnitud- aguardando un acontecimiento claramente incierto, no sólo agravió a las acusadoras al afectar el normal desenvolvimiento del proceso y frustrar la celebración del juicio oral hacia el cual se encaminaba el legajo, sino también a la contraparte, quien reclamó el dictado de un sobreseimiento para superar esa notoria situación de incertidumbre.

Tal consecuencia genera un gravamen que requiere una tutela inmediata.

Por lo demás, se advierte que la decisión del Tribunal de Impugnación (en su punto dispositivo IV°) al exigir determinado estándar de prueba para arribar a la fase del juicio oral, llevaría a que niños y niñas de muy corta edad sean sometidos nuevamente a entrevistas diagnósticas y cámaras Gesell, generando con ello perjuicios irreparables en su salud psicofísica. Y en otros casos, a dejar impunes posibles ofensas sexuales sobre infantes incapaces de brindar su testimonio, aún bajo la existencia de pruebas potencialmente aptas para desvirtuar la presunción de inocencia; pudiendo comprometerse con ello la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico supranacional.

Establecido lo anterior, cabe aclarar que si bien las cuestiones de hecho y prueba, de derecho común y procesal, como regla, resultan ajenas a la competencia extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; esto no impide la apertura del recurso con base en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia en

salvaguarda de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio (CSJN, Fallos 323:1449 y 329:4770), que también ampara a la parte acusadora (CSJN, Fallos 329:5323). Ello ha sido alegado en los respectivos recursos bajo argumentos que no pueden descartarse *a priori* en esta fase de análisis.

En virtud de todo lo expuesto, propongo declarar la admisibilidad formal de todas las impugnaciones extraordinarias presentadas (artículos 242 primer párrafo, 248 inciso 2 y 249 del CPPN). Mi voto.

El **Dr. Evaldo Darío Moya** dijo: adhiero a la solución propuesta por el señor Vocal que abrió este Acuerdo. Tal es mi voto.

A la **segunda cuestión**, el **Dr. Alfredo A. Elosu Larumbe** dijo:

Por razones metodológicas abordaré, en primer término y de modo conjunto, las impugnaciones articuladas por las partes acusadoras.

Tras analizar los recursos admitidos, los pronunciamientos cuestionados así como las demás constancias del legajo, adelanto que las mismas resultan sustancialmente procedentes. Doy razones.

Se ha señalado que el caso más extremo de una sentencia infundada o insuficientemente fundada, es aquella que arremete contra la ley, asumiendo tal condición porque el juez se rebela contra el derecho. La directriz de la Corte Suprema, en este punto, lleva a descalificar como arbitrarias a las resoluciones judiciales que reforman, derogan, inaplican, mutilan, alteran o crean intencionalmente un texto legal (cfr.

Sagües, op. cit., t. 1, págs. 161 y 162).

Ello ocurre a mi juicio en este caso, al admitirse, de modo formal y sustancial, una actividad recursiva que el legislador excluyó expresamente del ordenamiento procesal local. Veamos:

El artículo 172 *in fine* del CPPN establece que la decisión adoptada en la audiencia del control de la acusación *"...será irrecurrible, sin perjuicio de hacer reserva de impugnación de la sentencia"*.

En una obra de mi autoría tuve oportunidad de expresar -en aspecto que aquí reitero- que *"...la referencia a la irrecurribilidad está legislada autónomamente en el último apartado del art. 172, y por lo tanto, es extensible a la totalidad de las cuestiones que conforman el objeto de la mentada audiencia [...] además, la mención a la imposibilidad de plantear recurso alguno 'sin perjuicio de hacer reserva de impugnación en la sentencia' es una manifiesta señal de que la voluntad del legislador ha sido que el juicio pudiera abrirse sin posibilidad de recurso..."* (cfr. "El recurso ordinario de impugnación en el marco de un sistema acusatorio", Fabián Di Plácido Editores, Bs. As., 2015, pág. 115).

El Tribunal de Impugnación inobservó deliberadamente dicha manda legal y dispuso la apertura formal de la impugnación ordinaria.

Para decidir de ese modo, argumentó lo siguiente: *"...rige en la materia, como dijeron las partes acusadoras, el principio de taxatividad que está establecido en el artículo 227 [del CPPN] que establece que solo algunas resoluciones del Código procesal*

neuquino resultan recurribles ante un órgano superior [...] máxime esta resolución, con múltiples decisiones internas, que se dictó el 21 de noviembre, pero que tuvo como antecedente tres largas y extensas jornadas de juicio [...] que tuvimos que observar, para dirimir cuestiones complejas. El artículo 172 in fine [...] establece que todo lo vinculado a la admisibilidad o inadmisibilidad de prueba resulta, como regla, una decisión irrecurrible. La pregunta que tenemos que hacernos es, respecto de los 4 ejes temáticos, a los que sumo el rechazo del sobreseimiento respecto de 21 casos objeto de acusación, es si esta decisión conforma, como nos planteó la defensa, un auto procesal importante, que sería una válvula de escape, una excepción, o una posibilidad de ingresar a la cuestión de fondo. Y es un concepto que está incluido en el artículo 233 del Código Procesal Penal..." (audiencia de impugnación del 19/12, minutos 02:29 y ss.).

No comparto, respetuosamente, este fundamento en tanto el concepto de "auto procesal importante" está vinculado de manera directa con la imposibilidad de reparar un perjuicio concreto (cfr. R.I. n° 71/2019; 41/2019 y 75/2019, entre otros).

Y en el caso, la decisión de la Dra. Sauli, en cuanto propende a la celebración de un juicio oral con todas las garantías, impide generarle a las partes un perjuicio de imposible reparación ulterior.

Tampoco aquella decisión de grado importó poner fin al proceso ni impedir su continuación. Su única consecuencia es que el imputado continúe sometido al

proceso penal.

El voto ponente del Tribunal de Impugnación en esta temática (desarrollado por el Dr. Sommer), complementó dicha justificación al haberse rechazado en origen el sobreseimiento petitionado por el Sr. Defensor, incorporando prueba indirecta para el juicio (cfr. audiencia citada, minutos 04:15 y ss). Sin embargo, tampoco ese aspecto de la decisión era pasible de impugnación ordinaria, puesto que dentro del elenco de decisiones impugnables no figura el rechazo del sobreseimiento (cfr. art. 233 CPPN); aspecto que esta Sala Penal ya tuvo oportunidad de señalar en casos de cierta analogía al presente (cfr. Acuerdo 11/2015, "G., A. s/ Homicidio", rta. el 27/04/2015).

Vale aclarar también que el artículo 168 del CPPN permite a la defensa instar el sobreseimiento durante la audiencia de control de acusación, *"siempre que para ello no deban discutirse cuestiones que son propias del juicio oral"*, lo que a la luz de los cuestionamientos sobre el grado de fiabilidad de la prueba a rendirse durante el debate descartaba esta alternativa (circunstancia que también tuvo en cuenta la jueza de garantías para rechazar el planteo de sobreseimiento que le planteó el Dr. Palmieri, cfr. audiencia del 21/11/2023, minutos 07:04 y ss).

Este extremo fue igualmente desconocido por el órgano revisor, al abrir el recurso de su especialidad con el fin de ingresar al tópico de la "baja calidad" de la prueba admitida, cuando este aspecto es inherente a la fase del juicio oral.

A estos argumentos, suficientes para invalidar la decisión, sumo aquí otra razón adicional:

La Dra. Estefanía Sauli, en su extenso pronunciamiento oral de fecha 21/11/2023, se ocupó de ahondar en las particulares circunstancias de cada caso, efectuando en primer término una amplia introducción bajo la cual otorgó razones para admitir y elevar a juicio 21 hechos de abuso sexual infantil en torno a los cuales hubo un relato escaso o nulo, del testimonio mediante el sistema de cámara Gesell, pero donde existían potenciales testigos de referencia (principalmente sus familiares cercanos) que, unidos a otras pruebas periféricas, ameritaban su juzgamiento; sin que por ello se frustrara el derecho a interrogar testigos de cargo o se pusiera en peligro la eventual ecuanimidad del Jurado Popular que habría de intervenir, respondiendo en ello las críticas que propuso el letrado defensor.

Precisó en primer término que el fundamento de la petición de sobreseimiento se basó en considerar que la prueba ofrecida era de baja confiabilidad, de baja calidad, ya sea porque los niños y niñas no pudieron brindar su relato en cámara Gesell, o porque no estaban en condiciones de brindar ese relato, o no estaban en condiciones de hacerlo pero por problemas de lenguaje, o porque si bien algunos y algunas estaban en condiciones, y pasaron a la cámara Gesell, no dieron un relato o el mismo fue escaso; y que entonces, sin relato, la defensa no podía llevar adelante las refutaciones de dichos testimonios porque, justamente, no existirían.

La Dra. Sauli descartó fundadamente tales objeciones, al considerar que sí había relato y que los niños y las niñas hablaron, tal vez no a través del dispositivo de cámara Gesell, pero sí a través de sus progenitores o de personas de su círculo íntimo cuyos testimonios fueron ofrecidos y admitidos para dicho debate, frente a lo cual la defensa sí tenía herramientas para poder refutar estas manifestaciones.

En su análisis conjugó los derechos y garantías de las presuntas víctimas y los derechos y garantías del imputado. Por un lado, el derecho de las víctimas de ser oídas, donde debía ponderarse el interés superior del niño, la amplitud probatoria en los casos de víctimas niños y mujeres, el acceso a un juicio justo, pero por el otro lado también los derechos y garantías del imputado, de que se presuma inocente hasta que una sentencia no diga lo contrario, a que pueda tener un debido proceso, a ejercer su derecho de defensa y también a un juicio justo. Aclaró que el art. 168 del CPPN regula que se podrá instar el sobreseimiento en esta etapa, siempre que no deban discutirse cuestiones que son propias del juicio; y que en atención al nivel de litigiosidad que por sí sólo daba cuenta el legajo, había varias cuestiones a discutir mediante un juicio justo tanto para el imputado como para las víctimas.

Como complemento de lo expresado, sostuvo que era difícil sobreseer en esta etapa previa al debate porque no había tenido inmediación con la prueba ni contacto directo con las evidencias. Y que existían, razonablemente, varios elementos de prueba para sostener

tanto la teoría del caso de la defensa como la de la fiscalía.

Reiteró que la defensa solicitó el sobreseimiento en todos los casos donde los niños y niñas no habían podido brindar su testimonio en cámara Gesell, pero que, no obstante ello, existía un trabajo guía de UNICEF, denominado "*UNICEF - Abuso sexual infantil contra niños, niñas y adolescentes - Guía para tomar acciones y proteger sus derechos*", del año 2016, que estableció que a partir de los 3 años los relatos de los niños y las niñas podían parecerse sin sentido debido al empleo de oraciones cortas e incompletas, y que, sin embargo, la experiencia de abuso sexual estaba siendo puesta en palabras de una manera concreta. Puntualizó que había que evaluar las declaraciones de los niños y las niñas bajo ese tamiz, que sólo podrían connotar las maniobras sexuales del adulto mediante su propio esquema mental y su interpretación de la realidad, según la etapa evolutiva y el estadio psico-sexual que se encuentren atravesando; y que, tratándose de primeras infancias, no se les podía exigir la utilización de términos, palabras u oraciones como un adulto porque, justamente, no lo son. Explicó que algunos pudieron brindar un relato en cámara Gesell o a través de sus padres, hablaron como pudieron y con quienes pudieron, con las palabras que encontraron dentro de su vocabulario, y otros no pudieron tal vez por la edad que poseen, porque no entienden, porque no saben cómo expresarlo, o porque tal vez no tienen nada para contar. Pero eso estimó que era un tema a resolverse en

una instancia de juicio, habiendo escuchado y analizado la prueba de manera integral.

Remarcó que lo importante no era solo el testimonio de las víctimas, sino que en este caso también lo eran el relato de sus progenitores. Entendió que no debía minimizarse el valor del testigo de oídas en los casos de delitos sexuales, en función de la dificultad que apareja, sobre todo para un niño, cuando finalmente decide contar lo sucedido, ya que para la valoración probatoria no resultaba un dato anecdótico que los hechos investigados hayan sido enmarcados en delitos contra la integridad sexual de niños y niñas, cuyas especiales circunstancias de comisión y por el tipo de víctimas, exigían un abordaje específico. Enunció los diferentes instrumentos de carácter legal y constitucional que expresan la situación de vulnerabilidad (Convención de los Derechos del Niño, la Convención Belem do Pará, la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos del Niño y del Adolescente, la ley 26485), y que por eso se necesitaba una mirada amplia, que incorpore los lineamientos propuestos en esos instrumentos, lo que, además, constituye un deber y una exigencia constitucional y legal para todos los operadores del derecho.

Por último, dio cuenta de que en los tribunales internacionales se ha establecido un estándar de prueba indiciaria según el cual cuando se está ante un caso de violencia sexual, y en aquellos casos en que los hechos imputados no pueden ser probados directamente por elementos de prueba, como, por ejemplo, pruebas físicas,

biológicas, periciales y técnicas, era posible que se acudiese a prueba indiciaria para construir una teoría a partir de estos indicios capaz de explicar y conformar el nexo causal en la relación con el imputado, en la configuración el hecho constitutivo de violencia sexual.

Premisa que, igualmente, supone garantizar al imputado la igualdad procesal probatoria, el debido proceso, el derecho de contradicción, la presunción de inocencia, por ello la prueba indiciaria debe ser ponderada en conjunto con otras pruebas que se pueden denominar "pruebas de refuerzo" que permitan mantener un equilibrio real entre los derechos de las víctimas, el debido proceso y las garantías judiciales, ya sea de las partes acusadoras o de la persona a la que se le imputa el hecho investigado.

Ahora bien: el Tribunal de Impugnación, en el marco de esa pretendida labor de control, invalidó dicho pronunciamiento al tildarlo de "arbitrario".

Para proceder de tal modo, comenzó a desarrollar los fundamentos de este ítem la magistrada Dra. Florencia Martini, quien en lo central de su argumentación expresó:

"...No es prueba confiable, o sea es prueba de baja calidad la de los testigos de oídas, que -remarco- no es que vengan a validar el relato de la víctima, que en este sentido serían confiables y relevantes, sino que en este caso, sin contar con el relato no es posible validar un relato que no existe. Con lo cual que no sería confiable llegar a un juicio sólo con testigos indirectos sino que incluso no sería relevante, porque la relevancia de escuchar a los testigos de oídas, en estos casos, es a

fin de validar el relato de las víctimas. Sin víctimas no tenemos relato a validar y tampoco sería relevante ni confiable escuchar a estos testigos. En definitiva, entendemos que se trata de insuficiencia de la prueba para superar la duda razonable sobre la autoría en el hecho por parte del imputado, con lo cual no alcanza para llegar a juicio, máxime cuando se trata de un juicio por jurados donde, a través de las instrucciones hay que explicarles el derecho aplicable [...] Sostenemos que es arbitraria la decisión que lo admitió, porque no se alcanza a superar la suficiencia de la prueba para llegar a un juicio..." (cfr. audiencia de impugnación, 19/12/23, minutos 20:45 y ss).

Este concepto lo reforzó el restante integrante del Tribunal de Impugnación -Dr. Trincheri- quien en este aspecto puntual expresó:

"...lo que nosotros estamos diciendo con esta resolución es arbitraria la decisión de la jueza de garantías en cuanto dispone el pase a juicio, es decir el Fiscal consideró terminada la investigación y creyó que, con lo que había, tenía elementos suficientes como para ir a juicio, y es obvio que si pide ir a juicio, es porque piensa que probablemente va a obtener una sentencia de condena. Como explicó la Dra. Martini, hay una arbitrariedad de la jueza de garantías pero no significa que se deba dictar el sobreseimiento..." (ídem, minutos 24:32 y ss).

Ahora bien: ya hemos expresado que mediante la reforma procesal instaurada por la Ley Provincial n° 2784 se creó un órgano jurisdiccional capaz de fiscalizar de

manera plena las sentencias de jurisdicción penal, preservando de ese modo el derecho a la Doble Instancia contenido en los arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN, en función del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Y ese órgano fiscalizador no es otro que el Tribunal de Impugnación, cuyo ámbito de análisis se extiende hasta agotar un triple examen de la sentencia de grado ("juicio sobre la prueba", "juicio sobre la suficiencia de la prueba" y "juicio sobre la motivación y su razonabilidad") cuyas notas fueron claramente definidas por esta Sala Penal en fallos de conocida cita (cfr. Acuerdo n° 33/2015, "P., P.E. s/ Homicidio...").

Frente a lo anterior, asumiendo a modo de hipótesis que lo decidido por la Dra. Sauli resultara ser un auto impugnabile (que no lo es conforme a lo previamente argumentado), la tarea del Tribunal de Impugnación debía ceñirse a exponer de un modo detallado: a) los argumentos brindados por la jueza de grado en aquello que motivó el recurso, b) identificar los supuestos yerros argumentativos de la magistrada a la luz de las críticas sustanciadas, y c) explicar por qué tales fundamentos carecían de razonabilidad para considerarse un acto jurisdiccionalmente válido.

Nada de ello ocurrió en el *sub lite*, desde que el Tribunal de Impugnación no mencionó ninguno de los fundamentos brindados por la Dra. Sauli (que ocuparon más de dos horas de desarrollo). Menos todavía se puso de relieve la tacha asignada a través de una crítica detenida de cada uno de ellos.

Frente a ello, siendo que el objeto de análisis (a partir de aquella apertura formal del recurso ordinario) resultaba la corrección jurídica -o no- de una decisión sobre la que se omitió toda referencia, a pesar de haberse repasado su contenido previo a la toma de decisión (cfr. voto del Dr. Sommer, minutos 03:04 y ss), su revocación solo pudo efectuarse mediante afirmaciones dogmáticas, al omitir las razones concretas bajo las cuales la Dra. Sauli sustentó su resolución.

En síntesis, el Tribunal de Impugnación le asignó *arbitrariedad* a un pronunciamiento cuyas razones no detalló ni controló; sustituyendo el criterio adoptado por la Jueza de Garantías en una materia que era propia y privativa de esta última, al menos en esta fase del proceso. Efectuando a su vez dicho órgano de control adjetivaciones genéricas de la prueba, cuyo contenido efectivo desconocía.

De allí que la arbitrariedad asignada al fallo de la Dra. Sauli deviene, paradójicamente, del propio órgano de control que la predicó.

Por lo dicho hasta aquí y tal como anticipé, las impugnaciones de las partes acusadoras son sustancialmente procedentes.

En lo referente a la impugnación extraordinaria deducida por la Defensa, el recurso se nutre de dos críticas específicas dirigidas contra la resolución del Tribunal de Impugnación de fecha 19/12/2023 referido a: 1) la convalidación del rechazo del sobreseimiento del imputado; y 2) la convalidación de la competencia asignada a los Jurados Populares.

Frente a lo anterior y más allá de que los alcances específicos de esta resolución se tratarán con detalle en la cuestión subsiguiente, el recurso pretende censurar aspectos de un fallo que no constituye -en todo su contenido- un acto jurisdiccional válido.

Al ser ineludible la revocación *in totum* del pronunciamiento sobre el cual el Dr. Palmieri promovió su recurso, el reclamo allí asentado devino abstracto y así debe declararse.

El **Dr. Evaldo Darío Moya** dijo: comparto la solución adoptada por el voto que antecede. Así voto.

A la **tercera cuestión**, el **Dr. Alfredo A. Elosu Larumbe** dijo: Atento los fundamentos expuestos previamente y tal como en cierta medida adelanté en la cuestión anterior, estimo que debe anularse la resolución dictada por el Tribunal de Impugnación en la audiencia oral del pasado 19/12/2023, manteniendo pleno efecto la resolución dictada por la señora Jueza de Garantías Dra. Estefanía Sauli en su pronunciamiento de fecha 21/11/2023, y vigentes también las reservas de impugnación efectuadas por las partes para hacerlas valer en el momento procesal oportuno.

Consecuentemente, corresponde el envío del legajo a la Oficina Judicial para la fijación de audiencia de juicio en los términos allí dispuestos por la señora Jueza de Garantías, Dra. Estefanía Sauli.

El **Dr. Evaldo Darío Moya** dijo: comparto la solución adoptada por el voto que antecede. Así voto.

A la **cuarta cuestión**, el **Dr. Alfredo A. Elosu Larumbe** dijo:

Atento a las particularidades de este caso y la solución arribada, considero que el afronte de las costas devengadas en esta instancia deben resultar por su orden (artículo 268, segundo párrafo, última parte del CPPN). Mi voto.

El **Dr. Evaldo Darío Moya** dijo: acompaño el voto del señor vocal preopinante en este tópico. Así es mi voto.


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

I. DECLARAR LA ADMISIBILIDAD de todas las impugnaciones extraordinarias aquí interpuestas (fs. 36/39, 40/43, 44/65, 67/76, 77/84, 85/89, 93/102 y 106/117), **dirigidas en contra el pronunciamiento del Tribunal de Impugnación** de fecha 19/12/2023.

II. HACER LUGAR a las impugnaciones extraordinarias formuladas por el Ministerio Público Fiscal, la Defensoría de los Derechos del Niño y las Querellas particulares ya referenciadas; y en su mérito, **revocar de forma íntegra la decisión antedicha,** atento las consideraciones ya expresadas (artículo 248 inciso 2° del CPPN).

III. DECLARAR ABSTRACTA la impugnación extraordinaria deducida por el Dr. Gustavo Palmieri, en representación del imputado Walter Guido Herrera (en contra los puntos V° y VI° de la sentencia aludida), **en virtud de la revocación dictada en el punto anterior.**

IV. MANTENER los efectos del pronunciamiento dictado por la señora Jueza de Garantías, Dra. Estefanía Sauli, en fecha 21 de noviembre pasado,



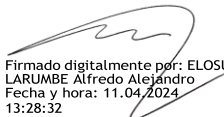
Firmado digitalmente por:
TRIEMSTRA Andres Claudio
Fecha y hora: 11.04.2024
13:41:37

debiendo continuar el legajo según su estado para la pertinente fijación de juicio.


V. DISPONER que las costas devengadas en esta instancia resulte por su orden (artículo 268, segundo párrafo, última parte del CPPN).

VI. Registrar, notificar y oportunamente, remitir las actuaciones a la Oficina Judicial para la continuación del trámite conforme a lo resuelto en el presente.

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



Firmado digitalmente por: ELOSU
LARUMBE Alfredo Alejandro
Fecha y hora: 11.04.2024
13:28:32



Firmado digitalmente
por: MOYA Evaldo Dario
Fecha y hora:
11.04.2024 13:32:05