



INTERPRETACIÓN DE LA NORMA QUE PREVÉ EL ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA

**Análisis del fallo: “G. L. E. S/ ABUSO SEXUAL (VÍCTIMA MENOR DE
EDAD)”, Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, 2020.**

NOTA A FALLO CUESTIONES DE GÉNERO

Autor: Morales, Oscar Isaías

Legajo: VABG51589

DNI: 23.058.602

Tutor: Baena, César Daniel

Abogacía

2021

Sumario: I. Introducción II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del Superior Tribunal de Justicia III. *Ratio decidendi* IV. Análisis del autor IV. a Descripción de análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales IV. b Postura del autor V. Conclusión. VI. Listado de referencia bibliográfica

I. Introducción

En la presente nota a fallo se analizará la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, en autos caratulados “G. L. E. S/ ABUSO SEXUAL (VÍCTIMA MENOR DE EDAD)”, en fecha 26 de febrero de 2020. En dicha causa se imputó la comisión de un Delito contra la integridad sexual, en perjuicio de una menor de catorce años, imponiéndose como pena al autor del mismo un año de prisión de ejecución condicional.

Ahora bien, la sentencia que será objeto de análisis, tuvo lugar ya que se presenta ante el Superior Tribunal tanto el Ministerio Fiscal y la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente impugnando la resolución del anterior Tribunal, en tanto éste declaró la nulidad de la sentencia de responsabilidad del imputado y dispuso la celebración de un nuevo juicio penal. Al respecto, el litigio se presenta ante el Tribunal de Superior de Justicia ya que debe resolverse un problema jurídico de relevancia el cual es explicado por Moreso y Vilajosana (2004), quienes sostienen que puede ocurrir que se puede estar de acuerdo con el sentido de las expresiones que aparecen en el texto normativo, en cambio se discrepa en cuanto a la aplicabilidad de la norma al caso concreto, por lo cual en dicho caso se da un problema jurídico de relevancia normativa.

En el fallo en análisis, el problema jurídico se da a causa de que el tribunal *a quo* entendió que el artículo 155, inciso 4° del Código Procesal Penal de Neuquén-en adelante, CPPN- no podía hacerse extensible al caso ya que la víctima, al momento de llevarse a cabo el juicio penal había cumplido la edad de 16 años y, por lo tanto, debía presentarse como testimonio en juicio, considerando inválida como prueba la declaración en Cámara Gesell. En razón de ello fue que declaró la nula la audiencia penal, y solicitó un nuevo juicio.

Por su parte, el Ministerio Fiscal plantea que se vulneran principios constitucionales como el de interés superior de la menor y la tutela judicial efectiva, en tanto que, de procederse a la realización de un nuevo juicio penal, se considera que importaría una revictimización innecesaria de la menor. En razón de ello, el fiscal del caso determina que el artículo 155, inciso 4° no prevé el caso de que deba nuevamente tomarse testimonio, bajo pena de nulidad, si la víctima tenía menos de 16 años cuando presenta su testimonio en Cámara Gesell,

En resumen, es tarea del Superior Tribunal de Justicia determinar si corresponde la aplicación del artículo 155, inciso 4° del CPPN al caso concreto y, por ende, tomar como válida la prueba testimonial llevada a cabo en Cámara Gesell. O bien, determinar que no corresponde la aplicación de dicho artículo y, por lo tanto, decidir que deba llevarse a cabo un nuevo juicio en que la menor deba testificar reiteradamente, pero en una audiencia pública.

Por lo tanto, la importancia del analizar el fallo radica, en la influencia que tiene el mismo para causas similares en tanto que, el Superior Tribunal menciona leyes y doctrinas que tratan acerca de la perspectiva de género, más precisamente, la normativa que impone a los jueces que deban adoptar una postura que garantice a las mujeres el derecho a vivir sin violencia. Para ello, impone como directriz que se deba adoptar en los juicios en que los que las mujeres sean víctimas de violencia de género, el principio de amplitud probatoria.

Por ende, se considera que será interesante analizar el fallo en el presente trabajo ya que, dará lugar a analizar tanto desde la perspectiva doctrinaria como jurisprudencial, cómo se debe ser tomada en cuenta la prueba testimonial de la víctima menor de edad.

Por consiguiente, en la presente nota a fallo, en primer lugar, se desarrollarán los hechos que dieron lugar a la causa, su desarrollo procesal y la decisión del Tribunal. Luego, se mencionarán los primordiales argumentos que fueron sustentos de la decisión arribada por el Tribunal, conocido como *ratio decidendi*. Posteriormente, se hará un análisis doctrinario y jurisprudencial, tanto de conceptos esenciales como de los temas

que han sido eje en el fallo. Por último, se culminará con la postura del autor, referido a la temática central y, con las conclusiones finales.

II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del Superior Tribunal de Justicia

La causa en análisis tuvo como hecho el delito de abuso sexual sufrido por una adolescente de catorce años. En razón de ello y tratándose de un delito de acción pública en contra de una menor de edad, el caso es investigado y presentado ante la justicia tanto por el Fiscal Marcelo Jofré, como por la Dra. Paula Castro Liptak, Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente.

Al respecto, en el tribunal del juicio, la jueza declaró penalmente responsable como autor del delito de abuso sexual al imputado -mencionado en el citado fallo con las primeras letras de su nombre como “L. E. G.”-, en perjuicio de la menor “T. D. F.”. Luego, en la audiencia de cesura, llevada a cabo el 10 de abril de 2019, se impuso al imputado la pena de un año prisión de ejecución condicional, sujeto a las reglas previstas en el artículo 27 bis del Código Penal, por el plazo de dos años.

En razón de ello, la Defensa del imputado presenta recurso de impugnación ordinaria tanto contra la sentencia que lo declara responsable como contra la audiencia que impone la pena de prisión. Así, el 3 de octubre de 2019, el Tribunal de Impugnación declara nula la sentencia de responsabilidad y dispone el reenvío para la celebración de nuevo juicio. Dicho tribunal de alzada argumenta que la prueba ofrecida en la audiencia de abril de 2019 no es válida ya que, la menor debía presentar su testimonio verbal. Por tanto, considera inválida como prueba la videograbación en la cual la menor da su testimonio en Cámara Gesell ya que, el Tribunal considera que si bien, al momento de llevarse a cabo dicho testimonio era menor de 16 años, en la audiencia imputativa la víctima ya había cumplido dicha edad por ende correspondía presentarse a dar testimonio de manera oral y pública.

Contra dicha resolución, impugnan la sentencia el Fiscal del caso, la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente y la Defensa del imputado. Éste último

argumenta que corresponde dictar la absolución de L. E. G., ya que según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos como “Kang” y “Sandoval”, entre otros, si la revisión implica celebrar un nuevo juicio por error del fallo por tanto no corresponde el reenvío sino la absolución.

En cuanto al Fiscal argumenta que la declaración en Cámara Gesell fue llevada a cabo en fecha 20 de septiembre de 2018, fecha en la cual la víctima tenía la edad de quince años. Menciona que la menor, en aquella oportunidad ejerció el derecho que le da el artículo 155, inciso 4° del CPPN, para prestar testimonio como anticipo jurisdiccional de prueba. Además, aduce que dicho artículo bajo ninguna circunstancia impone como nulidad que, si la menor de dieciséis años ya ha prestado su testimonio de manera anticipada, deba declarar en juicio, si al momento de la celebración del debate ya cuenta con dicha edad.

Expuestos los argumentos de las partes, y analizados cada uno de ellos, el Superior Tribunal, de forma unánime, declara nula la sentencia dictada por el Tribunal de Impugnación, la cual suprimía la responsabilidad del imputado y, además, declara nula la audiencia en la cual dicho Tribunal de alzada había solicitado el reenvío del legajo con la orden de celebrar un nuevo juicio en la cual la menor debía prestar testimonio oral y público. Por lo tanto, el Superior Tribunal reenvía la causa nuevamente al tribunal *a quo* para que dicte un pronunciamiento teniendo por válida como prueba la testimonial prestada por la víctima en Cámara Gesell.

III. Ratio decidendi

En el presente apartado se analizarán los argumentos desarrollados por el Superior Tribunal, los cuales constituyen las razones que motivan al mismo a tomar la decisión arribada en la sentencia. Ahora bien, sus argumentos se desarrollan con la finalidad de resolver el problema jurídico de relevancia normativa que se presentó a causa de la aplicación del artículo 155, inciso 4° del CPPN.

Para ello, en primer lugar, el Tribunal determina que si habiéndose llevado a cabo ya la prueba testimonial, las partes litigantes no observaron ni censuraron la misma, no corresponde ordenar una nueva convocatoria para declarar en juicio, ya que

generaría una revictimización o reexperimentación de la vivencia traumática en la víctima del abuso sexual.

Luego, el Superior Tribunal menciona dos principios rectores en materia penal: principio de libertad probatoria y de inmediación. Respecto al primero de ellos, menciona que la libertad probatoria implica que toda evidencia es idónea a los fines de comprobar los hechos fácticos delictivos siempre, claramente, que se cumplan con las reglas de admisibilidad y legitimidad, determinando que no existe límite para ponderar dichas pruebas conforme a la sana crítica. En cuanto al principio de inmediación, el Tribunal determina que corresponde a los jueces atenerse a todo lo que han visto y oído en el debate para fundar su decisión, para evitar incurrir en arbitrariedad.

Ahora bien, sentado dichos argumentos que fueron de primordial base de sustento de lo siguiente, el Superior Tribunal prosigue en el análisis del artículo 155. Con respecto al mismo, los jueces coinciden que el tribunal a quo incurrió en una errónea y aislada interpretación del código procesal penal de Neuquén. Para llegar a dicha conclusión, los jueces argumentan que no se encuentra exigido por ninguna norma procesal penal local que una declaración ya prestada como un anticipo jurisdiccional de prueba, sea reemplazada por el testimonio de la víctima en el debate, al haber cumplido los dieciséis años de edad.

Sobre la cuestión, el Tribunal Superior, citando a la obra de Pitlevnik (2009), en la cual se hace alusión a los fallos del Máximo Tribunal Argentino, determina que siempre debe tenerse en cuenta como primera fuente de exégesis de la ley su letra, en tanto que establece que no se puede dar un sentido distinto a lo mencionado en sus preceptos, ya que importaría la pérdida de los derechos contenidos en la norma.

Por último, el Superior Tribunal con respecto a la decisión del tribunal *a quo* de desestimar la prueba por la errónea interpretación que hicieron del artículo 155, inciso 4°, y haciendo alusión al fallo “Gallo” dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en junio de 2011, determinan que frente a las víctimas menores de edad y las que han padecido delitos sexuales, los jueces deben adoptar medidas que resulten adecuadas para moderar los efectos negativos del delito, como es la revictimización de

la damnificada, procurando evitar que el daño sea incrementado como consecuencia del contacto con el sistema de justicia. En definitiva, el Tribunal Superior impone que los jueces deben proteger tanto la integridad física como psicológica de la víctima (Fallos 334:725).

IV. Análisis del autor

IV.a Descripción de análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Antes de pasar a analizar el problema jurídico que presentó la causa es necesario realizar una serie de definiciones y aclaraciones para lograr desarrollar de forma más exacta a aquél problema. Así, comenzaremos aludiendo a la prueba de los procesos judiciales, la cual es definida como “el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, atención y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso” (Dos Santos, 2013, p. 2).

En la causa en análisis, el medio de prueba sobre el cual se dio el problema tuvo que ver con la Cámara Gesell, la cual se trata de una herramienta judicial para interrogar a menores de edad que sean testigos o, bien, cuando sean las víctimas de delitos. En efecto, “se trata de un habitáculo o espacio particular que fue ideado y diseñado para observar ‘en vivo’ interactuar a personas, sin que éstas se percaten de ello y de esta forma se sientan intimidadas por quienes son los ‘observadores’” (Azar, 2020, p. 1).

Referido a este tipo de medio de pruebas, Altamirano (2009) determina que cuando el menor de edad sea víctima o testigo de un delito se le debe brindar una especial atención por parte de los operadores judiciales, para que éstos logren receptar, valorar y respetar los derechos del niño, debiendo tener en cuenta que siempre deben evitar la revictimización del menor. Por ello, dicho autor sostiene la fundamental importancia de la Cámara Gesell ya que, en años en los que no existía tal herramienta judicial, el menor se veía obligado a enfrentarse a un tribunal que lo único que lograba era el silencio del niño, violentando el principio constitucional de ser oído.

No obstante, existen dos principios rectores de la prueba, que constituyen de alguna manera un límite a ese medio probatorio: por un lado, el principio de libertad probatoria, el cual faculta al juez para que, de manera libre, valore los medios de prueba que sea aportados al proceso y decida si son precisos y correctos para el proceso, y no considerarlos así, podrá rechazarlos. Y, por la otra parte, el principio de inmediación, el cual determina que el juez debe tomar contacto directo con quienes sean testigo, cuando se trate de pruebas testimoniales (Gozaíni, 2020).

Ahora bien, el problema en la causa en análisis se produce porque al tratarse de una situación tan especial, como lo es el abuso sexual sufrido por un menor de edad, muchas veces, es imposible pensar que puedan tener mayor ponderación querer dar lugar a dichos principios y exponer al menor ante una circunstancia tan traumática como lo es tener que detallar los hechos frente a un sin número de personas desconocidas. En efecto, los autores Fontemachi& Bianchi destacan la preocupación que genera la situación por la que deben atravesar los niños menores de edad, ya que como si no bastara haber tenido que vivir experiencias difíciles y en algunos casos devastadores, “tienen que revivir a través de interrogatorios exentos de cuidado y de privacidad esas realidades violentas y de abuso” (Fontemachi& Bianchi, 2015, p. 1).

Es por ello que, en esta instancia, el testimonio al menor deberá ser tomado con el mayor provecho posible, aunque tomando todos los recaudos de cuidados posibles ya que la misma constituye una experiencia traumática para el infante, porque deberá relatar en primera persona la situación padecida (Bentivegna, 2015). Y, es en razón de ello de que, la doctrina apoya de que el testimonio del menor deba ser en un ámbito lo más privado posible y no frente a una audiencia penal.

Al respecto, la Sala IV, de la Cámara Federal de Casación Penal, en la causa “c/ M., A. T. s/ recurso de casación”, del año 2014, determinó que debe evitarse la interrogación de forma directa por parte del tribunal hacia los menores de edad cuando éstos hayan sufrido un delito contra su integridad sexual, lo cual es razón suficiente para facultar a los jueces a obtener a través de la Cámara Gesell el testimonio correspondiente.

Ahora bien, realizado el análisis pertinente de los conceptos y figuras centrales del fallo, se procede al análisis del problema jurídico, el cual recordemos era de relevancia normativa, y recaía sobre el artículo 155, inciso 4° del Código Procesal Penal de Neuquén. Al respecto, el autor Azar (2020), determina que el análisis de dicho artículo debe ir acompañado con la realidad del menor, respetando el derecho a ser oído, ya que en muchos casos hay adolescentes de 14 años que solicitan estar presente en el juicio oral para dar su testimonio, mientras que hay menores de 17 años que desisten de continuar con el proceso penal a causa de preferir no ver a quien le ha causado tanto daño de manera directa en un juicio.

Por lo tanto, el autor aludido sostiene que “el hecho de necesitar "cuidados especiales" no lo convierte en "inepto". El niño participa plenamente en la actividad judicial, pero lo debe hacer del modo adecuado a su condición de tal y respetando su particularidad”. Luego, el autor continúa sosteniendo lo siguiente:

Si de la evaluación se concluye que el niño/a está en condiciones de prestar declaración testimonial ésta deberá efectivizarse a la mayor brevedad posible dada la especificidad de la materia que se trata. Caso contrario, si se advierte que para un mayor resguardo de la salud psíquica del niño/a que éste sea interrogado directamente en Cámara Gesell, así lo hará saber, de manera fundada, al director de la investigación (Azar, 2020, p. 1).

IV.b Postura del autor

Del análisis efectuado anteriormente surge la postura del autor respecto al dictamen del fallo, el cual es a favor de la decisión arribada por el Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, en tanto se considera que fue justa en el caso concreto. Dicha postura surge ya que tal como se mencionó, la Cámara Gesell constituye un importante medio de prueba, más en el caso de delitos en contra de la integridad sexual del menor. Es decir, claramente, para el menor constituye una situación traumática tener que volver a recordar de manera detallada cada uno de los

hechos, lesiones y daños que ha sufrido mientras se dieron los mismos, y querer sostener que el menor tenga que volver nuevamente a recordar cada uno de ellos, pero ahora tener que hacerlo frente a un sin número de personas a quien no conoce, no es considero lo más justo para el caso.

Por el contrario, tal como lo menciona la autora Bentivegna (2015), la video filmación de lo atestiguado por el menor de edad en Cámara Gesell es una herramienta eficaz para los jueces y fiscales, en tanto que podrán reproducir las veces necesarias la grabación ya que, en los menores deben atenderse a cuáles son sus gestos, su forma de hablar y expresarse frente a cada pregunta del entrevistador. Por ende, se considera que el recurso planteado por la parte de la defensa, no busca que se garanticen los derechos de defensa del imputado sino, por el contrario, sólo logrará revictimizar a la menor.

Y en una era en la cual en los procesos judiciales sólo se intenta hacer cumplir las garantías constitucionales, tales como el debido proceso, la defensa en juicio, en otros previstos en el artículo 18 de la Constitución Nacional, también debería darse la misma importancia por hacer valer el derecho de los menores. A ser oídos, pero también a ser protegidos y, a evitar que vuelvan a ser revictimizados, derechos y deberes que deben ser garantizados por los jueces.

Es por ello que el problema jurídico de relevancia normativa fue resuelto de manera correcta ya que se considera que fue válido como prueba el testimonio de la menor en Cámara Gesell, porque la misma en dicho momento aún no tenía la edad de dieciséis años cumplidos, y tal como lo menciona el Tribunal, el artículo 155, inciso c del CPPN, no menciona que será nulo el testimonio prestado de manera anticipada, si luego cumple los dieciséis años al comenzar el juicio penal.

V. Conclusión

En el presente se llevó a cabo el análisis de la figura de la prueba testimonial en los juicios penales, más precisamente, la importancia de Cámara Gesell en los delitos en los cuales los menores de edad son víctimas de hechos tan ultrajantes tanto para su salud física y psíquica, como para su dignidad. Al respecto, la causa en análisis “G. L. E. S/

ABUSO SEXUAL (VÍCTIMA MENOR DE EDAD)”, dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, se dio por una errónea interpretación que el tribunal anterior realizó del artículo 155, inciso 4, lo cual conllevó a que el mismo aplique de manera incorrecta el mismo, y como consecuencia dio lugar al problema jurídico de relevancia normativa.

En razón de ello, para determinar la postura que se adopta en cuanto a la decisión arribada por el Tribunal, se analiza la figura de la Cámara Gesell, y de su importancia en la actualidad, desarrollada tanto por doctrina como por jurisprudencia. En efecto, se considera que la misma constituye un gran instrumento para que los menores de edad que han sido víctima de delitos como el abuso sexual, puedan tener todas las herramientas necesarias para dar a conocer los hechos. Más aun, tratándose de hechos en los cuales, por lo general, el abusador los lleva a cabo en lugares en los cuales no toma contacto con otros testigos, es fundamental una herramienta como lo es Cámara Gesell.

Por ende, se concluyó en que el problema jurídico fue resuelto no sólo atendiendo de manera correcta a la literalidad del artículo lo cual permitió que sea aplicado como correspondía, sino que, además, permitió que se dictase una resolución más favorable para la víctima, a quien el Tribunal debe tener en cuenta que es a quien debe proteger en todo juicio.

VI. Listado de referencia bibliográfica

1. Doctrina

- Altamirano, M.**(2009). Valorizar los Derechos del niño víctima y testigo del delito. Necesariamente debe ser mediante un Cuerpo Legal operativo y efectivo. Colección de Libros de Ponencias de Congresos de Derecho a la Niñez, Adolescencia y Familia- Ponencias I Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia
- Azar, A. G.** (2020). Cámara Gessel. Límite de edad ¿Autoritarismo tuitivo? Colección de Libros de Ponencias de Congresos de Derecho a la Niñez, Adolescencia y Familia- Ponencias XII Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y

- Bentivegna, S.** (2015). Una mirada procedimental en torno al abuso sexual infantil. El Derecho – Diario- Tomo 262 - 536
- Fontemachi, M. A. & Bianchi, N.** (2015). Niños, niñas y adolescentes víctimas: Su derecho humano a justicia. Colección de Libros de Ponencias de Congresos de Derecho a la Niñez, Adolescencia y Familia – Ponencias
- Gozáini, O. A.** (2020). Capítulo LV. Los principios de la prueba. Colección Doctrina - Editorial Jusbaire- Tratado de Derecho Procesal Civil - Tomo II
- Gozáini, O. A.** (2020). Capítulo LXV. Prueba testimonial. Colección Doctrina - Editorial Jusbaire- Tratado de Derecho Procesal Civil - Tomo II
- Moreso, J. J., y Vilajosana, Josep M.,** (2004). *Introducción a la teoría del derecho.* Barcelona, Madrid: Marcial Pons.
- Pitlevnik, L.G.,**(2009). *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, T. 6. Buenos Aires: Hammurabi.

2. Legislación

- Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén** (24 de noviembre de 2011).
- Constitución de la Nación Argentina** (1° de mayo de 1853). Honorable Congreso de la Nación Argentina.
- Constitución de la Provincia del Neuquén** (29 de noviembre de 1957).
- Ley 2.786. Ley de la provincia de Neuquén de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres** (24 de noviembre de 2011).
- Ley 26.485. Ley de Protección Integral a las Mujeres** (11 de marzo de 2009). Honorable Congreso de la Nación Argentina.

3. Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia de la Nación** (7 de junio de 2011). “Gallo López, Javier s/ causa N° 2222”, Fallos: 334:725. [Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton De Nolasco- Carlos S. Fayt - Enrique Santiago Petracchi- Juan Carlos Maqueda - E. Raúl Zaffaroni]
- Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén** (1° de agosto de 2016). Acuerdo Nro. 12. “Barrionuevo, Claudia Cecilia c/ Provincia

del Neuquén s/ cese de acoso laboral” (Expte. N° 147 - año 2006).[Oscar E. Massei – Alfredo E. Larumbe]

Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal(12 de junio de 2014). “c/ M., A. T. s/ recurso de casación”. Causa Nro. 15.313[Gustavo M. Hornos - Juan Carlos Gemignani - Mariano Hernán Borinsky]