



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

I

La Sala en lo Civil y Penal de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán declaró la nulidad de la sentencia dictada por la Sala I de la Cámara Penal Conclusional del Centro Judicial Capital, que había condenado a G E G a la pena de diez años de prisión por el delito de abuso sexual del menor B.W.G. agravado por el vínculo y por la relación de convivencia preexistente, y remitió las actuaciones para que, previo debate, otro tribunal dicte un nuevo pronunciamiento.

Contra esa decisión el querellante, padre de la víctima, interpuso recurso extraordinario que fue declarado inadmisibile por no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal, ni verificarse circunstancias especiales que hubieran menoscabado el servicio de justicia, lo que dio origen a la presente queja.

II

En la resolución impugnada por la vía federal el *a quo* consideró que la sentencia condenatoria exhibe un vicio grave e insubsanable que la descalifica como acto jurisdiccional válido, al inobservar una formalidad esencial de su estructura, relativa a la correcta conformación del acuerdo y la votación de sus integrantes en todas las cuestiones. En ese orden señaló que dos de los jueces del tribunal se pronunciaron sobre la totalidad de las cuestiones planteadas –1º: existencia material del hecho y autoría; 2º fijación del hecho que el tribunal tiene por acreditado; 3º calificación legal; 4º fijación de la pena; 5º pedido de revinculación del niño víctima con la madre; 6º: honorarios—, mientras que el tercero omitió expedirse sobre los puntos 3º y 4º.

Respecto de las dos primeras cuestiones expuso que la vocal preopinante consideró probadas la existencia del hecho y la autoría del imputado y afirmó que en

días no identificados, alrededor de la fecha de la denuncia, G E G abusó de su nieto B.W.G. con tocamientos deshonestos de índole sexual y provocó un despertar de la sexualidad prematura e incompatible con su edad. El acusado se valió de su autoridad de abuelo, impuesta por su superioridad física, de maltratos (“correctivos”) y de la convivencia con el niño. La segunda vocal adhirió al voto precedente. El tercer juez consideró que a pesar de la cantidad de pruebas producidas era difícil encontrar en ellas la calidad y contundencia que pudiera suministrar certeza acerca de la entidad y ocurrencia histórica de los hechos juzgados “imponiéndose de esta manera la duda”.

En relación con la tercera cuestión el *a quo* refirió que la mayoría calificó el hecho como abuso sexual simple, doblemente agravado por el vínculo (ascendiente) y por la situación de convivencia, mientras que el magistrado de la minoría consideró que el hecho resulta típico si se ajusta a la descripción de la conducta prohibida por una norma y “al no haberse comprobado la existencia del hecho, menos aún su tipicidad”. Respecto del punto 4º (pena) luego de referirse a la presunción de inocencia y la certeza requerida para la condena, ante la ausencia de prueba en ese sentido el juez disidente entendió que debía “aplicar en la especie la consecuencia prevista en el art. 2º.2 del nuevo Código de Procedimientos en lo Penal (Estado de Inocencia. Duda)”.

Señaló el superior tribunal local que, pese a que la decisión de la mayoría lo obligaba a pronunciarse sobre la totalidad de los temas propuestos, dicho magistrado omitió expedirse sobre la calificación legal y el monto de la pena; en consecuencia, en virtud de lo dispuesto en los artículos 415, párrafos 1º y 2º, 417, inciso 2º, del código procesal y 18 de la Constitución Nacional, el acto jurisdiccional era nulo.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

En ese orden consideró que el acuerdo resulta una exigencia fundamental, porque las sentencias de los tribunales colegiados no pueden concebirse como una colección o sumatoria de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino producto de un intercambio racional de ideas entre ellos, en cuyo marco se establecen las cuestiones a resolver y el orden individual de la votación. Expuso que, si el tribunal está integrado por tres miembros, no basta la coincidencia de dos si falta el pronunciamiento del tercero sobre alguna de las cuestiones propuestas toda vez que la decisión debe ser fruto de la deliberación entre los jueces. Añadió que en el acuerdo se produce la comunicación entre los vocales acerca de su modo de ver el asunto y la opinión legal que les merece, de modo que tengan la posibilidad de mejorar, modificar o rectificar su apreciación y si uno no se pronuncia sobre una cuestión no existe al respecto deliberación, quebrantándose el sentido de la colegialidad y la propia constitución del tribunal, con afectación del servicio de justicia.

A ese respecto, refirió que en el precedente "Magín Suárez" (Fallos: 310:2845) V.E. expresó que el voto de la mayoría en una decisión previa, obliga a la minoría en todo tribunal colegiado, siendo improcedente que éste se niegue a intervenir, dejándolo desintegrado. Consideró el *a quo* que “el voto de la mayoría en una decisión previa, obliga a la minoría, pues aquella es la que decide sobre cada punto objeto de las cuestiones, de modo tal que el vocal disidente queda vinculado a lo resuelto por la mayoría en cuanto a la discusión y decisión de las cuestiones siguientes. En consecuencia, deberá dar por cierto o exacto lo que la mayoría opinó y decidió, sin tener en cuenta el sentido de su voto minoritario anterior ni los fundamentos que lo determinaron en la votación puntual agotada (doctrina art. 415, 2° párrafo, del CPPT).” Entendió que en el *sub judice* se ha violentado el procedimiento de deliberación y decisión que “para la correcta conformación del acuerdo exige se

consideren y resuelvan una a una las cuestiones planteadas: el voto de la mayoría sobre una obliga a decidir a la minoría (art. 417, inc. 2º, del CPPT)”.

Concluyó que los artículos 186 y 187 del código procesal local imponen la declaración de nulidad de la sentencia por inobservancia de formas esenciales del proceso ante la incorrecta conformación del acuerdo por vicio en la votación, que implica un déficit en la constitución del tribunal; ordenó que otro, con distinta integración y previo debate dicte nuevo pronunciamiento y exhortó a los jueces a realizar juicio de manera urgente y sin dilaciones indebidas y evitar cualquier medida re-victimizante que pueda poner en riesgo la salud psico-física y emocional del menor víctima.

III

En su apelación extraordinaria el querellante planteó que, al anular la condena la decisión del *a quo* incurrió en arbitrariedad con lesión del superior interés del niño consagrado en el artículo 3º, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sostuvo que, si bien las resoluciones que deciden nulidades de carácter procesal no constituyen sentencia definitiva, resultan equiparables cuando por su índole y consecuencias pueden llegar a frustrar el derecho federal invocado, acarreando perjuicios de imposible o tardía reparación ulterior. En ese sentido afirmó que el gravamen provocado a su hijo resulta palmario en tanto la decisión que anuló la sentencia condenatoria y ordenó un nuevo debate oral, pese a que habían sido cumplidas las formas esenciales del procedimiento, modifica y perjudica gravemente su situación de hecho y de derecho, causándole ansiedad y un estado permanente de zozobra.

Adujo que el *a quo* invocó un vicio inexistente, la supuesta omisión del juez de la minoría de pronunciarse sobre dos de las cuestiones sometidas al acuerdo,



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

cuando de la simple lectura de la sentencia surge que el tribunal las resolvió por mayoría, votando los tres jueces sobre cada una de ellas.

Puso de relieve que el *a quo* omitió considerar la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 3°, incisos a) y b), de la ley 26.061 e hizo prevalecer la ley provincial (art. 415 y 417 del código procesal local).

Asimismo, se agravó por las revictimizaciones a las que fue sometido su hijo durante el proceso. Refirió que impulsado por el hartazgo solicitó su propia “abogada del niño” y pidió a los jueces que lo recibieran para explicarles, una vez más, “qué le había ocurrido cuando era pequeño y por qué no quería ir a tribunales” pero al sentirse burlado por los funcionarios, comenzó a negarse al contacto con ellos. Destacó que, en una nueva convocatoria, la secretaria del *a quo* consignó en un informe que “el menor preguntó por qué tenía que venir de nuevo, si él ya explicó por escrito cuál es su situación, que desde que tiene cuatro años que escribe y manda cartas. Me pidió que les dijera a mis jefes que lean todo lo que él escribió desde los cuatro hasta los once años que tiene. Que él ya no quiere conocer más jueces, ni ir a tribunales, que no entiende por qué lo vuelven a llamar, que a él le hace mal, que ya lo dijo muchas veces”. Añadió que el día previo a la anulación de la condena, volvió a ser citado, sumando cuarenta y una (41) convocatorias a los estrados judiciales.

Sostuvo que, por responsabilidad exclusiva del Estado, la víctima y su familia, deberían revivir todo lo ya sufrido en el debate donde se ventilaron los abusos que sufrió B.W.G. en el seno de su hogar materno.

Alegó que sin que ninguna de las partes haya expresado agravios al respecto se invalida un juicio oral desarrollado en condiciones de absoluta legalidad y con todas las garantías y una sentencia que exterioriza con claridad la deliberación y la

decisión condenatoria, y rechazó que los artículos 186 y 187 del código procesal invocados sustenten la nulidad declarada.

Puso de realce que el *a quo*, en exceso de los agravios planteados por la defensa en su recurso de casación, se apartó de las constancias de la causa, y con grave perjuicio al interés superior de su hijo, anuló la condena soslayando que el representante del Ministerio Público Fiscal estimó que estaba fundada “sin que se adviertan vicios que impidan considerar a la sentencia recurrida como acto jurisdiccionalmente válido”. Agregó que al hacerlo también transgredió la doctrina de los actos propios pues al examinar la misma sentencia en ocasión del recurso de la defensa contra el dictado de la prisión preventiva la consideró válida.

Observó, además, que la resolución del *a quo* exhibe irregularidades que la invalidan en tanto se transgredió el orden de votación, ninguno de los tres vocales se expidió sobre las cuestiones propuestas y el magistrado que emitió el primer voto se “adhiera” al emitido con posterioridad por el “vocal preopinante”. Añadió que omitió pronunciarse sobre cuestiones conducentes para la solución del caso oportunamente propuestas por las partes y dictó la resolución cuestionada a pesar de que las actuaciones estaban incompletas pues no fueron incorporadas al expediente digital pruebas introducidas en el debate (informe médico legal, dibujos del menor y una carta que envió al tribunal donde expresaba que “Me enoja bastante que me sigan llamando a tribunales después de que ya me hayan llamado miles de veces, y cada vez que voy ni siquiera me escuchan o no les importa mi opinión. Yo ya dije miles de veces lo que me hizo mi ex abuelo. Ya no quiero ir a tribunales y punto”).

Asimismo, afirmó que el exceso ritual en que incurrió el *a quo* afecta a la tutela judicial efectiva y los derechos de la víctima reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en las leyes 26.061 y 27.372 (arts. 4º, inc. c, 6º y 8º).



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Consideró que, de haber existido el vicio en cuestión, no habría agravio para las partes pues no afecta lo resuelto en la sentencia de condena.

Sostuvo, con citas de precedentes del Tribunal, que los jueces, a quienes la Convención sobre los Derechos del Niño dirige una petición expresa de atender el interés superior del niño, no pueden dejar de ponderar en cada caso cuándo la prevención del daño es preferible a la reparación ulterior y que la consideración del interés mencionado debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que involucran a menores, incluida la Corte, proporcionando un parámetro objetivo, debiendo atenderse primordialmente a aquella solución que les resulte de mayor beneficio.

Advirtió sobre la eventual responsabilidad internacional del Estado por la falta de debida diligencia en la investigación y sanción del responsable y por las consecuencias de los hechos del caso en la víctima, lo cual configura gravedad institucional y adujo que corresponde la intervención de V.E. en virtud de su nacionalidad y la de su hijo por adopción (norteamericana) y lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Nacional.

Por todo ello requirió que se revoque la decisión y reestablezca la vigencia de la condena.

IV

V.E. ha sostenido que las decisiones que resuelven nulidades no resultan, por regla, revisables en la instancia extraordinaria en la medida en que no constituyen sentencia definitiva; no obstante, corresponde hacer excepción cuando la resolución impugnada, por sus efectos, es susceptible de generar un perjuicio de imposible o tardía reparación ulterior, por lo que se requiere su tutela inmediata (Fallos: 343:2243); y que si bien lo atinente a la nulidad de los actos procesales es cuestión

propia de los jueces de la causa y ajena a la vía del extraordinario, cabe admitirlo cuando media un claro apartamiento de las constancias de la causa y la decisión evidencia un excesivo ritualismo que causa un agravio de imposible reparación ulterior (Fallos: 329:3478).

También, ha considerado como definitivas –aunque sin serlo en estricto sentido procesal– las resoluciones anteriores a la sentencia que, por su índole y consecuencias pueden llegar a frustrar el derecho federal invocado, acarreando perjuicios de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior (Fallos: 306:1705, considerando 2º y sus citas; Fallos: 310:2214, voto de los jueces Fayt y Bacqué; Fallos: 316:2063).

En ese orden estimó presente ese requisito cuando la evidente incidencia que la decisión tiene en la vida actual y futura del niño determina la configuración de un agravio de insuficiente, imposible o dificultosa reparación ulterior, circunstancia que habilita la admisibilidad del recurso extraordinario (Fallos: 344:2471), o con sustento en el daño psicológico que podría sufrir la víctima y la consiguiente lesión de los derechos que le asisten en tal carácter (voto de la doctora Highton de Nolasco en Fallos: 334:725).

Por lo demás, también tiene dicho V.E. que si bien la apreciación de la tacha de arbitrariedad es particularmente restringida respecto de pronunciamientos de superiores tribunales provinciales, cabe hacer excepción a dicho principio cuando median graves defectos de fundamentación que descalifican el fallo como acto jurisdiccional válido (Fallos: 330:3092) o cuando se demuestra una lesión clara a un derecho de raigambre federal (Fallos: 345:884).

Ésa es la situación que, a mi entender, se presenta en el *sub examine*, toda vez que se plantea la falta de apreciación del caso bajo el principio del interés superior



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

del niño y de las disposiciones de la ley 26.061, en cuanto recepta las directrices adoptadas por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Bajo esas pautas, en mi opinión, la queja resulta procedente.

V

Cabe recordar que el *a quo* anuló la sentencia condenatoria por inobservancia del procedimiento de deliberación y decisión previsto en los artículos 415, 1° y 2° párrafos, y 417, inciso 2°, del código procesal provincial. Consideró que al estar integrado el tribunal por tres jueces no basta la coincidencia de dos si falta el pronunciamiento del tercero sobre alguna de las cuestiones propuestas en tanto la decisión debe ser fruto de la deliberación entre ellos, la cual no existe si uno omite expedirse sobre algún punto. Con cita del precedente "Magín Suárez" (Fallos: 310:2845) afirmó que el voto de la mayoría en una decisión previa obliga a la minoría pues decide sobre cada punto objeto de las cuestiones, de modo que el vocal disidente queda vinculado a lo resuelto por aquélla en cuanto a la discusión y decisión de las siguientes y por ello deberá dar por cierto o exacto lo que opinó y decidió, sin tener en cuenta el sentido ni los fundamentos de su voto minoritario anterior. Entendió que los artículos 186 y 187 del código ritual imponen la declaración de nulidad de la sentencia por inobservancia de formas esenciales del proceso ante la incorrecta conformación del acuerdo por vicio en la votación, que implica un déficit en la constitución del tribunal.

Si bien el planteo traído a la instancia por el querellante remite al examen de cuestiones de hecho y a la interpretación y aplicación de normas de carácter procesal provincial, privativas de la justicia local y ajenas como regla y por su naturaleza a la instancia federal, cabe hacer excepción pues se configura arbitrariedad (Fallos: 304:1314; 310:405) pues la decisión impugnada no es derivación razonada del dere-

cho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 322:702; 326:364; 327:1688; 344:3585) y revela la existencia de un excesivo rigor formal, con menoscabo de las garantías de la defensa en juicio y debido proceso y de derechos constitucionales y legales del menor víctima del delito investigado.

En ese sentido observo que la decisión se aparta de las constancias de la causa pues surge de la sentencia anulada que hubo deliberación entre los jueces. En efecto, se dejó constancia que “luego de realizado el debate y deliberado en sesión secreta, con la sola asistencia de la Actuaría (art. 414, CPPT), se fijaron las cuestiones a resolver, que se irán enunciando en la medida de su tratamiento, y se sorteó el orden de votación”. Ese proceder se ajusta a la norma citada, que dispone que “inmediatamente después de terminado el debate, bajo pena de nulidad, los jueces que intervengan pasarán a deliberar en sesión secreta, a la que sólo podrá asistir el secretario”. Asimismo, comparto con la querella que el juez de la disidencia se expidió sobre cada una de las cuestiones propuestas y lo hizo con exposición de los motivos en que se basó su voto (cf. sentencia voto del magistrado en los puntos IV y V, calificación legal y fijación de la pena, respectivamente).

En consecuencia, según mi parecer, media arbitrariedad en la decisión por traducir la solución dada al caso sólo la voluntad de los jueces apartada de las constancias comprobadas de la causa (Fallos: 325:2262).

Sin perjuicio de lo anterior resulta pertinente señalar que el código procesal provincial establece, en lo que aquí interesa, que el tribunal resolverá todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio —existencia del hecho, participación del imputado, calificación legal y sanción aplicable, entre otras— en forma sucesiva y por mayoría de votos y que los jueces votarán sobre cada una de ellas, cualquiera que sea el sentido de sus votos anteriores (art. 415), con exposición concisa de los motivos



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

de hecho y de derecho en que se basen, sin perjuicio que adhieran a las consideraciones y conclusiones formuladas (417 inc. 2°) y la sentencia será nula si faltase o fuese contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal (422, inc. 4°).

El ordenamiento ritual establece que los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo pena de nulidad (art. 185) y que se entenderá siempre prescripta bajo esa sanción la inobservancia de las disposiciones concernientes al nombramiento, capacidad y constitución del tribunal (art. 186, inc. 1°). El tribunal que compruebe una causa de nulidad tratará de eliminarla inmediatamente; si no lo hiciese, podrá declararla a petición de parte, excepto las previstas en los incisos 1 a 3 del artículo anterior que impliquen la violación de normas constitucionales o cuando así se establezca en forma expresa, que deberán ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso (art. 187). De lo contrario sólo podrán instar la nulidad, en las oportunidades establecidas bajo pena de caducidad, el Ministerio Público y las partes que no hayan concurrido a causarla y que tengan interés en la observancia de las disposiciones legales respectivas (arts. 188 y 189). Las nulidades quedarán subsanadas, salvo las que deban ser declaradas de oficio, cuando las partes no las opongan oportunamente; cuando hayan aceptado los efectos del acto o si no obstante su irregularidad, el acto hubiera conseguido su fin con respecto a todos los interesados (art. 190).

Sin desconocer que —como se expuso— en principio corresponde a los tribunales locales la interpretación de las normas procesales, se configura, según mi parecer un supuesto de arbitrariedad que habilita la intervención de la Corte. En ese sentido, corresponde poner de relieve que la presunta inobservancia de la norma no está sancionada con pena de nulidad. Por el contrario, la ley procesal establece que la sentencia será nula si falta o es contradictoria la fundamentación de la mayoría,

supuestos que no se verifican en el *sub lite*. Así, la interpretación del *a quo* desatiende la pauta de hermenéutica fijada por el Tribunal, que establece que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ella, pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu (Fallos: 345:1086; 346:25) y cuando ella no exige esfuerzo en su hermenéutica debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma. (Fallos: 329:3470).

La presunta irregularidad, que si existiera no afectaría a la constitución del tribunal sino eventualmente a la sentencia en relación con la forma de emitir los votos, no sólo no está prevista bajo pena de nulidad, tampoco el *a quo* fundamenta, ni se advierte, cuál sería la garantía constitucional afectada. Además, quienes habrían podido oponerla no lo hicieron oportunamente, aceptaron sus efectos o a pesar de la irregularidad la sentencia consiguió su fin pues —como lo indicó el recurrente— al interponer el recurso de casación la defensa no cuestionó la conformación de la mayoría, sino que impugnó sus fundamentos.

Es pertinente recordar que es doctrina del Tribunal que el modo de emitir el voto de los tribunales colegiados y lo atinente a las formalidades de las sentencias son cuestiones de naturaleza procesal y ajenas, en principio, a la apelación del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 265:300; 273:289; 281:306; 304:154; 338:1335; 342:1155), excepto cuando el vicio procedimental afecta la certeza jurídica de las sentencias, entendida como expresión final del derecho a la jurisdicción, así como el amparo del debido proceso legal y del derecho de defensa en juicio, consagrados en el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 308:2188; 316:609; 326:1885; 332:943; 338:1335; 343:506; 343:2135), cuando no ha existido una mayoría real de sus inte-



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

grantes que sustente las conclusiones del pronunciamiento (Fallos: 313:475; 326:1885; 332:826; 338:1335; 342:1155; 343:2135).

En ese orden V.E. ha señalado que en los sistemas judiciales de magistratura profesional, la adecuada prestación del servicio de justicia supone que el justiciable pueda conocer de manera acabada, explícita y sencilla las razones por las cuales se decidió el caso que lo involucra, máxime cuando la sentencia contraría su pretensión (Fallos: 343:506; 344:3585); en el caso de los tribunales pluripersonales, ese deber general importa la necesidad de asegurar una clara y explícita mayoría sustancial de fundamentos en sus decisiones (Fallos: 343:506). Ello es así, pues las sentencias de los tribunales colegiados no pueden concebirse como una colección o sumatoria de opiniones individuales aisladas de sus integrantes, sino como el producto de un intercambio racional de ideas entre ellos (Fallos: 308:2188; 312:1500; 326:1885; 329:4078; 332:826; 334:490; 338:693; 344:3585). De tal modo, la ausencia de coincidencia sustancial de fundamentos por la mayoría absoluta de las opiniones vacía al decisorio de toda fundamentación, (Fallos: 312:1058; 326:1885; 343:506; 344:3585).

Es por ello que los magistrados que conforman los tribunales colegiados deben asegurar que su deliberación arribe –cuanto menos– a un acuerdo mayoritario sobre un mínimo de razones comunes que constituyan el fundamento lógico y jurídico del fallo; sobre esa comunidad sustancial de razones se erige la sentencia, que representa la voluntad del tribunal como órgano colectivo, la cual debe identificarse con la voluntad de la mayoría de sus miembros, en ausencia de unanimidad (Fallos: 343:506).

Ese requisito esencial ha sido observado en el *sub lite* pues se alcanzó la mayoría sustancial de fundamentos en la decisión que exige la adecuada prestación del servicio de justicia y el imputado pudo conocer de manera acabada, explícita y sencilla

lla las razones de su condena, preservándose así las garantías del debido proceso y defensa en juicio que lo amparan. Cabe remarcar que al recurrir en casación la defensa no se agravio por la falta de mayoría, sino que controvirtió las razones en las que ésta fundó su condena y el *a quo*, sin fundamento legal ni constitucional anuló la sentencia, incurriendo en arbitrariedad.

En esas condiciones observo que el *a quo* construyó una nulidad en contradicción a la doctrina de V.E. en la materia conforme la cual debe primar un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (Fallos: 323:929; 339:480) porque cuando se adopta en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia (Fallos: 311:2337). La nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho (Fallos: 325:1404; 331:994).

La anulación de la sentencia válida en términos formales implica, a su vez, la afectación de los principios de preclusión y progresividad, que impiden que el juicio criminal se retrotraiga a etapas ya superadas, pues los actos procesales precluyen cuando han sido cumplidos observando las formas legales con fundamento en razones de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando que los procesos se prolonguen indefinidamente (Fallos: 321:3396; 326:1149; 338:875).

Salvo mejor interpretación de V.E. considero que el precedente "Magín Suárez" (Fallos: 310:2845) no es aplicable al *sub judice*. En las actuaciones mencionadas,



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

en una anterior intervención la Corte había hecho lugar, por mayoría, a la queja y declarado la admisibilidad del recurso y el juez que entonces votó en disidencia lo hizo en virtud del carácter político de la decisión impugnada. Resuelta la procedencia del recurso dicho magistrado consideró ineludible pronunciarse sobre el fondo del asunto habida cuenta de que “con anterioridad el Tribunal resolvió, por mayoría su competencia en el *sub examine* al considerar justiciable el caso” y señaló que “En tales condiciones, el voto de la mayoría sobre un tema previo obliga a la minoría, pues aquélla es la que decide sobre cada punto objeto de las cuestiones; y no resulta admisible que en contra de la mayoría, un juez se pronuncie por la incompetencia del Tribunal, y que luego lo deje desintegrado al negarse a votar la siguiente cuestión”. En el considerando 21 se concluyó que “la circunstancia de que uno de los jueces que integran la mayoría del Tribunal en esta decisión se haya expedido anteriormente por la inexistencia, en el caso, de cuestión justiciable, no impide que se expida ahora en el sentido en que lo hace, pues la procedencia del recurso extraordinario ya quedó decidida por la mayoría del Tribunal... En tales condiciones, el voto de la mayoría en una decisión previa obliga a la minoría en todo tribunal colegiado, lo que hace improcedente que ésta se niegue a intervenir, dejando desintegrada la Corte”. Es oportuno señalar que la cuestión de fondo fue resuelta por mayoría y que la disidencia advirtió una contradicción en el voto de quien antes había considerado no justiciable el caso, pero trató el fondo e integró la mayoría.

Las circunstancias del precedente difieren de las que se presentan en el *sub lite* pues allí se trató de una cuestión previa relativa a la competencia o a la admisibilidad de la queja, y resuelta por mayoría, todos los jueces se expidieron sobre el fondo. Ello impide trasladar el criterio allí sostenido (Fallos: 343:334) y hace aplicable lo resuelto en Fallos: 315:1370, donde V.E. sostuvo que carece de fundamentación

suficiente la sentencia que se fundó en un precedente de la Corte, sin advertir que las circunstancias fácticas de una y otra causa resultaban disímiles.

Como déficit adicional de fundamentación, en atención a la víctima de autos, advierto que la decisión impugnada exhibe una evaluación del *sub lite* alejada de las directrices constitucionales y legales que deben guiar el caso en tanto establecen que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales debe atenderse al superior interés del niño y le reconocen el derecho a expresar su opinión y ser escuchado en todos los asuntos que los afecten (arts. 3° y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño), que esa opinión sea tomada primordialmente en cuenta al arribar a una decisión y que cuando exista conflicto entre su derechos e intereses y otros igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (arts. 3° y 27 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes n° 26.061).

A ese respecto, es doctrina de V.E. que los conflictos que atañen a los niños, en tanto sujetos de tutela preferente, deben ser resueltos a la luz del principio del interés superior del niño consagrado en los artículos 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño y 3° de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (Fallos: Fallos: 344:2647; 344:2669; 344:2901; 346:265) y que dicho principio debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que los involucran en todas las instancias, incluida la Corte (Fallos: 345:905; 346:287. Fallos: 341:1733; 339:1534; 334:913; 328:2870; 324:122). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que "para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere 'cuidados especiales', y el artículo' 19 de la Convención



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Americana señala que debe recibir 'medidas especiales de protección'" (Opinión Consultiva Oc-17/2002, 'Condición jurídica y derechos humanos del niño', del 28 de agosto de 2002, parágrafos 60 y 61).

Noto que esta pauta ha sido desconocida por el *a quo* pues si bien luego de anular la sentencia y el debate exhortó a los jueces a realizar el nuevo juicio de manera urgente y sin dilaciones indebidas, evitando llevar a cabo cualquier medida re-victimizante que pueda poner en riesgo la salud psico-física y emocional del menor víctima, olvidó que como todo tribunal del país también estaba obligado a aplicar el principio del interés superior del niño, el cual no ha sido objeto de consideración alguna en su decisión.

También ha dicho V.E. que el derecho de todos los niños a ser escuchados constituye uno de los valores fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño, a punto tal que no es posible una aplicación correcta del artículo 3° si no se respetan los componentes del 12 (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12, puntos 2 y 74) (Fallos: 344:2669).

Ese derecho fue ignorado en el *sub lite* pues el escrito del menor y el informe labrado por la secretaria del superior tribunal mencionados por la querella donde manifiesta su opinión (art. 2°, ley 26.601), no fueron tenidos en cuenta antes de dictar la decisión que lo afecta.

Por cierto, el *a quo* también ha soslayado el criterio establecido por V.E. según el cual cuando se trata de resguardar el interés superior del niño atañe a los jueces evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (Fallos: 335:1838), estudiar sistemáticamente cómo sus derechos e intereses se ven afectados por las decisiones y las medidas que adopten (Fallos: 331:2047), examinar las particularidades del asunto y privi-

legiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple –en su máxima extensión– la situación real del infante (Fallos: 344:2647; 344:2901), ponderar aquellos supuestos en los que la prevención del daño se impone como única protección judicial efectiva (Fallos: 324:975), y atender primordialmente a aquella solución que les resulte de mayor beneficio (Fallos: 342:459).

En particular cabe poner de relieve el deber de los jueces de adoptar las medidas que resulten adecuadas para moderar los efectos negativos del delito y procurar que el daño sufrido por la víctima no se vea incrementado como consecuencia del contacto con el sistema de justicia, asegurando que en todas las fases del procedimiento penal se proteja su integridad física y psicológica (voto de la doctora Highton de Nolasco en Fallos: 334:725 y Fallos: 344:1828)).

En esas condiciones, la decisión impugnada no constituye un acto jurisdiccional válido de acuerdo a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias que exige que sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 311:2547; 312:2507; 314:346 y 833; 315:495; 321:3423).

VI

Por lo expuesto opino que debe hacerse lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la decisión recurrida y ordenar que se dicte una nueva conforme a derecho.

Buenos Aires, 11 de agosto de 2023.