

Dictamen del Procurador General, Expte. N.º P 133.483-1 “P., K. -Particular Damnificada- s/recurso extr. de inaplicabilidad de ley en causa N.º 76.292 del Tribunal de Casación Penal, Sala V”

FECHA | 23 de agosto de 2021

ANTECEDENTES | La Sala V del Tribunal de Casación, el 3 de noviembre de 2016, resolvió rechazar el recurso de casación deducido por la particular damnificada frente al veredicto dictado por el Tribunal en lo Criminal N.º 5 del departamento judicial de San Isidro que absolviera a D. G. S. en orden al delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por su condición de ascendiente y conviviente (art. 119, segundo y cuarto párrafos, incs. “b” y “f”, del Código Penal), que fuera acusado por esa parte en el debate oral.

Frente a ese pronunciamiento, la particular damnificada interpuso recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley, siendo el primero declarado inadmisibles y el segundo admisible por el *a quo*. Arribadas las actuaciones a la Suprema Corte provincial, resolvió declarar la nulidad del resolutorio que concedió la vía de inaplicabilidad de ley y devolvió las actuaciones al tribunal intermedio para que dicte una nueva decisión (cfr. resol. del 6-5-2020).

Vuelto el expediente al tribunal casatorio, resolvió declarar parcialmente admisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley articulado por la particular damnificada, concediendo únicamente el agravio relativo a la inobservancia “de la ley sustantiva, en el caso diversos artículos de la ley 26.061”.

CURSO LEGAL PROPUESTO | El Procurador General en la intervención que le cupo de conformidad con la vista conferida, opinó que se debe hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Sra. K. P. -por derecho propio, en representación de su hija y con el patrocinio letrado de las Dras. Obeid y Silva-, en su calidad de particular damnificada, con los alcances expuestos, debiéndose remitir las actuaciones al Tribunal de origen para que de intervención a la Asesoría de Incapaces.

SUMARIOS | **Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Procedencia.** Se incumplió con la necesaria intervención del Ministerio Público Tutelar (cfr. arts. 19, CDN; 59, C.C o 103, C.C.y.C y leyes nros. 12.061 y 14.442), pues la misma hubiera garantizado -con mayor amplitud- una representación reforzada y especializada en la niñez en el proceso penal. Cobraba relevancia la actuación del Asesor de menores en esta causa penal pues existía

un claro “interés a la persona” menor de edad para impedir la frustración de los derechos a la “salud” y a “ser oído por el juez de la causa”.

Consideró que corresponde remitir las actuaciones al Tribunal de origen para que de intervención a la Asesoría de Incapaces a los fines que sea ese Ministerio quien tome contacto directo e inmediato con la menor de edad y evalúe peticionar las medidas y nulidades que corresponda (cfr. arts. 102 bis, 202 inc. 2, 205 incs. 3 y 4 y 206, todos del C.P.P; mutatis mutandi, causa L. 64.499, sent. de 5-7-2000).

Asesor de Menores e Incapaces. Intervención. El Código Procesal Penal bonaerense no regula expresamente como sujeto procesal al Asesor de menores e incapaces ni en qué actos puede o debe intervenir; sin embargo, la actuación del Ministerio Público pupilar en el proceso penal sí emana de un conjunto normativo que, interpretado armónica y sistemáticamente (cfr. args. Fallos 335:2307, consid. 9º, A. 777. XLVII. RHE. Arteaga Catalán, Ricardo Belarmino s/ abuso sexual –causa N° 24.114/09-, sent. del 27 de noviembre de 2014, consid. 7º; entre otros) conduce a sostener que su intervención resulta necesaria -e incluso obligatoria- para determinados casos.

A mayor abundamiento, tiene dicho la Corte Nacional que el principio de protección del interés del niño opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre preceptos cuya implementación se revele contraría a sus derechos (Fallos: 331:941). Por ende, los tribunales deben aplicarlo analizando sistemáticamente cómo los derechos y conveniencias del menor se verán afectados por las decisiones que habrán de asumir (Fallos: 331 :2047).

En este marco, cabe principiar indicando que tanto la ley N.º 12.061 -texto original- (B.O 9/1/1998), como la actual ley del Ministerio Público N.º 14.442 (B.O 26/2/2013), establecía y establece que al Asesor de incapaces le incumbe “*Intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que interese a la persona o bienes de los incapaces, cuando las leyes lo dispongan, so pena de nulidad de todo acto o proceso que tuviere lugar sin su participación, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes - por acción u omisión- la hubieren impedido*” (arts. 23 inc. 1 y 38 inc. 1, respectivamente).

Deberes y facultades. Dichas leyes también estipulan que los Asesores tiene como deber y atribución “*Peticionar en nombre de ellos, por propia iniciativa, cuando carezcan de representantes o existan entre éstos y los incapaces conflicto personal u oposición de intereses o resulte necesario para impedir la frustración de los derechos a la vida, salud, identidad, y de ser oídos por el juez de la causa*” (inc. 4 de las leyes y artículos citadas).

De allí que la legislación interna dispone, como deber estatal, la “*protección y auxilio en cualquier circunstancia*” de las niñas, niños y adolescentes (art. 5 inc.1 de la ley 26.061

-B.O 26/10/2005-), volviendo en este punto a jugar un papel preponderante el art. 38 incs. 1 y 4 de la ley 14.442, en lo que respecta a la actuación de los Asesores de menores en los procesos penales.

Ministerio Público Tutelar. Intervención necesaria del Asesor de menores. Ya sea por la aplicación ultraactiva del art. 59 del Código Civil -cfr. art. 2, Cód. Penal- o del 103 del Código Civil y Comercial -por ser más benigna-, la regulación de la intervención y/o legitimación del Asesor de incapaces en los procesos penales debe basarse en ellas, pues irradian para todos los procesos -sin importar la materia- por igual (v. arg. causa P. 118.953, resol. del 11-10-2012, voto de los Dres. Negri y de Lázari y dictámenes de esta P. 133.483-1 Procuración General en causas P. 131.370 y P. 128.556). Por tal motivo, sea por aplicar una “representación promiscua” o por un “apoyo complementario” del Ministerio Público Tutelar (v. voto del Dr. de Lázari en causa C. 117.505, sent. de 22-4-2015), la intervención Asesor de menores -en esta caso- aparecía como necesaria.

Menores. Protección. Interés superior del niño. Cuando la presunta víctima es menor de edad o incapaz, por imperativo convencional, se le debe brindar un plus protectivo producto del interés superior de él (cfr. preámbulo y arts. 1, 3, 12 y 19 de la CDN).

Rol del Asesor de Incapaces. El Asesor de Incapaces juega un rol que contribuye o colabora con el titular de la acción penal, a efectos de proteger los intereses de la víctima menor de edad (arts. 59 del CC o 103 del CCyC y 38 incs. 1 y 4 de la ley 14.442 o 23 incs. 1 y 4 de la ley 12.061- y ley 26.061), circunstancia ella que ni siquiera puede ser suplida por la participación de un particular damnificado -como sucedió en el sub lite-, en tanto y cuanto la intervención de la Asesoría de Incapaces es fijada por la ley.

En esta clase de intervención del Asesor del menor (esto es, de apoyo “complementario” hacia el Fiscal), se vislumbra como necesaria por cuanto la persona menor de edad es una presunta víctima de un delito contra la integridad sexual y, con mayor fundamento, cuando el presunto autor es un ascendiente (v. Resoluciones N.º 903/2012 de esa Suprema Corte de Justicia -que fija comunicar al Asesor de menores- y N.º 99/2019 de esta Procuración General).

Actuación del Ministerio tutelar. Menores. Derechos y garantías. La actuación del Ministerio tutelar hubiera permitido abordar -de forma más específica- a la menor en el debate oral como también, al celebrarse la audiencia, y peticionar -para el caso de ser posible- la realización de la Cámara Gesell (cfr. arts. 457 y 458, CPP), circunstancia esta última donde la menor ya contaba con más de siete (7) años de edad.

En ese sentido, cabe mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que: “... los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que

desarrollan un mayor nivel de autonomía personal (supra párr. 108). En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto” (caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sent. del 24 de febrero de 2012, párr. 199).

Garantía de la intervención del señor Asesor. “... Es dable recordar lo dicho por la Corte Interamericana en el caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*, sentencia de 31-VIII-2012, que ha puesto énfasis en la garantía de la intervención del señor Asesor mediante las facultades que le concede la ley (en el caso, art. 38 inc. 4, ley 14.442) constituyendo una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad” (causa A. 75.753, sent. de 11-5-2021, voto del Dr. Torres). La Procuración General ha sostenido: “...la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías, las que ‘...pueden incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor’ y que en las circunstancias específicas de cada caso el Asesor de menores e incapaces puede constituir ‘una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad’ del menor de edad y evitar que sean vulneradas las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana (cfr. caso ‘Furan y familiares vs. Argentina’, sent. de 31/8/2012, párrafos 242 y ss.)” (dictamen en causa P. 131.370, de 29 de octubre de 2018).