



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-133483-1

"P., K. -Particular
Damnificada- s/recurso extr.
de inaplicabilidadde ley en
causa N° 76.292 del Tribunal
de Casación Penal, Sala V"

Suprema Corte de Justicia:

I. 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° 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 - v. fs. 26 y 189 vta.- (v. fs. 166/177).

II. Frente a ese pronunciamiento, la particular damnificada interpuso recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley (v. fs. 182/190), siendo el primero declarado inadmisibles y el segundo admisible por el *a quo* (v. fs. 256/258 vta.). 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 26.0[61]" (v. fs. 303/306).

III. Denuncia la recurrente que se ha violado la ley 26.061 (arts. 2, 3, 24 y 27), en tanto no se ha tomado contacto con la menor víctima de edad, lo que acarrea la nulidad del proceso.

Sostiene que la niña nunca fue oída por el Fiscal y por todos los jueces que intervinieron en el proceso, como tampoco por la Asesora de menores. Esgrime que no se sabe qué hubiera pasado si oían a la menor víctima, pues quizá, hubieran dejado de lado la duda que condujo a la absolución del imputado. Añade que tal ser escuchada es un derecho de la víctima, pero del reverso es un deber del Estado y debió ser subsanado de oficio si es que no fue requerido por las partes.

Destaca que el tribunal de mérito ponderó que la declaración de la víctima puede destruir la presunción de inocencia, pero que a falta de ella no puede formarse convicción y, por otro lado, que el órgano casatorio debió subsanar la falta de preparación de la niña para la Cámara Gesell y la falta de conocimiento por parte del Juez.

Agrega que se ha vulnerado el debido proceso pues ningún juez conoció a M.B. S., dejándola en desprotección total frente a la concreta posibilidad de que S. [padre de la niña] reanude el contacto con ella. Postula que de ese modo se ha afectado el derecho a ser oído.

Concluye su alegato, indicando



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-133483-1

que el imputado contó durante todo el juicio con las garantías constitucionales pero la víctima no. Por tal motivo, requiere que se decrete la nulidad de la audiencia de debate.

IV. Considero que el recurso debe progresar, con los alcances que desarrollaré.

a. En primer término, conviene hacer una breve reseña de las principales actuaciones.

Surge a fs. 1 la denuncia penal que realizara la psicóloga Nadia Paola Kriznik, de fecha 11 de abril de 2012, quien por orden del Juzgado de Familia N° 1 de Pilar intervino en una causa judicial que tramita ante ese órgano (Exp. 47). Dicha profesional expuso que, luego de mantener diversas entrevistas con la menor M. B., S., ésta sufriría una situación de abuso sexual por parte de su padre D. G. S., dándose inicio a la IPP 14-02-3994-12.

Posteriormente, la psicóloga fue citada a prestar declaración testimonial y, entre otras cuestiones, expresó que la menor de edad *"no estaría en condiciones de declarar, especialmente por la edad y porque aún a esa edad (tres años) confunde la realidad con la fantasía"* (fs. 8 vta.).

Seguidamente, luce una pericia psicológica que fuera practicada por la Lic. Paula Beatriz Castro -en fecha 28 de junio de 2013- (v. fs. 13 y ss.) y dicha profesional también fue citada a prestar declaración testimonial. En ese acto, y a pregunta de si la menor se encuentra en condiciones de testimoniar ante Cámara Gesell, dijo que *"no requiere de mucha preparación previa y que ha pasado mucho tiempo para que la niña*

pueda expresar con claridad la situación. Que considera que seguir involucrando a la menor en espacios judiciales es perjudicial para su salud psíquica porque es muy pequeña" (fs. 17 vta.).

Por su parte, la Sra. Agente Fiscal resolvió citar a prestar declaración indagatoria a D. S. en los términos del art. 308 del CPP (fs. 309) y también dispuso la remisión del expediente a la Asesoría de incapaces para que tome conocimiento (fs. 312), pase que se efectivizó tal como luce a fs. 314.

En otro orden, el 6 de mayo de 2014, la Sra. Agente Fiscal requirió la elevación a juicio y allí expresó que *"...si bien las distintas profesionales han sido contestes en afirmar que la menor no se encontraba aun en condiciones de testificar en la presente, esta medida será propuesta como IPS con el aval de la licenciada del CAV y bajo los requisitos del CPP y/o durante la jornada de debate" (fs. 403 vta./404 y 435 -cuerpo III-).*

A su turno, la madre de la niña -K. P.- *peticionó constituirse como particular damnificada (con el patrocinio letrado del Dr. Segovia) y el 11 de junio de 2014 el Sr. Juez de garantías interviniente aceptó tener a ella como particular damnificada en el proceso (v. fs. 419 y 422).*

Por su parte, el Juez de Garantías N° 6 de Pilar -Dr. Ceballos- al resolver en fecha 1 de octubre de 2014 la elevación a juicio *peticionada por el Ministerio Público Fiscal entendió que en el caso "... la víctima de este ilícito tiene 3 años de edad, y por ende, no pudo ser oída, y ello genera un*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-133483-1

papel bastante protagónico o preponderante de los peritos intervinientes..." (cfr. fs. 448/457 vta.)

Asimismo agregó:

"Por otra parte, no es posible dejar de mencionar que la niña no ha sido escuchada directamente por los actores judiciales de este proceso. Nótese que la Sra. Fiscal ha consignado en su requerimiento de elevación a juicio, que en la etapa posterior intentará (previo aval de profesionales del Centro de Asistencia a la Víctima) escuchar a la menor víctima. Al respecto, es importante señalar esta condición es otro factor fundamental que me llevan al rechazo de la oposición, dado que cerrar definitivamente este proceso (sobreseimiento) sin escuchar a la niña, podría llevar a vulnerar el derecho de ser oído que garantiza el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño (art. 72 inc. 22 de la CN). Sobre el particular, Eduardo Pettigiani dijo: 'En la actualidad, el derecho del niño a ser escuchados goza de la calidad de *ius cogens* y forma parte del orden público internacional argentino: los jueces ya no tienen el derecho de conocer y escuchar al menor, sino la obligación de hacerlo como garantía mínima en todo procedimiento'. A su vez, esta circunstancia impide considerar la aplicación del inc. 6to. del art. 323 peticionado por la defensa, por cuanto, aquella norma establece como uno de sus requisitos de procedencia, la imposibilidad de prever la incorporación de nuevos elementos de cargo, y en este caso, esta diligencia dejaría por fuera su mención" (fs. 452 y vta.).

Una vez radicadas las actuaciones en el Tribunal en lo Criminal N° 5, en fecha

24 de abril de 2015, las partes ofrecieron la prueba a rendir en el debate oral (v. fs. 494 y ss.). La Sra. Agente Fiscal, al contestar el traslado previsto en el art. 338 del CPP, propuso como instrucción suplementaria la evaluación por profesiones para determinar si la menor podía declarar en Cámara Gesell (v. fs. 504).

En respuesta a ello, la Lic. Oettel, el 11 de agosto de 2015, expuso que *"no es viable la instrucción de la diligencia a tener del art. 102 bis CPP"*, en tanto no se encontraba en condiciones psicológicas de atravesarla (v. fs. 561/562).

Iniciado el juicio oral el 28 de septiembre de 2015, y en la segunda jornada del debate, nuevamente la Sra. Agente Fiscal -Dra. María Inés Domínguez- solicitó al tribunal que evalúe llevar a cabo una Cámara Gesell respecto de la menor víctima en los términos de instrucción suplementaria -cfr. art. 363 del CPP- (v. fs. 37). Añadió que contaba con la anuencia de la madre y de la Licenciada Kriznik, restando la realización de un informe que determine si la menor estaba en condiciones de declarar. Concedida la palabra a la particular damnificada, manifestó que no se oponía y que esa parte ya había requerido tal medida en la instrucción y que la misma no se efectuó por el informe de la Dra. Oettel. Por otro lado, la defensa se opuso atendiendo que todos los profesiones se expidieron sobre la inconveniencia de llevar a cabo esa prueba.

Ante ello, el tribunal resolvió hacer lugar a la realización de la Cámara Gesell, y consideró que tratándose *"de la presunta damnificada del delito que aquí se ventila, la recepción de su testimonio"*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-133483-1

por primera vez no sólo importaría una diligencia solicitada por la parte acusadora..., sino fundamentalmente tendiente a permitir el adecuado derecho de defensa en juicio; reitero, se trataría de la presunta víctima de este delito que jamás prestó declaración [y] la defensa nunca pudo tener el debido contralor de dicha prueba; por lo que haremos lugar a la misma siempre supeditado de un informe previo [que] emerja expresamente que se encuentra en condiciones de declarar" (v. fs. 37 vta./38 del legajo casatorio).

A continuación, y nuevamente la Licenciada en psicología Dra. Sonia E. Oettel, en fecha 9 de octubre de 2015, sostuvo que M. S "... no se encuentra en condiciones de participar de la audiencia a tener del art. 102 bis del CPP. Al introducirla en el tema de autos, su actitud sufre un cambio desfavorable. Se apaga y repliega. Sostiene su negativa a hablar sobre ello con palabras y con gesto de desestima. Someterla a ello, resultaría iatrogénico: implicaría la activación de mecanismos de revictimización con un consecuente riesgo emocional para ella. Como profesional de la salud, escucho y respeto a [M. S] en su derecho al silencio para preservarla, evitando de esta manera el avasallamiento de sus derechos. En lo antes expuesto fundamento la contraindicación de la introducción de la diligencia a tenor del art. 102 bis del CPP" (fs. 43 y vta.).

Como ya se dijo, el Tribunal de mérito dictó un veredicto absolutorio y entre sus fundamentos dijo:

"Sobre los dichos de la niña debo

decir que no ha sido escuchada a lo largo de casi cuatro años que insumió la tramitación del proceso, aún cuando se intentó oirla en los términos del art. 102 bis del CPP en el marco de la audiencia de debate. En la segunda entrevista llevada a cabo por la Licenciada Sonia Oettel, del Centro de Asistencia a la Víctima, se evaluó tanto a la niña como a la madre (...) y se consignó que [M.] sostiene una negativa a hablar del tema, por lo que se concluye en que esta no está en condiciones de participar de la diligencia. Ausente [en] autos [d]el principal elemento sobre el cual debe formarse la convicción del juez, debo pasar a considerar la declaración que en el marco del debate prestó la madre de la niña, K. P., quien se constituyó en estos autos en carácter de particular damnificada" (fs. 78 vta./79).

Frente a ello la particular damnificada -en representación de su hija- y con el patrocinio letrado de la Dra. Silva, interpuso recurso de casación (v. fs. 103/124 vta.)

Allí sostuvo -entre otros agravios- que la ausencia de Cámara Gesell no puede ser el principal elemento probatorio ante un caso de abuso sexual, pues el hecho puede ser corroborado por otros elementos y que -en rigor- la menor sí habló con su cuerpo y las palabras que escucharon las profesionales intervinientes. Para rematar ese argumento dijo "que el a quo afirme que la menor no habló, que no pudo ser escuchada, no deriva de un razonado y coherente análisis de los elementos aportados durante las largas jornadas de debate" y que "en este caso en particular, la existencia o ausencia de Cámara gesell no hubiese aportado mayores



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-133483-1

datos o detalles al momento de la develación. La niña era muy pequeña y logró decir lo que le acontecía con sus palabras, fielmente reflejadas por las profesiones actuantes" (fs. 114).

Radicadas las actuaciones en la Sala V del Tribunal de Casación Penal, la particular damnificada requirió que se celebre audiencia en los términos del art. 458 del CPP (v. fs. 156), la que se llevó a cabo. Allí, esa parte insistió con los planteos del recurso casatorio.

En cuanto al planteo ya reseñado en el recurso casatorio, el tribunal de alzada dijo:

"... el a quo tuvo en cuenta que, además de no haber sido escuchada directamente la niña, tampoco se cuenta con exámenes médicos concomitantes a los hechos denunciados que permitan vislumbrar alguna secuela física en su cuerpo; y que los indicadores de traumatización en la niña podrían tener correlato con otras circunstancias tales como la situación familiar vivida por la niña a raíz de la conflictiva separación de sus padres" (fs. 174 y vta.).

b. Paso a dictaminar.

Como se dijo *ut supra*, la denuncia se realizó el 11 de abril de 2012 sobre un hecho que presuntamente ocurrió el entre los meses de febrero y abril del 2011 y la niña (presunta víctima) contaba al momento del ilícito con 3 años de edad.

Es que la menor M.B. S. era -y es- una incapaz (cfr. arts. 54 inc. 2 y 127 del Código Civil -textos derogados-; casi idénticas regulaciones contienen los arts. 24 inc. "b" y 25 del actual Código

Civil y Comercial). Asimismo, en estas actuaciones -como se verá- se han debatido aspectos concernientes a la salud de la menor de edad (presunta víctima de un delito contra la integridad sexual por parte del progenitor) y, por otro lado, a la falta de ser oída *directamente* por los jueces de la causa (tal como se reseñó en el punto IV.a).

Aclarado lo anterior, cabe poner de relieve la doble condición de la niña, tanto de menor de edad como de mujer, que la vuelve particularmente vulnerable a la violencia (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso González y otras -' Campo Algodonero' - vs. México", sentencia del 16 de noviembre de 2009, parágrafo 408; en el mismo sentido, "Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala", sentencia del 19 de mayo de 2014, parágrafo 134).

Por otro lado, y en relación con las características particulares de la situación en que se encuentra el menor de edad, dicho tribunal internacional expresó 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 Americana señala que debe recibir 'medidas especiales de protección'. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia" (Opinión Consultiva Oc-17/2002, 'Condición jurídica y y derechos humanos del niño', del 28 de agosto de 2002, parágrafos 60 y 61). El



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-133483-1

subrayado me pertenece.

Bajo esos postulados (doble condición de vulnerabilidad y especial protección), es que se elaborará el presente dictamen, en tanto son compromisos internacionales que ha asumido el Estado Argentino y que, por ende, debemos velar; dichos aspectos van en sintonía con el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer plasmado en la Convención de Belém do Pará (artículo r, primer párrafo).

1. Preliminarmente, corresponde señalar que 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. 9°, A. 777. XLVII. RHE. Arteaga Catalán, Ricardo Belarmino s/ abuso sexual -causa N° 24.114/09-, sent. del 27 de noviembre de 2014, consid. 7°; 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 contraria 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° 12.061 -texto original- (B.O 9/1/1998), como la actual ley del Ministerio Público n° 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).

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.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-133483-1

En este contexto, corresponde señalar que al momento del hecho y la denuncia, regía el Código Civil -cfr. ley 340 y sus modificatorias-, que en su artículo 59 disponía *"A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto o de todo juicio que hubiere tenido lugar sin su participación"*.

Dicha norma ha desaparecido del nuevo Código Civil y Comercial (cfr. ley 26.994, B.O 8-10-2014), pero como contrapartida se estableció que *"La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal..."* y agrega -para la primera hipótesis- que *"la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto"* (art. 103 del CCyC).

En consecuencia, 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. args. causa P. 118.953, resol. del 11-10-2012, voto de los Dres. Negri y de Lázzari y dictámenes de esta

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 Lázzari en causa C. 117.505, sent. de 22-4-2015), la intervención Asesor de menores -en esta caso- aparecía como necesaria.

En otro orden, 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).

Por lo expuesto, 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 ascendientes (v. Resoluciones n° 903/2012 de esa Suprema Corte de Justicia -que fija comunicar al Asesor de menores- y n° 99/2019 de esta Procuración General; en igual sentido se han expresado otras jurisdicciones, como por ej., en la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-133483-1

Instrucción General n° 11/2018 de la Procuración General de la Provincia de Río Negro).

En esos casos, el rol del Asesor implica una permanente observancia de todas las actuaciones judiciales -tanto penales como extrapenales (nótese que la Asesoría de Incapaces N° 2 intervino en los procesos de familia (v. fs. 313)-, pues con ello se garantizan los intereses del menor de edad con una visión conglobada de las problemáticas que puede atravesar la menor de edad.

Con todo lo dicho, y si bien la Asesora de Incapaces de San Isidro -Dra. Andrea Roll Banciotto- tomó conocimiento e intervención en este proceso penal por la niña M.B. S., (v. fs. 314 -cuerpo II- del principal), considero que tal actuación no tuvo más actividad que esa.

Asimismo, en el *sub examine*, tal como se detalló anteriormente, se debatió la necesidad de llevar a cabo la Cámara Gesell para que declare la menor (cfr. art. 102 *bis*, CPP), considero que en la preparación a esos actos debió participar activamente la Asesora de incapaces (téngase en cuenta que el citado artículo de la ley de forma también permite la intervención de un "profesional especialista" y que según las "*Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*", punto IV.9.b del Anexo, aprobado por la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, cuando se refiere al concepto de "profesional", incluye al "defensor de niños o víctimas", cargo que se emparenta con el Asesor de Incapaces).

Debe tenerse en cuenta -además-

que la Sra. Agente Fiscal presentó "protesto de recurrir" contra la sentencia de primera instancia (v. fs. 843), la misma fue rechazada por extemporánea (v. fs. 846). En efecto, la actuación del Ministerio Público quedó desguarnecida y por este otro motivo se hacía necesaria -más aún- la intervención de la Asesoría de incapaces, permitiendo despejar aspectos que se han suscitado en el caso, como lo fue la negativa de prestar declaración testimonial por parte de la menor en un contexto de alta tensión entre los progenitores; así, un experimentado conocimiento legal con perspectiva de infancia hubiera contribuido a una mejor protección integral para la toma de decisiones de la menor.

Bajo esos parámetros, 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 de fs. 162/164 vta., 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



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-133483-1

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).

En este contexto normativo y jurisprudencial, entiendo que 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.

Por lo expuesto, reitero, 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".

2. A su vez, no puedo dejar de señalar que lo anteriormente desarrollado se encuentra en consonancia con la obligación de brindar una representación especializada en la niñez desde "el inicio

del procedimiento judicial"(cfr. art. 27 inc. "c", ley 26.061).

En ese sentido, el Comité de los derechos del niño de la ONU -en la Observación General n° 12- quien considera que "*Los representantes deberán conocer y comprender suficientemente los distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones y tener experiencia en el trabajo con niños*" (consid. 36). Esta regla recomienda también que el representante tenga una actuación objetiva, desde que tiene la obligación de "*transmitir correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar las decisiones*". En ese sentido también se pronunció la Observación General n° 13 de dicho Comité (párr. 51).

También, en ese andarivel, la "*Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*" (adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985), estableció que a la víctima se le debe prestar "*asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial*" (párr. 6 inc. c).

Tales lineamientos fueron receptados por las leyes Nacional N° 27.372 -art. 5 inc. "e"- y Provincial N° 15.232 -art. 7 inc. "a", pto. "v"-.

Esos mismos postulados también han sido aplicados por la Corte Federal en el caso "*P. 195. XLVII. P., G. M. y P., C. L. s/ protección de personas*", sent. del 27 de noviembre de 2012, consids. 15 y 16 y su cita.

Por su parte, y pese a las



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-133483-1

diferencias causídicas con este caso, esa Corte ha dicho que:

"... 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).

En ese mismo voto se agregó:

"La primordial tarea encomendada al Ministerio Público cobró un posicionamiento superior a partir de la Convención Americana y la Convención sobre los Derechos del Niño. Como se indicara supra, allí se involucran una serie de consideraciones y adecuaciones procesales que permiten el ejercicio pleno del acceso a la justicia en razón de la edad, porque se ve a la infancia como un grupo diferente de los adultos; se trata así de documentos suscriptos por el Estado, donde este adquiere obligaciones frente a ellos (arts. 1.1, 8, 9, 19 y 25 del primer instrumento y 2, 3.1, 5, 6 y 12 del segundo; Observación General n° 17/28 de agosto de 2002, "Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño", párr. 75 incs. 22 y 23; Const. nac.; Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Iberoamericana, documento presentado por el grupo de trabajo a la Tercera Reunión Preparatoria -Andorra- 2008)".

Finalizando, esta 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).

c. Por todo lo expuesto, considero 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).

En vista de lo dictaminado, no corresponde que me expida sobre los restantes planteos que trajo la recurrente, en tanto existe una relación de dependencia con las presentaciones que pueda articular la Asesoría de incapaces.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-133483-1

v. Por todo lo expuesto, entiendo que esa Suprema Corte de Justicia 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 antes expuestos, debiéndose remitir las actuaciones al Tribunal de origen para que de intervención a la Asesoría de Incapaces.

La Plata, 23 de agosto de 2021.

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND, JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

23/08/2021 09:20:28

