

En la ciudad de La Plata, se reúnen en acuerdo ordinario los señores jueces de la sala cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Mario Eduardo Kohan y Carlos Ángel Natiello, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causa n° 128.551 de este tribunal, caratulada: “ D. R. D. s/ RECURSO CASACIÓN Interpuesto Por Asesor De Incapaces” Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden: KOHAN - NATIELLO procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

ANTECEDENTES

I. Llega el legajo a estudio como consecuencia del recurso de casación interpuesto por Hugo Andrés Llugdar, Asesor de la Asesoría de Incapaces n° 2 del departamento judicial Mar del Plata, frente a la de la sala II de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, mediante la cual confirmó la decisión del Juez de Garantías, que en lo que aquí interesa, dispuso limitar la intervención del Asesor en un anticipo probatorio extraordinario que se llevaría adelante bajo los términos del artículo 274 del CPP, impidiéndole realizar preguntas a la víctima relacionadas con el hecho investigado durante la Cámara Gesell.

Inicialmente, el Sr. Llugdar refiere que la admisibilidad del recurso de casación se justifica en la obligatoriedad de la intervención del Asesor de Incapaces según la Resolución de la SCBA 903/12 y de la Procuración General 99/19, apoyándose en los artículos 103 del Código Civil y Comercial y 38 de la ley 14.442, además de jurisprudencia relevante. Además, argumenta que la decisión impugnada incurre en una interpretación restrictiva de la normativa aplicable, contradicciones lógicas y una violación al principio de igualdad para niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos.

Luego, el recurrente presenta el agravio central, a través del cual expone que la decisión en crisis cercena las facultades legalmente conferidas al Asesor, sin dar una fundamentación adecuada que justifique tal restricción y sin considerar las garantías constitucionales y convencionales de doble representación en el debido proceso para NNyA en situación de vulnerabilidad. Asimismo, refiere que dicha limitación viola los artículos 3, 12 de la CDN, los artículos 3, 4 y 5 de las leyes 26.061, 13.298 y 15.232, respectivamente, además de los principios procesales de protección integral de la niñez.

Por otro lado, destaca el desconocimiento por parte de los organismos intervinientes de la función esencial del Asesor de Incapaces, que radica en la representación y defensa de los derechos NNyA, especialmente en contextos judiciales como la Cámara Gesell, por lo que lo decidido representa una violación a su derecho de ser oídos y acceder a una justicia especializada. Expresa que la resolución cuestionada se basa en una interpretación literal de una norma procesal, que no considera la jerarquía normativa y las garantías de protección integral, e ignora la práctica judicial diaria que requiere de la intervención activa del Asesor para clarificar testimonios y proteger a las víctimas.

Finalmente, critica la postura de la Cámara por basarse exclusivamente en una normativa de rango inferior, omitiendo la aplicación de normas de mayor jerarquía que legitiman la amplia intervención del Asesor en defensa de los derechos de las víctimas menores de edad y personas con padecimientos mentales, evidenciando una

contradicción en la argumentación y limitando indebidamente su participación activa en actos procesales ‘clave’ para la protección de los derechos de los menores involucrados.

Por último, cita jurisprudencia y normativa nacional e internacional en apoyo de su postura, y refiere que la resolución de lo postulado no solo importa en el presente caso bajo estudio, sino también en futuros casos en los que el Juzgado pueda reiterar el criterio adoptado. Ello en aras de garantizar que este tribunal se expida respecto del fondo del asunto, aún frente a la posibilidad de que se considere que el estudio del recurso resulta abstracto.

En razón de ello y de lo normado por el art. 75 inc. 23 de la CN, requiere que se asuman medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por ella y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, independientemente de que la Cámara Gesell en este caso ya se haya concretado. Finalmente, hace reserva del caso federal.

II. Radicado el legajo por sorteo en esta sala, fueron notificadas las partes. Oportunidad en que Alejandra M. Moretti, fiscal adjunta ante este tribunal de casación expresó que a su entender el Asesor de Incapaces articuló el remedio idóneo a los fines de garantizar el derecho de su asistida, y Nicolás Agustín Blanco, defensor oficial adjunto ante el tribunal se expidió por su rechazo.

III. Hallándose en estado de dictar sentencia, los señores jueces decidieron plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿El recurso de casación se ha vuelto abstracto?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el señor juez, doctor Kohan, dijo:

Entiendo que sí, la cuestión ha devenido abstracto, puesto que conforme surge del informe actuarial de fecha 22/02/2023 incorporado en el sistema informático Augusta, el día 7/9/2023 se concretó la Cámara Gesell que fuera programada para ese día con la menor víctima de autos S.A.D.

En función de lo expuesto, advirtiendo que en el recurso casatorio presentado por el Asesor de Incapaces el día 20/9/2023 no se hace referencia a ningún tipo de perjuicio concreto que surjan de la efectiva realización Cámara Gesell con los condicionamientos impuestos que se cuestionan, el tratamiento en esta sede del planteo traído por la defensa del encausado carece de sentido (art. 448 —a contrario— del CPP).

Amén de ello, a los efectos de no quedar inopinado en un tema de tamañas trascendencia, habré de decir, tal como fuera aclarado por la sala III de este tribunal en causa 113.577 RS-469-2021, que negar la intervención al representante de la Asesoría de Incapaces, ubicándolo en un rol de mero espectador de tan importante acto procesal,

entraña tanto una violación al debido proceso, como al derecho a ser oído, y al interés superior del niño, a la vez que acarrea la nulidad del artículo 202 inc. 2 del Código Procesal Penal. Nulidad que no declararé en el presente caso en tanto por las razones que advertidas en el párrafo que antecede, en tanto resulta insubstancial e inconcebible declarar la nulidad en beneficio de la ley desde que no se ha denunciado ni existe perjuicio alguno, criterio que se ve reforzado por debida protección especial que merecen los NNyA víctimas de delitos y la obligación asumida por el Estado de no revictimizarlos. En este sentido, debo advertir que el criterio adoptado por el órgano judicial interviniente afecta la finalidad tuitiva perseguida por el legislador al prever la intervención de la Asesoría en todo proceso judicial o extrajudicial en pos de velar y garantizar los derechos de este grupo especial. La ley 14.442 en su artículo 38 establece cuales son los deberes y atribuciones del Asesor de Incapaces, entre los que es posible destacar el “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 ... Asistir al incapaz en toda audiencia ante los jueces de la causa, cuanto de cualquier otro magistrado que requiera su comparendo”.

Tanto es así que incluso esta sala reconoció al Asesor facultades autónomas para recurrir sentencias adversas, tal como puede observarse en la resolución de fecha 1/11/2016 de causa n°79.152 y ac. 79.153 (Reg. 8) de esta sala IV, en donde al resolver la admisibilidad del recurso intentado por dicho representante, expresamos que “... en lo que atañe a los menores, debemos velar los jueces por la tutela judicial efectiva, conglobadamente con el interés superior del niño, que es el principio rector al que el Estado debe someter su actuación (Conf. principio 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño).

En consecuencia, a los fines de garantizar la debida asistencia del Niño en el plano del Proceso Penal, es necesario extender el ámbito de actuación que puede brindar el Asesor de Incapaces en los estamentos civiles a los penales.

Por tanto, a la vista de lo expuesto es que estimo que, a juicio de quien esto escribe, la Asesora de Incapaces se encuentra legitimada para interponer recurso de casación...”.

En este sentido, a los efectos de dar respuesta al escrito presentado por la Defensoría de Casación en la presente causa y evitar un dispendio judicial futuro, debe tenerse por legitimado al Asesor de NNyA a recurrir ante esta sede. Refuerza lo antedicho lo manifestado por el Dr. Pettigiani al resolver la causa C. 119.241 el 22 de diciembre de 2015, donde refirió que “... en cumplimiento del mandato del constituyente de otorgar mayor protección a quienes más lo necesitan, una buena defensa del superior interés de los niños debe plasmarse en la necesidad de garantizar condiciones adecuadas de igualdad real en el acceso a la justicia en procura de la tutela de sus derechos, mediante la atención directa, obligatoria y especializada del Asesor de Menores o Incapaces, como una herramienta esencial para enfrentar aquella vulnerabilidad (conf. art. 706, 2° párr., Cód. Civ. y Com.; asimismo, Corte I.D.H., casos ‘Furlan y Familiares vs. Argentina’, sent. del 31-VIII-2012, párr. 242 y 243; y ‘Almonacid, Arellano y otros c/Chile’, sent. del 26-IX-2006), reforzando dicha intervención mediante la

flexibilización de los principios procesales en el marco de una tutela diferenciada al servicio de la verdadera efectividad de los derechos ...”.

Así también, un mes antes de la cita anterior, en la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2015, en causa C. 117.577, "Balint, Roberto Oscar y otro contra F, G A y otros" el Dr. De Lazzari en su voto expresó que “Si se parte de la base de que la garantía del debido proceso legal en el que participan niños supone la intervención del Asesor de Incapaces para proteger, asegurar, o hacer valer la titularidad o el ejercicio de los derechos de sus representados, y que cada garantía es congruente con el derecho y finalidad a los que se refiere, no cabe duda de que con dar intervención al Asesor de Incapaces sin posibilitar que oponga las defensas de fondo en el proceso que los involucra, aportar pruebas y contradecir las contrarias, con la certeza de que serán valoradas en la sentencia, no se cumple con los objetivos previstos en la ley, pues tan solo se reduce el ejercicio de la representación promiscua a un carácter meramente formal, sin ningún efecto oportuno y útil de defensa.

Por otra parte, en el rol que le cabe al Juez -de garante de la efectividad de los derechos de la infancia-, las normas no han sido aplicadas de modo que faciliten el acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Precisamente, con el criterio de interpretación normativo seguido por la alzada que desconoce la representación dual como medida específica de compensación, se ha privado a los niños de esta defensa reforzada de la que son titulares, conforme el abordaje específico previsto en la ley, la Constitución y los tratados (arts. 14, 16, 18, 75 incs. 19, 22 y 23, 3.1 y 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 1, 8, 19 y 25 de la Convención Americana, 2 in fine y 27 de la ley 26.061; 27, decreto 415/2006, 59, C.C.; 103, C.C.C.N.; Corte I.D.H., Opinión Consultiva n° 17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A, n° 17 del 28 de agosto de 2002, párrafo 102; ver mi voto Ac. 96.178, sent. del 5-XI-2008; P. 118.953, sent. del 11-X-2012)” (Voto Dr. De Lazzari, sent.cit.).

Voto por la afirmativa.

A la misma primera cuestión planteada el señor juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada el señor juez, doctor Kohan, dijo:

Visto el modo en que ha sido resuelta la cuestión precedente, corresponde: Declarar abstracto el tratamiento del recurso de casación deducida por Hugo Andrés Llugdar, Asesor de la Asesoría de Incapaces N° 2 del Departamento Judicial de Mar del Plata, sin costas en esta instancia (arts. 448 -a contrario-, 530 y 531 del CPP).

Así lo voto.

A la misma segunda cuestión planteada el señor juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Declarar abstracto el tratamiento del recurso de casación deducido por Hugo Andrés Llugdar, Asesor de la Asesoría de Incapaces n° 2 del Departamento Judicial Mar del Plata, sin costas en esta instancia.

Arts. 448 -a contrario-, 530 y 531 del C.P.P.

Regístrese. Notifíquese y, oportunamente, radíquese electrónicamente en la instancia de origen.

MJSI

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 22/02/2024 14:01:45 - NATIELLO Carlos Angel
(cnatiello@jusbuenosaires.gov.ar) - JUEZ

Funcionario Firmante: 22/02/2024 14:04:23 - KOHAN Mario Eduardo - JUEZ

Funcionario Firmante: 22/02/2024 14:04:37 - OTHARAN Olivia - SECRETARIO DEL
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

243902150003478726

TRIBUNAL DE CASACION PENAL SALA IV - LA PLATA

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS