

**FICHA TÉCNICA N° P. 131.370, "R., J. A. s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley"**

**FECHA:** 29 de octubre de 2018

**ANTECEDENTES Y CURSO DE ACCIÓN LEGAL PROPUESTO:**

La Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal declaró procedente el recurso de casación interpuesto por la Asesora de Incapaces N° 2 del Departamento Judicial Necochea, Dra. María Silvina Besoin, a favor de la menor A. B. R., anulando el veredicto absolutorio dictado por el Tribunal en lo Criminal N° 1 de ese departamento judicial respecto de J. A. R. y en orden a los delitos de abuso sexual agravado y corrupción de menores, reenviando la causa a la instancia de origen para que, debidamente integrada, procediera a la celebración de un nuevo debate, con la premura que el caso amerita.

Contra esa decisión, el Defensor Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

El Tribunal de Casación Penal concedió el recurso extraordinario deducido, remitiéndose las actuaciones en vista a esta Procuración General en los términos del art. 487 del C.P.P. Esta entendió que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido en autos por la defensa de J. A. R. no podía prosperar.

**SUMARIOS:**

**Rigorismo formal. Apartamiento. Plena vigencia de garantías constitucionales.** La plena vigencia de las garantías constitucionales admite el apartamiento de la aplicación estricta de las reglas formales tales como aquella que establece que se tendrá por notificadas a las partes del veredicto y sentencia a partir de su lectura en la fecha fijada al

efecto, estuvieran o no presentes en ese acto. Este formalismo cede cuando el imputado manifiesta su voluntad impugnativa. Y también, cuando se encuentran en juego una serie de garantías que asisten a la damnificada, en su doble condición de víctima del delito y niña, esto es cuando se trata de resguardar el interés superior del niño víctima de un delito.

**Recurso interpuesto fuera del plazo legal.** La decisión atacada, que declara admisible el recurso, se apartó de lo dispuesto por el art. 374 *in fine* del C.P.P. y de la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la provincia que considera que el recurso interpuesto fuera del plazo legal debe ser declarado inadmisibles, con la única salvedad de los casos en los que el imputado ha manifestado en término su voluntad de impugnar la sentencia.

**Cuestión procesal. Ámbito de revisión extraordinario del art. 494 del C.P.P.** La controversia generada en torno a la interpretación y aplicación del art. 374 del C.P.P. aparece como una cuestión de orden procesal que excede el acotado ámbito de revisión extraordinario que habilita el art. 494 del C.P.P.

**Interés superior del niño víctima de delito: resguardo de derechos. Rigorismo formal.** Cuando se trata de resguardar el interés superior del niño -en particular cuando se trata de un niño que aparece como víctima de un delito-, *"atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, a encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (conf., C.S.J.N., Fallos: 324: 122 y 327: 2413 y 5210 y, recientemente, M. 73. XLVII., de 26/IX/2012; O.C.- 17/02 del 28 de agosto, serie A, núm. 17, párrafos 53, 54 y 60), (...)* máxime cuando la eventual omisión de activar esos dispositivos puede acarrear

*responsabilidad internacional del Estado (CIDH, “Velásquez Rodríguez v./ Honduras, sent. 29-7-1988, párr. 166; CIDH, “González y otra (“Campo Algodonero”) vs. México”, sent. 16/11/2009, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas; “100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de Personas Vulnerables”, Regla 3, 5, 10, 11 y 12)” (cfr. voto del juez De Lazzari en P. 118.953, res. del 11/10/2012).*

**Derecho al debido proceso de las víctimas del delito.** La Ley N° 27.372 ha reconocido expresamente la plena vigencia del derecho al debido proceso que asiste a las víctimas del delito, destacando además la especial atención de aquellas que aparecen como particularmente vulnerables (cfr. arts. 3 inc. a y b, 5, 6 y cc. ley cit.).

**Sistema de justicia. Desarrollo de un proceso adaptado a los niños y adolescentes.**

La Corte I.D.H. ha destacado expresamente en el caso "V.R.P, V.P.C y otros vs Nicaragua" sentencia del 8 de marzo de 2018, que los Estados parte de la C.A.D.H. tienen el deber de organizar su sistema de justicia, de forma tal que contemple "*el desarrollo de un proceso adaptado a las niñas, niños y adolescentes*", indicando que la protección especial derivada del artículo 19 de la Convención implica que la observancia por parte del Estado de las garantías de debido proceso se traduce en algunas garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas, niños y adolescentes, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso no se da en las mismas condiciones que un adulto (con cita de las Opiniones Consultivas 17/02 y 21/14). Expresamente indicó que el sistema de justicia adaptado a las niñas, niños y adolescentes "*importará que exista una justicia accesible y apropiada a cada uno de ellos, que tome en consideración no solo el principio del interés superior, sino también su derecho a la participación con base en sus capacidades en constante evolución, conforme a su edad,*

*grado de madurez y nivel de comprensión, sin discriminación alguna. En definitiva, tal y como lo ha sostenido anteriormente esta Corte, si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas, niños y adolescentes, el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten" (párr. 158).*

En la misma oportunidad la Corte I.D.H. recordó que *"los Estados tienen el deber de facilitar la posibilidad de que la niña, niño o adolescente participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso. A estos efectos, tendrá derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable (...), por la autoridad competente. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones, con el objeto de que la participación de la niña, niño o adolescente se ajuste a su condición y no redunde en perjuicio de su interés genuino" (párr. 159), para concluir que los Estados deben actuar con debida diligencia reforzada y aplicar una protección especial en las investigaciones y procesos penales por la violación sexual de una niña menor de edad para respetar sus derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la vida privada y familiar y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 5.1, 5.2, 8.1, 11.2 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 19 del mismo instrumento y las obligaciones contenidas en el 7.b) de la Convención de Belém do Pará.*

**Legitimación de la Asesora de Menores. Naturaleza procesal de la cuestión.** La

legitimación de la Asesora de Incapaces para interponer, a instancias de la propia damnificada, el recurso de casación contra el veredicto absolutorio dictado en autos viene impuesta por el citado art. 12 de la C.I.D.N. y por los arts. 38, inc. 4 de la Ley N° 14.442 y 103 del Código Civil y Comercial de la Nación. Y se presenta como una vía procesal idónea para materializar el efectivo ejercicio de los derechos de la víctima garantizados legal y constitucionalmente.

**Intervención del representante promiscuo de los menores de edad.** La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido, desde antaño, la relevancia de la intervención del representante promiscuo de los menores de edad (cfr. Fallos 330:4498; 332:1115; 333:1152; 334:419 y causas "Recurso de Hecho deducido por la defensa oficial de M.S.M. c/ P.C. A", sent. de 26/6/2012 y S. D. c/R.L.M s/reintegro de hijo", sent. de 27/12/2012), y la propia Corte I.D.H. ha destacado que si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías procesales son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños y las niñas el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores de edad, 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.).

**Pretensión impugnativa de la menor.** El intento de tener por satisfechas las exigencias del art. 12 de la C.I.D.N. con la intervención de la menor víctima durante el juicio -a través de su declaración en Cámara Gesell-, supone ignorar la concreta pretensión impugnativa manifestada por aquella y canalizada por la funcionaria del Ministerio Público a través del recurso de casación. Esta intervención resulta idónea para cumplir con las expresas exigencias convencionales impuestas en función de la especial condición de la niña víctima de un abuso sexual que pretende la revisión de una decisión jurisdiccional que involucra directamente sus intereses.

**Quebrantamiento del *ne bis in idem*.** El Tribunal de Casación Penal declaró procedente el recurso interpuesto por la Asesora de Incapaces y anuló el veredicto absolutorio dictado por el Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Necochea respecto de J. A. R., por considerar que las conclusiones a las que arribara el sentenciante de origen reposaban en una fundamentación aparente, que descalificaba al pronunciamiento como acto jurisdiccional válido, pues respondían a una consideración fragmentaria e incompleta de las pruebas producidas, disponiendo en consecuencia el reenvío de la causa a la instancia de mérito para que se proceda a la celebración de un nuevo debate.

***Exigencia de sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada.*** La norma que consagra expresamente esa garantía (art. 8.4, CADH) exige la existencia de una sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada, En este sentido, a Corte I.D.H. -máximo interprete convencional-, sostuvo en el caso "Mohamed vs. Argentina", sent. de 23/11/2012, que el principio de *ne bis in idem* "...busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros

*instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo 'delito'), la Convención americana utiliza la expresión 'los mismos hechos', que es un término más amplio en beneficio del inculgado o procesado" (párr. 121). Recordó también la Corte haber sostenido "...de manera reiterada que entre los elementos que conforman la situación regulada por el artículo 8.4 de la Convención, se encuentra la realización de un primer juicio que culmina en una sentencia firme de carácter absolutorio. El Tribunal también ha señalado que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia" (párr. 122). En síntesis, la Corte Interamericana sostuvo que un individuo no fue sometido a dos juicios o procesos judiciales distintos sustentados en los mismos hechos si la sentencia condenatoria que se pronunció a su respecto no se produjo en un nuevo juicio posterior a una sentencia firme que hubiera adquirido la autoridad de la cosa juzgada, sino que fue emitida en una etapa posterior de un mismo proceso judicial penal que no había concluido con el dictado de esa decisión final e inmutable, doctrina que ha sido especialmente considerada por esa Suprema Corte (cfr. P. 116.541, sent. de 7/6/2017 y P. 127.458, sent. de 4/7/2018) .*

**Principio de inmediación, defensa en juicio y doble conforme.** Si el veredicto absolutorio no podía reputarse firme y consentido por la víctima, que activó en la primera oportunidad con la que contó los mecanismos procesales pertinentes para canalizar su voluntad impugnativa, no se configura una violación a la garantía en cuestión, y el reenvío dispuesto para la realización de un nuevo debate no ha sido más que la natural consecuencia del progreso de esa impugnación, sumado a la necesidad de respetar el

principio de inmediación y los derechos de defensa en juicio y doble conforme.

**Decisión absolutoria anulada.** Siguiendo la doctrina de esa Suprema Corte en la materia, la decisión absolutoria anulada -descalificada como acto jurisdiccional válido-, carece de efectos y mal podría afirmarse que su reedición implique juzgar dos veces el mismo hecho, pues como ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en estos casos, hay solo un pronunciamiento que puede considerarse válido (Fallos: 312:597 y 326:1149, ya citados). Así, la regla general según la cual *"no hay lugar para retrotraer un proceso penal a etapas ya superadas cuando éstas han sido cumplidas observando las formas sustanciales del proceso que la ley establece"* (conf. Fallos: 297:486; 298:312; 305:913; 306:1705; 311:2205, considerando 5° de la disidencia parcial de los jueces Bacqué y Petracchi; y 312:597)" (CSJN "Alvarado", sent. de 7/5/1998, cons. 9 de la disidencia de los jueces Petracchi y Bossert; "Sandoval", sent. de 31/8/2010, cons. 6 del voto de la mayoría; P. 117.701, sent. de 15/7/2015 y P. 122.259, sent. de 2/12/2015), no resulta aplicable al caso, pues la anulación dispuesta de ningún modo retrotrae el proceso a una etapa ya superada (vgr. la investigación penal preparatoria) sino que ordena su reencauce por los motivos expuestos párrafos arriba.

**Principios de preclusión y progresividad.** Debe considerarse, además, que los principios de preclusión y progresividad tampoco son absolutos, pues solo pueden tenerse por precluidos los actos o etapas procesales cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece, quedando a salvo los supuestos de nulidad (Fallos: 272:188; 305:1701; 306:1705 y 308:2044) y esto último es, precisamente, lo que ha ocurrido en el presente caso. En esta línea esa Suprema Corte ha descartado, invocando el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la existencia de una



doble persecución penal prohibida siempre que "*...ello tenga lugar cuando la nulidad del juicio obedeció a la existencia de vicios esenciales*" (doct. Fallos 312:597 -"Weissbrod"- y 326:1149 -"Verbeke"-), como en paridad acontece en el caso, toda vez que el tribunal intermedio dejó sin efecto el pronunciamiento adoptado en la instancia anterior por defectos en su fundamentación que lo tornaban insostenible como acto jurisdiccional válido (cfr. P. 120.756, sent. de 22/2/2017 y P. 129.069, sent. de 15/10/2017).

**Retrogradación del juicio.** "*...no cualquier nulidad permite retrogradar el juicio, pero, como contracara, no toda anulación con reenvío a fin de enmendar los actos esenciales del juicio viciado importan un bis in idem prohibido*" (P. 120.756).

**Doble juzgamiento prohibido.** Si el Tribunal de Casación Penal, al llevar adelante su específica actividad revisora promovida en el caso por la representante de la víctima, advirtió la existencia de déficits de tal magnitud en el pronunciamiento absolutorio de origen que le impedían considerarlo como acto jurisdiccional válido y no le cupo otra alternativa que disponer su anulación, esta circunstancia priva de efectos al acto procesal en cuestión e impide, conforme la doctrina antes citada, tener por configurado en el caso un doble juzgamiento prohibido.

**Garantía contra la doble persecución penal.** Asimismo, las cláusulas convencionales con jerarquía constitucional que reconocen expresamente la garantía contra la doble persecución penal son operativas cuando media una sentencia, absolutoria o condenatoria, firme, sobre un hecho y respecto de un sujeto determinado y eventualmente, conforme la doctrina de la Corte Suprema en "Mattei" y "Polak", en aquellos supuestos en los que el ejercicio de estas facultades atente claramente contra el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, contra el derecho de defensa o contra la

posibilidad de exigir el doble conforme por parte del imputado.

**REFERENCIA NORMATIVA:** arts. 374 *in fine*, 421, 422, 452, 482, 487, 494 y 495 del C.P.P.

Arts. 3, inc. a y b, 5, 6, Ley N° 27.372.

Arts. 17 y 33, CN.

Arts. 8.1, 8. 4,y 19 C.A.D.H.

Art. 12 de la C.I.D.N.

Arts. 38, inc. 4 de la Ley N° 14.442 y 103 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Artículo 14.7, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

**REFERENCIA JURISPRUDENCIAL:**

C.S.J.N., Fallos: 324: 122 y 327: 2413 y 5210

(CIDH, “Velásquez Rodríguez v. Honduras, sent. 29-7-1988, párr. 166; CIDH, “González y otra (“Campo Algodonero”) vs. México”, sent. 16/11/2009.

Voto del juez De Lazzari en P. 118.953, res. del 11/10/2012.

Corte I.D.H., caso "V.R.P, V.P.C y otros vs Nicaragua" sentencia del 8 de marzo de 2018, Opiniones Consultivas 17/02 y 21/14.

Fallos 330:4498; 332:1115; 333:1152; 334:419 y causas "Recurso de Hecho deducido por la defensa oficial de M.S.M. c/ P.C. A", sent. de 26/6/2012 y "S. D. c/R.L.M s/reintegro de hijo", sent. de 27/12/2012.

Corte I. D .H.. caso "Furan y familiares vs. Argentina", sent. de 31/8/2012, párrafos 242 y ss.; Corte I.D.H., caso "Mohamed vs. Argentina", sent. de 23/11/2012,

P. 116.541, sent. de 7/6/2017 y P. 127.458, sent. de 4/7/2018.

Fallos: 297:486; 298:312; 305:913; 306:1705; 311:2205, considerando 5° de la disidencia parcial de los jueces Bacqué y Petracchi; y 312:597

CSJN, "Alvarado", sent. de 7/5/1998, cons. 9 de la disidencia de los jueces Petracchi y Bossert; "Sandoval", sent. de 31/8/2010, cons. 6 del voto de la mayoría; P. 117.701, sent. de 15/7/2015 y P. 122.259, sent. de 2/12/2015.

Fallos: 272:188; 305:1701; 306:1705 y 308:2044). Fallos 312:597 -"Weissbrod"- y 326:1149 -"Verbeke"-).

P. 120.756, sent. de 22/2/2017 y P. 129.069, sent. de 15/10/2017, P. 128.455, sent. de 18/10/2017.

**ETIQUETAS:** Rigorismo formal. Apartamiento. Plena vigencia de garantías constitucionales. Recurso interpuesto fuera del plazo legal. Cuestión procesal. Ámbito de revisión extraordinario del art. 494 del C.P.P. Interés superior del niño víctima de delito: resguardo de derechos. Rigorismo formal. Derecho al debido proceso de las víctimas del delito. Sistema de justicia. Desarrollo de un proceso adaptado a los niños y adolescentes. Legitimación de la Asesora de Menores. Naturaleza procesal de la cuestión. Intervención del representante promiscuo de los menores de edad. Pretensión impugnativa de la menor. Quebrantamiento del *ne bis in idem*. *Exigencia de sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada*. Principio de inmediatez, defensa en juicio y doble conforme. Decisión absolutoria anulada. Principios de preclusión y progresividad. Retrogradación del juicio. Doble juzgamiento prohibido. Garantía contra la doble persecución penal.