



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

EXCMO. TRIBUNAL:

Daniela Bersi, Fiscal Adjunta ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en causa nro. **79.152** caratulada “**C. R.D. s/ Recurso de Casación interpuesto por Fiscal**” y su acumulada nro. **79.153** caratulada “**C. R.D. s/ Recurso de Casación interpuesto por la Asesora de Incapaces**”, a VV.EE. respetuosamente digo:

I.- El defensor particular, Dr. Carlos Orestes Cardozo, a fs. . 128/131vta. de la causa 79.153 presenta escrito cuestionando la legitimación de la Asesora de Incapaces para interponer recurso de casación en contra del veredicto absolutorio del encartado.

Alega que su intervención como parte no se encuentra prevista en las disposiciones del CPP, menos aún su legitimación para recurrir en sede penal.

Agrega que tampoco le es conferida esa facultad en la ley 14.442 del Ministerio Público, en tanto el art. 38 inc. 4to. le permite peticionar en nombre de los incapaces 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*”, circunstancia que no verifica en el caso pues – alega - los intereses de la menor A. S. fueron debidamente representados por el Ministerio Público Fiscal.

En ese marco, expone que el Fiscal llevó el caso a juicio oral y ante el resultado adverso interpuso recurso de casación, y que a todo evento, la actuación de la Asesora de Incapaces sería accesoria y complementaria, conforme el art. 103 del CCC, ya que no hubo inacción por parte del Fiscal en relación a las garantías del debido proceso.

Finalmente expone que las cláusulas convencionales esgrimidas por la Asesora de Incapaces en su favor no resultan operativas, por lo que cabe acudir a las disposiciones procesales que no prevén su legitimación activa para recurrir en casación, solicitando así se declare.

II.- Considero que la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por la Asesora de Incapaces en representación de los intereses de la adolescente A. S. debe ser confirmada.

En primer lugar y al contrario de lo sostenido por el defensor, advierto que la intervención de la Asesora de Incapaces en el caso concreto no aparece como accesoria o complementaria de la del MPF, pues su asistencia técnica fue requerida por la propia menor a fin de que sus opiniones fueran tenidas en cuenta al tomar decisiones que directamente la afectaban; es decir, intervino en la causa en representación del interés particular de la adolescente.

Ello se advierte sin demasiada dificultad al repasar las distintas posiciones sostenidas por el agente fiscal y la Asesora de Incapaces frente a la citación de la víctima al juicio oral. De ello da cuenta la copia de la presentación efectuada por la Asesora en representación de su asistida A. S. cuando se opuso a su citación a fin de evitar su revictimización y en tanto ya había declarado en la causa en el marco de una cámara Gesell, cumplida en los términos del art. 102 bis del CPP y no controvertida por las partes.

Similar conflicto se observó ya iniciado el juicio oral cuando la Asesora mantuvo su oposición y el fiscal insistió en examinar a la víctima, desoyendo la posición de la propia adolescente al respecto, declaración que finalmente se llevó adelante y debió interrumpirse en atención a la crisis de nervios y angustia que produjo a la menor evocar sus vivencias.

Ilustrativo de las distintas posiciones resultan los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

términos del recurso de casación presentado por el fiscal del caso donde deja claramente sentado que su interposición se cumplió por expresa orden e instrucción particular recibida del Fiscal General en los términos de los arts. 42 y 46 de la ley de Ministerio 14.442.

Y finalmente considero de especial importancia para evaluar los intereses personales e individuales de A. S. en este procedimiento judicial, la carta por ella entregada en la Asesoría de Incapaces (que se adjunta al presente), luego de conocido el fallo absolutorio del encartado, que da cuenta de sus opiniones divergentes con el representante del ministerio público fiscal, en particular su insistencia en citarla al juicio oral cuando ya había declarado previamente en una diligencia de cámara Gesell y de cómo la afectó afrontar aquella situación.

Las manifestaciones de la adolescente en la misiva aludida denotan claramente su interés en ser oída, *“A quien quiera escucharme”* la encabeza, contando la vulneración que experimentó en el juicio oral y particularmente agraviándose de lo resuelto en el fallo por considerar que juzgaron el caso poniendo el acento más en su propio comportamiento que en el del encartado: *“respecto del veredicto de los jueces es algo que también me hace sentir indignada por que claramente no me creen, poniéndome en tela de juicio por una supuesta relación sexual que tuve con el hijo del acusado, es acá donde yo reclamo mis derecho de mujer y ciudadana, ya que más allá de lo que yo haya elegido hacer con mi cuerpo NO ELEGÍ que este hombre abusara de mí”*.

No debe perderse de vista que la defensa de los intereses del Estado y de la sociedad no deben ser confundidos con las garantías mínimas con las que el niño, niña y adolescente cuenta en todo procedimiento judicial que lo involucra.

En efecto, la incorporación al plexo normativo de diversos instrumentos internacionales de DDHH, en especial la CDN – de

rango constitucional – importó en la práctica la sanción de la ley nacional de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (ley 26.061), cuyo artículo 27 impone a todos los organismos del Estado garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos los derechos contemplados en la CN, la CDN y demás tratados internacionales, el derecho a ser oído (inc. a), a que su opinión sea tenida en cuenta (inc. b), a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia (inc. c), a participar activamente en todo el procedimiento (inc. d) y a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte (inc. e). Por su parte, el art. 29 prevé que los organismos del Estado deberán tomar todas las medidas necesarias, incluidas las judiciales, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en la precitada ley.

En orden a la falta de operatividad de las disposiciones de la CDN alegada por la defensa, advierto que la ley 26.061 tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte (art. 1ero); disponiendo que la Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos (art. 2).

Asimismo, las niñas, niños y adolescentes poseen un interés superior (art. 3.1 CDN) que impone que cuando exista un conflicto entre sus derechos e intereses frente a otros derechos e intereses



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

igualmente legítimos, prevalecerán los primeros (conforme art. 3 in fine ley 26.061) y la Asesoría de Incapaces es el órgano de representación a través del cual son oídos y participan en el proceso (conforme art. 12.2 CDN).

En similar sentido, las “Reglas de Brasilia” establecen, en lo que aquí interesa, que todos los niños, niñas y adolescentes deben ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia (Regla 5), a la vez que deben “.. propiciar medidas procesales a fin de favorecer su acceso a la justicia...” (Regla 34).

Resulta aplicable al caso lo expuesto por la Procuradora General de la Nación cuando frente a un planteo similar afirmó “Entiendo que la defensa específica para la protección de los derechos fundamentales de los niños víctimas de delitos – que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad – debe ser asumida en todas las instancias por la representación promiscua de todos los incapaces por parte del Ministerio Público de Menores (artículo 59 del Código Civil). Esta debe entenderse como la forma propia que en la legislación nacional de fondo cubrió la figura del 'órgano apropiado' de representación prevista en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño” (“Lerena, Segundo Miguel s/abuso sexual agravado por acceso carnal-causa 24556/10”, 11.03.14).

En efecto, la representación promiscua cumple el rol de la defensa de los derechos que la normativa argentina consagra en el marco de la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Por lo demás, advierto que la representación de los intereses particulares de la menor A. S. por parte de la Asesora de Incapaces en el presente procedimiento se encuentra en sintonía con los postulados de ley 14.568, que creó en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la figura del Abogado del Niño a fin de representar legalmente los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes, en

cumplimiento de lo establecido por el art. 12 de la CDN, 8 del Pacto San José de Costa Rica y 27 de la ley 26.061, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces (art. 1ero).

Por lo demás, advierto que el criterio aquí sostenido fue aplicado con anterioridad en este proceso por el a quo al expedirse sobre la procedencia del recurso de casación, donde resolvió declarar admisible el interpuesto por la Asesora de Incapaces con remisión a los precedentes de la CSJN "A. 777. XL VII, Recurso de Hecho, Arteaga Catalán, Ricardo Belarmino s/causa 24.114" rta. 27.11.17 y "CSJ 518/2001 (47-L)/CSI, Recurso de Hecho, Larena Segundo Manuel s/abuso sexual agravado por acceso carnal – causa 24.556/10" rta., 08.03.16, por tratarse de casos análogos a la presente.

En virtud de lo anterior, resulta aplicable al caso la jurisprudencia de la CSJN al resolver "que la contradicción de criterios entre pronunciamiento sucesivamente dictados en una misma causa no se compadece con la adecuada prestación del servicio de justicia, ya que la coherencia, que determina la validez lógica de cualquier expresión significativa, es particularmente exigible a los actos judiciales entre otras razones, para evitar la perplejidad de los litigantes" (Fallos : 307:146; 327:608 y el citado precedente "Arteaga Catalán").

III.- En definitiva, considero que deben garantizarse la defensa en juicio y el derecho de la adolescente A. S. a ser oída mediante un procedimiento eficaz que garantice el adecuado control de aquellos actos jurisdiccionales que puedan afectar sus derechos fundamentales, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1, 2, 27, 29 y cc de la ley 26.061; 18 y 75 inc. 22 de la CN, 12.2 de la CDN, por lo que solicito se admita expresamente la legitimación de la Asesora de Incapaces para recurrir la sentencia contraria a los intereses de su representada.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL
MINISTERIO PÚBLICO

Proveer de conformidad.
SERÁ JUSTICIA.-