



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

C. 94.121

En la ciudad de La Plata a los 10 días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Jueces de la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctora María Florencia Budiño y doctor Fernando Luís María Mancini, para resolver en la presente **causa N°94.121** caratulada “**QUINTAS SERGIO FEDERICO S/RECURSO DE QUEJA (ART. 433 CPP) INTERPUESTO POR ASESOR DE INCAPACES**”, de trámite ante este Tribunal; practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **MANCINI-BUDIÑO**.

ANTECEDENTES

La Cámara de Apelación y Garantías de Necochea rechazó la queja interpuesta por el Sr. Agente Fiscal por resultar inadmisibile el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de la Sra. Jueza de Garantías en cuanto dispuso, en lo que aquí respecta, hacer lugar a lo petitionado por la defensa del imputado, debiendo tomar declaración testimonial mediante la modalidad de Cámara Gesell a la víctima de autos, el Sr. Agente Fiscal, por no resultar la resolución impugnada expresamente apelable y no causar un gravamen irreparable al recurrente (fs. 35/36, este legajo).

El señor titular de la Asesoría de Incapaces, formuló reserva de recurrir en casación la referida decisión (fs. 70).

Con fecha 31 de octubre de 2018, la Cámara declaró firme y consentido el rechazo de la queja (fs. 28/29)

El Sr. Asesor de Incapaces interpuso el recurso de casación que obra a fs. 71vta./81.

Atento lo resuelto, con fecha 6 de noviembre la Cámara remitió las referidas actuaciones al juzgado de origen para su agregación al expediente principal (fs. 17 del incidente de recurso de casación que corre por cuerda al expediente principal.)

El Asesor de Incapaces interpuso la presente queja, en los términos del art. 433 del Código Procesal Penal (fs. 1/12).

Hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

Primera: ¿Corresponde hacer lugar a la queja intentada?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A la **primera cuestión** planteada, el doctor **Mancini** dijo:

1. Se presentó el representante del Ministerio Público pupilar e inicialmente desarrolló argumentos preliminares encaminados a obtener la decisión sobre la admisibilidad de su impugnación.

En tal sentido, con invocación de lo normado en el art. 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 19, 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales Culturales, 2.3 "a", 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2 y 3 de la Convención de los Derechos del Niño, y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de este Tribunal de Casación que citó, sostuvo la legitimación procesal de ese Ministerio para recurrir por este medio.

A su vez efectuó consideraciones con relación a la sentencia interlocutoria atacada, la que dijo, debía asimilarse a sentencia definitiva.

Alegó que tomó conocimiento del contenido del resolutorio con fecha 2 de octubre de 2018 y que a través de la presentación de fecha 8 de octubre hizo la correspondiente reserva de recurrir en casación, el que fue presentado dentro del plazo establecido por el art. 451 del ordenamiento ritual.

Expresó que el mentado remedio se articuló ante la falta de intervención de ese Ministerio en la instancia preliminar, a los fines de sanear los vicios graves de una resolución que tildó de arbitraria en tanto

importó la violación de derechos constitucionales e internacionales de la víctima y del debido proceso.

Fundó su reclamo en la denuncia de la inobservancia de los arts. 102 bis, 274, 247, 360, 369, 106, 373 del Código Procesal Penal, y 171 de la Constitución Provincial.

Relató que la acusación solicitó como acto irreproducible la declaración de su representada V.G ante la Juez de Garantías y bajo el dispositivo de la Cámara Gesell conforme las prácticas del Código Procesal como del Protocolo de Recepción de testimonio de Niños y Adolescentes.

Indicó que la Jueza de Garantías estimó adecuado que sea la perito psicóloga quien asista a la menor en el acto previsto y se agravió de que, de manera infundada, se haya suspendido la diligencia dejando en mayor vulnerabilidad a la niña.

Denunció que los derechos de la víctima han sido abiertamente vulnerados desde que fue sometida a numerosas diligencias procesales, y que ello provocó una innecesaria revictimización.

Argumentó que el fallo resolvió la tensión que se presenta entre los derechos del imputado y el derecho a la víctima, de manera que no se cumplió con la primacía que se debe dar al interés superior del niño víctima a la luz del derecho argentino y la normativa internacional.

Consideró que también se vio afectado el derecho de la joven a ser oída.

En tal sentido afirmó que no cualquier citación cumple con la garantía sino aquella que da en condiciones para su libre y correcto ejercicio.

Adujo que las circunstancias contextuales el proceso penal conspiran contra las previsiones con las que el acto debe estar rodeado y, por ello deben extremarse los cuidados, los que no fueron tomados en cuenta en el fallo en crisis.

Finalmente consideró que la resolución resultó arbitraria y fue dictada sin la debida fundamentación.

En tal sentido argumentó que la Jueza de Garantías con la misma

motivación con la que resolvió que la perito psicóloga lleve adelante la diligencia de anticipo probatorio con basamento en la vinculación empática entablada con la niña y teniendo en consideración su interés superior, en un pronunciamiento posterior decidió, de manera diametralmente opuesta, hacer lugar a la solicitud –infundada- del defensor, y ordenar que la dirija el Agente Fiscal, en vez del profesional más idóneo a esos efectos.

Explicó que la defensa se opuso a que sea la perito psicóloga quien dirija el interrogatorio, pues, consideró que podría afectar “algunos” principios del proceso como el de la defensa del imputado, la igualdad y la legalidad, pero sin especificar de qué manera los derechos que enuncia se verían afectados y, en definitiva sin brindar razones de entidad como para violentar derechos en expectativa igualmente atendibles.

De acuerdo a todo ello solicitó la nulidad del pronunciamiento, con reenvió para el dictado de un nuevo fallo (art. 461 del CPP).

2. A fs. 42/52, la señora Fiscal Adjunta de Casación, doctora María Laura E. D' Gregorio, acompañó memorial en el que mantuvo el recurso interpuesto y desarrolló las razones por las cuales propició se acogiera favorablemente el recurso del Asesor.

Así efectuó consideraciones relativas a la admisibilidad formal y material del recurso en examen y tras efectuar un ilustrativo recorrido de los antecedentes de autos, dictaminó en favor de la procedencia de los reclamos.

Expresó que la resolución atacada resultaba equiparable a sentencia definitiva.

En tal sentido refirió que en la presente se daba una situación de excepcionalidad en la que se han conculcado profundamente principios de raigambre constitucional en tanto que provoca un agravio de insusceptible o muy dificultosa reparación ulterior, requiriendo por lo tanto tutela inmediata.

A su vez alegó sobre la existencia de una cuestión federal que en prieta síntesis estuvo centrada en la denuncia de la violación de los derechos tutelados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Consideró que, correspondía entonces admitir el recurso para garantizar el adecuado tránsito de la causa a la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 31 de la CN y 14 de la ley 48 y conf. causa P. 128.650-RW de la SCJBA, conf. precedentes “Strada”, “Christou” y “Di Mascio” de la Corte Federal)

Afirmó la plena legitimación del Asesor de Menores e Incapaces (arts. 38 de la ley de Ministerio Público) quien, dijo, ha cumplido con los recaudos legalmente impuestos para la recurrencia (arts. 464, 466, 451 y 452 del CPP) y consideró que aun cuando el recurso de casación impetrado resulte extemporáneo, debía dársele tratamiento a los fines de no cercenar los derechos de la menor víctima, asegurándole una instancia de revisión efectiva (arts. 75 inc. 22 de la CN, 19, 25 de la CADH, 2,3 y cccdetes de la CDN, 14 del PIDCyP, y la Convención de Belen do Pará).

Resaltó que la víctima de los sucesos denunciados resulta ser una menor de edad y que el caso precisaba de una respuesta con perspectiva de infancia.

Indicó que el Asesor de Menores e Incapaces había asumido intervención en las presentes actuaciones luego del resolutorio de fecha 10 de septiembre.

Añadió consideraciones que refieren a la intervención, al rol y a las facultades del Asesor de Incapaces en representación de las personas menores de edad cuando se encuentren involucrados sus intereses con invocación de jurisprudencia y la cita de la normativa pertinente.

Aludió al Protocolo de Recepción de Testimonios en Cámara Gesell en cuanto dispone que la declaración será recepcionada por un experto, y que el juez puede disponer que el interrogatorio sea llevado a cabo por la autoridad judicial ante la sugerencia del psicólogo que examinara al niño, niña, adolescente o incapaz.

Consideró que el derecho del imputado de defensa en juicio, y los principios de igualdad de armas y legalidad a los que aludió la defensa en su presentación no se verían deteriorados en modo alguno por el

establecimiento de condiciones especiales que se prevén para interrogar a los menores víctimas en consonancia con lo estatuido por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Indicó que el señor defensor sólo formuló alegaciones dogmáticas sobre la supuesta conculcación de las garantías constitucionales que implicaría para su asistido que la declaración sea dirigida por la perito psicóloga siendo éste tan sólo un cuestionamiento formal que deja a la vista la insuficiencia del planteo que, la señora Juez receptó favorablemente en un resolutorio carente de motivación y en desmedro de la protección integral de los derechos de la niña víctima.

Añadió que a los fines de evitar la revictimización de la menor, resulta fundamental que sea entrevistada por un profesional capacitado específicamente y que cuente con las habilidades y conocimientos imprescindibles para llevarla a cabo en forma adecuada, y necesario que todos los operadores actúen en concordancia con los protocolos estandarizados.

Solicitó que sea haga lugar al remedio y se concede el recurso de casación.

2. La queja es procedente.

Estimo que en autos se configura una situación de excepción que impone la admisión de la presente impugnación.

El recurso de casación articulado por el Asesor de Incapaces se dirigió contra la resolución de la Cámara que rechazó la queja promovida por la denegatoria de la apelación interpuesta por el Sr. Agente Fiscal, mediante el cual se había atacado la resolución de la Sra. Jueza de Garantías en cuanto hizo lugar al planteo de la defensa del imputado disponiendo que la declaración testimonial mediante la modalidad de cámara Gesell a la víctima sea tomada por el Sr. Agente Fiscal.

Si bien no resultó una cuestión controvertida la legitimación recursiva del Asesor de Incapaces interviniente en representación del interés particular de la víctima, teniendo en cuenta que las vías impugnativas deben regirse

por las disposiciones que habilitan su legal interposición y que, en lo que aquí respecta el código de forma adopta un criterio taxativo a los efectos de los requisitos de impugnabilidad subjetiva toda vez que consagra en el art. 421 que el derecho de recurrir le corresponde sólo a quien le sea expresamente acordado (art. 421 y ccdtes. del C.P.P.), en ausencia de disposición normativa que le reconozca expresamente dicha facultad, corresponde brindar algunas definiciones en orden a ese presupuesto de la jurisdicción.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 38 de la Ley de Ministerio Público 14.442 el Asesor de Incapaces le corresponde intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que interese a la persona de los incapaces, e incluso puede peticionar en nombre de ellos, por propia iniciativa, cuando 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 se verifica en este caso en cabeza del Asesor quien invocó la representación en esta instancia de los intereses de la menor.

Y si bien en abstracto dicha parte carecería de legitimación recursiva, considero que, en el caso, adoptar un temperamento contrario a la legitimación del Asesor de Incapaces para intervenir en esta instancia importaría frustrar la revisión de una decisión cuestionada por ser contraria a los derechos de una menor de edad presunta víctima de un delito contra la integridad sexual.

Entonces, debe reconocérsele al impugnante legitimación ante la ineficacia de las vías locales de impugnación articuladas para obtener una tutela judicial efectiva frente a una decisión que porta un gravamen de imposible o muy dificultosa reparación ulterior.

Por otro lado, en el caso, asumir como extemporáneo el recurso casatorio configuraría un exceso ritual permitiendo que, por ese mecanismo no queden tutelados intereses de rango superior referidos al interés superior del niño, a su derecho a ser oído y al acceso a la jurisdicción (arts. 3 CIDN, 8.1, 25 de la CADH, y 27 de la ley 26.061).

Cabe señalar que la regla de perentoriedad o improrrogabilidad de los plazos (art. 140, CPP), entre ellos los recursivos, son directrices que deben armonizarse con otros preceptos también integrantes del ordenamiento jurídico como la garantía de la tutela judicial efectiva (art. 25 CADH), más aún cuando se han puesto en juego la tutela de los intereses de una niña supuesta víctima de un delito contra su integridad, su protección y el acceso a la justicia, cuya garantía es condición primordial de la validez de todo proceso judicial.

Finalmente cabe agregar que el código de forma adopta un criterio taxativo a los efectos de los requisitos de impugnabilidad objetiva toda vez que consagra que las resoluciones judiciales sólo resultan impugnables por los medios y en los casos expresamente establecidos por el ordenamiento de forma.

De acuerdo a ello, esta Sala se ha pronunciado en el sentido que la procedencia del recurso de casación, más allá de lo estipulado por el art. 417 del rito, está subordinada a las sentencias definitivas de juicio oral, juicio abreviado y directísimo en lo criminal, y a los autos de segunda instancia cuando los mismos tengan carácter revocatorio, conforme lo dispuesto por el art. 450 del ceremonial.

Por lo que la situación en análisis, en principio, no encuadra en los presupuestos objetivos expresamente establecidos por el ordenamiento de forma. Sin embargo, es aceptado por todos que ese principio puede ceder en ciertas ocasiones, como en el caso, en que la situación denunciada comprende planteos de índole federal que tornaban necesario su tránsito por ante este Tribunal revisor y que han sido desoídos.

En efecto, no puede soslayarse la impronta federal de los reclamos traídos en el recurso en el que se denunció arbitrariedad y se puso en consideración la posible violación de los derechos de la niña víctima de raigambre constitucional (recibir un trato digno y respetuoso, a no resultar revictimizada, a ser oída en términos que se garanticen las condiciones para su libre y correcto ejercicio) en vinculación con los principios protectorio y de

interés superior del niño y el acceso a la jurisdicción, con expresa consideración de las circunstancias del caso, pautas de análisis ineludibles para determinar la accesibilidad de la vía y que, entiendo presentan las notas de excepcionalidad necesarias para remover los obstáculos formales impuestos en la ley adjetiva a los carriles de impugnación para la procedencia de esta vía.

Además no sobra señalar que, como se verá, el agravio que causa al recurrente el fallo apelado resulta, dada la naturaleza de la cuestión debatida, de imposible reparación ulterior ya que no podrá subsanarse la lesión de quedar convalidada -y sin revisión- la forma del acto procesal cuestionada.

A partir de allí corresponde hacer lugar a la queja y admitir el presente recurso de casación (arts. 2 y 3.3 CIDN, 8.1, 25 de la CADH, 2.3.a, 24.1 del PIDCyP, 27 de la ley 26.061, 38 de la Ley de Ministerio Público 14.442, 14 y 15 de la Ley 48.)

A la cuestión planteada, voto por la afirmativa.

A la **misma cuestión** planteada, la doctora **Budiño** dijo:

Adhiero al voto doctor Mancini, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la **segunda cuestión** planteada, el doctor **Mancini** dijo:

En el caso, la decisión de la Cámara que reafirmó la irrevisibilidad de la resolución por la que la que dispuso hacer lugar a lo peticionado por la defensa del imputado, debiendo tomar declaración testimonial mediante la modalidad de Cámara Gessel a la víctima de autos, el Sr. Agente Fiscal, no puede compartirse, puesto que más allá de la estrictez del primer supuesto del art 439 del ritual, se ha planteado una incidencia con perfiles que reclamaban a la Alzada ingresar por el carril que brinda el segundo supuesto.

Entiendo que en el caso la interpretación y alcance que el *a quo* otorgó a la noción de gravamen irreparable conlleva un error conceptual, o si

se quiere de perspectiva, del que podría resultar un serio menoscabo de los derechos constitucionales en que se funda el recurso.

En efecto, con un enfoque, según entiendo, inadecuado, la Cámara se centró para la toma de su decisión de inadmisión del recurso apelativo en la inexistencia de un gravamen irreparable para el "Fiscal" (cuyos agravios hizo suyos el ahora quejoso), perdiendo de vista el denunciado daño de imposible enmienda para la salud psíquica de la niña víctima que podría eventualmente generarse de efectivizarse la intervención estatal.

Al respecto cabe señalar que es de toda evidencia que consumado el anticipo probatorio en las condiciones dispuestas surge palmario el riesgo cierto que el daño quede consolidado, cancelando toda posibilidad de subsanación en posteriores ocasiones procesales, y tal estado de cosas es lo que genera un agravio de insusceptible reparación ulterior para la niña.

Lo señalado establecía la revisión de la Cámara por vía del art. 439 del ritual puesto que el recurso de apelación no sólo procede formalmente en los supuestos expresamente revistos sino también cuando exista algún gravamen de imposible reparación ulterior, y ello, como he venido explicando, había sido alegado oportunamente y debidamente fundado por el recurrente (ver. Fs. 65/66, este legajo).

Cabe puntualizar que, además de la denuncia de falta de fundamentación y quiebre lógico del razonamiento de la Juez de grado, al apelante enarboló su reclamo en la invocación del interés superior del niño, sosteniendo la necesidad de que la entrevista en la Cámara Gesell sea materializada por un profesional de la psicología, conforme lo prevé el Protocolo correspondiente a ese procedimiento.

Entonces, se advierte que de modo puntual el recurso de apelación presentado ante la Cámara contenía objeciones concretas contra la decisión de la Jueza de Garantías que ponían en evidencia la existencia de un perjuicio de imposible reparación ulterior para el caso que el abordaje se efectivice de conformidad con lo decidido por la Juez de Garantías, mostrando, entonces, cierta inadecuación la resolución de la Cámara de no

brindarle tratamiento.

Por todo lo explicado, se advierte que la Cámara sustentó esa decisión en la exposición de un razonamiento inadecuado y divorciado de lo actuado en este expediente, de lo cual resultó una arbitrariedad, la cual conduce a la anulación del fallo atacado mediante recurso de casación.

Por lo expuesto, propicio al Acuerdo casar el pronunciamiento de fs. 34/36, dejándolo sin efecto, con reenvío para que la Cámara de Apelación y Garantías proceda al dictado de un nuevo fallo teniendo estricta observancia de las pautas indicativas contenidas en el Protocolo de Recepción de Testimonios mediante el empleo de Cámara Gesell aprobado por Resolución 903/12 de la Corte Suprema de Justicia para la recepción de testimonios de niños, niñas y adolescentes –menores de 16 años- víctimas o testigos de alguno de los delitos tipificados en el Libro II Título III del Código Penal, de manera de ofrecer especial cuidado en que la declaración sea llevada a cabo en el contexto que brinde el mayor resguardo a la salud psíquica de la niña, con la mayor celeridad y el debido anoticiamiento a todas las partes intervinientes. Sin costas en esta instancia (arts. 2, 3.3 y 12 de la CIDN, 106, 448, 461, 530 y ccdtes. del CPP, 38 de la Ley 14.442 y Ley 26.061).

Así lo voto.

A la **segunda** cuestión planteada, la doctora **Budiño** dijo:

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

Así lo voto.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala II del Tribunal de Casación Penal

R E S U E V E

I. DECLARAR PROCEDENTE la queja interpuesta en los términos del art. 433 del CPP., y como consecuencia de ello **ADMISIBLE el recurso de casación** deducido, por los fundamentos brindados en la primera

cuestión planteada (arts. 2 y 3.3 CIDN, 8.1, 25 de la CADH, 2.3.a, 24.1 del PIDCyP, 27 de la ley 26.061, 38 de la Ley de Ministerio Público 14.442, 14 y 15 de la Ley 48.)

II. CASAR el pronunciamiento de fs. 34/36, dejándolo sin efecto, y **REENVIAR** las presentes actuaciones a la instancia de origen para que la Cámara de Apelación y Garantías proceda al dictado de un nuevo fallo teniendo estricta observancia de las pautas indicativas contenidas en el Protocolo de Recepción de testimonios mediante el empleo de Cámara Gesell aprobado por Resolución 903/12 de la Corte Suprema de Justicia para la recepción de testimonios de niños, niñas y adolescentes –menores de 16 años- víctimas o testigos de alguno de los delitos tipificados en el Libro II Título III del Código Penal, de manera de ofrecer especial cuidado en que la declaración sea llevada a cabo en el contexto que brinde el mayor resguardo a la salud psíquica de la niña, **con la mayor celeridad y el debido anoticiamiento a todas la partes intervinientes**. Sin costas en esta instancia (arts. 2, 3.3 y 12 de la CIDN, 106, 448, 461, 530 y ccdtes. del CPP, 38 de la Ley 14.442 y Ley 26.061)

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

mac