

“B A O s/recurso de inaplicabilidad de ley”

CSJ 1048/2018/RH1



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

I

La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, por mayoría, rechazó el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por el fiscal de casación contra la decisión de la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal, que no hizo lugar al recurso de la especialidad contra la resolución de la Sala Primera de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Lomas de Zamora que había desestimado la apelación y confirmado el sobreseimiento dictado por el Juzgado de Garantías n° 10 de esa ciudad, a favor de A O B en orden al delito de abuso sexual agravado por haber sido cometido por un ascendiente y contra un menor de dieciocho años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente.

Contra esa decisión interpuso recurso extraordinario la representante del ministerio público fiscal ante la corte provincial, que al ser denegado por entenderse incumplidos los recaudos de los artículos 14 y 15 de la ley 48, y 3°, incisos d) y e), de la Acordada 4/2007 dio origen a la presente queja.

II

Al rechazar el recurso de inaplicabilidad de ley, la mayoría del *a quo* sostuvo que el fiscal no había formulado planteos de índole federal ante el tribunal de casación sino cuestiones enmarcadas en el valor convictivo de la prueba. En ese orden, señaló que no rebatió los argumentos de ese tribunal en punto a que el caso llevado a su conocimiento no encuadraba en ninguno de los supuestos de excepción que habilitan su instancia, sino que se limitó a exponer una posición contraria; sólo de-

nunció arbitrariedad y cuestión federal sin lograr demostrarlas como así tampoco su relación directa e inmediata con lo debatido y resuelto.

Por su parte, la minoría, que estimó procedente el recurso, señaló que sin perjuicio de que el sobreseimiento había sido revisado por la cámara de apelación y garantías, el fiscal demostró que se configuraban los supuestos de excepción para habilitar la instancia por inobservancia del artículo 106 del código procesal local y del sistema de expresión de convicción sincera (arts. 210 y 373 ídem). Indicó que el tribunal de casación no fundamentó el rechazo de la vía y tampoco reparó que el segundo de los supuestos invocados implicaba una causal de invalidez del acto jurisdiccional, es decir arbitrariedad. El criterio contrario –postuló– reduciría el abordaje del recurso a una simple denominación, cuando la presentación se enderezaba a criticar la carencia de fundamentos de los jueces. Por todo ello, concluyó que existió un tránsito aparente por la instancia intermedia.

III

En la apelación federal la representante del ministerio público fiscal provincial fundó su agravio en la doctrina de la arbitrariedad.

Refirió que en el recurso de inaplicabilidad de ley el fiscal había planteado la arbitrariedad de sentencia y tránsito aparente por el tribunal de casación pues la impugnación se rechazó sin analizar los agravios. Expuso que al fundar la primera el magistrado se quejó por el análisis parcial de la prueba, en tanto se soslayaron las consideraciones de los psicólogos que atendieron a la menor durante su internación en el hospital Garrahan, que validaron su relato, y por la falta de certeza negativa para el dictado del sobreseimiento. Asimismo, denunció que se habían afectado los derechos de la menor víctima en cuanto a su acceso a la justicia, a ser oída y a que su



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

testimonio sea considerado válido; y puso de resalto que la Convención sobre los Derechos del Niño establece mecanismos de protección especiales contra el abuso físico, mental y sexual y los malos tratos, y obliga a los Estados Partes a tomar medidas “hasta el máximo de los recursos que dispongan” e investigar a los autores de los delitos contra los menores, y que en el *sub lite* subyace el deber de garantía asumido por la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Agregó que en atención al modo de comisión del hecho, el testimonio de la víctima no podía ser descalificado porque constituiría violencia institucional revictimizante, contraria a los compromisos internacionales asumidos en la materia, y que el Comité de los Derechos del Niño ha reconocido que corren riesgo especial de discriminación porque se encuentran en una posición de relativa impotencia y dependen de otros para la realización de sus derechos.

Luego de la reseña de los agravios desatendidos por el *a quo*, la magistrada recurrente expresó su concordancia con el voto de la minoría.

En esa línea, sostuvo que la vía intentada por el fiscal fue arbitrariamente denegada por el superior tribunal local al no exponer los motivos por los cuales no correspondía sortear las restricciones formales que limitan el acceso a su instancia. Destacó que dicho magistrado no sólo había denunciado la inobservancia del artículo 106 del código procesal local sino también de las reglas del sistema de expresión de convicción sincera, que se traduce en ausencia de motivación legítima de la sentencia y constituye causal de invalidez del acto jurisdiccional, es decir arbitrariedad.

Asimismo, adujo que el *a quo* omitió la queja del fiscal relativa a que la confirmación del sobreseimiento afectaría los derechos de la víctima e importaría el incumplimiento de compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino. A ese respecto, señaló que la doble condición de mujer y menor de edad de la víctima

imponía la necesidad de fundar adecuadamente la decisión que involucra el acceso a la justicia (arts. 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), el derecho de la niña a ser oída en asuntos que le conciernen (arts. 3º, 4º, 12 y 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y el compromiso asumido a través del artículo 7º de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), planteos que revisten entidad federal suficiente.

Consideró que la respuesta del *a quo* a esos agravios fue superficial, dogmática y apartada de las concretas constancias de la causa, en tanto surgía de la presentación que aquéllos se fundaban en la condición de niña de la víctima y que el sobreseimiento impedía que el hecho fuera ventilado en un juicio oral, extremos que —destacó la magistrada recurrente— el fiscal relacionó con la normativa constitucional invocada, demostrando así la relación directa e inmediata exigida.

En virtud de todo ello, concluyó que el proceder del *a quo* implicó la inobservancia de la doctrina del Tribunal sentada en Fallos: 308:490, 310:324 y 311:2478, que impone a los tribunales locales allanar el tránsito hacia la instancia del artículo 14 de la ley 48 cuando se hubiera planteado en forma oportuna y fundada una cuestión federal.

IV

V.E. ha establecido que las resoluciones por las cuales los superiores tribunales de provincia deciden acerca de la procedencia o improcedencia de los recursos extraordinarios de carácter local que se interponen ante ellos no son, en principio, revisables en la instancia del artículo 14 de la ley 48, y que la tacha de arbitrariedad a su respecto es especialmente restrictiva (del dictamen de la Procuración General, al



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

que remitió la Corte Suprema en Fallos: 327:5416 y Fallos: 307:819, 308:174). Empero, la regla puede ceder cuando lo resuelto conduce a una restricción sustancial de la vía utilizada por el apelante sin fundamentación idónea o suficiente, lo que se traduce en una violación de la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 337:1361, 339:864, entre muchos).

También, que el recurso extraordinario no tiene por fin revisar en una tercera instancia la apreciación otorgada a hechos y pruebas incorporados al proceso o la interpretación asignada a normas de derecho común y procesal que es propia de los jueces de la causa; no obstante ha admitido excepciones a tal criterio cuando la decisión cuestionada no cumple con los requisitos mínimos que la sustenten como acto jurisdiccional válido en el marco de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (del dictamen de la Procuración General al que la Corte remitió en Fallos: 338:623).

Aun cuando los agravios remiten al examen de aquellas cuestiones, materia ajena por regla y naturaleza al remedio del artículo 14 de la ley 48, no resulta óbice para su consideración por dicha vía cuando, con menoscabo de derechos de raigambre constitucional (Convención de Belém do Pará, su ley reglamentaria n° 26.485 y Convención sobre los Derechos del Niño) el *a quo* ha omitido considerar elementos conducentes para la solución del litigio y realizado afirmaciones dogmáticas que dan fundamento sólo aparente a su resolución (conf. Fallos: 342:35).

En mi opinión, el *sub judice* es uno de esos supuestos que justifican la intervención de V.E.

V

Surge de las actuaciones que el fiscal requirió la elevación a juicio – y propuso que fuese abreviado– respecto de A B en orden al delito de abuso sexual

agravado por haber sido cometido por un ascendiente y contra un menor de dieciocho años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente (fs. 156/165).

La juez de garantías lo sobreseyó (fs. 176/186). Consideró que la madre de la menor, que lo había denunciado por maltratos y violencia y “por una mera sospecha de que su esposo habría tocado a su hija” de seis años, luego requirió el archivo (fs. 39). Asimismo, valoró que la niña le dijo a la psicóloga que su padre la golpeaba a ella y a su madre y con relación al episodio de abuso sexual “no sé, me toca...No me lo quiero ni acordar”; que ambas volvieron a convivir con el imputado y que la menor estaba bien. Entendió que esos elementos generaban un “cuadro de duda”, sumado a que el perito del ministerio público fiscal informó que no se habían establecido indicadores de abuso sino sólo sospechas, por lo cual no sugería la realización de la cámara Gesell y que calificó al testimonio como pobremente probable. En consecuencia, con cita del artículo 323, inciso 2º, del código procesal local (que alude que “el hecho investigado no ha existido”) y por estimar que no existían motivos suficientes para remitir la causa a juicio ni era razonable objetivamente prever la incorporación de nuevos elementos de cargo (inc. 6º), sobreseyó a B

Al confirmar el sobreseimiento apelado por el fiscal, la alzada departamental ponderó el testimonio de la víctima y que la declaración del imputado fue corroborada por la presentación de fs. 39 donde la madre de la menor solicitó el archivo y explicó que había sido influenciada por el pastor evangélico, que lo denunció por celos y que luego de observar su comportamiento y tras largas conversaciones con su hija se persuadió de que carecía de fundamentos. Agregó que la pareja había reanudado la convivencia, que era buena la relación del grupo familiar y que, en esas condiciones, la versión de la menor quedaba huérfana de prueba que la avalase en



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

razón de que no era posible la incorporación de nuevos elementos y tampoco el perito del ministerio público fiscal había sugerido la realización de una cámara Gesell.

Advierto, sin embargo, que la arbitrariedad alegada por el Ministerio Público y reiterada ante las instancias a las que sucesivamente acudió sin obtener respuesta – cámara de apelaciones y garantías, tribunal de casación y corte suprema local– surge del simple cotejo de los elementos de convicción obrantes en la causa, cuyo examen acorde a las reglas de valoración de la prueba y a las pautas establecidas por las normas y jurisprudencia que rige la materia, ha sido omitido en las instancias intervinientes y brindan razonable sustento a la queja.

A ese respecto, la juez detalló en el auto de fs. 176/186 que los actuados se iniciaron por la denuncia de M L que relató que era víctima de violencia física, verbal y sexual por parte de su concubino B quien también maltrataba a la hija de ambos; al día siguiente agregó que la menor le refirió que su padre la había tocado. Posteriormente pidió el archivo de las actuaciones y retomó la convivencia con el imputado. En mi opinión, y en línea con lo argumentado por los representantes del Ministerio Público, al examinar las reseñadas explicaciones dadas por la nombrada al solicitar el archivo, no se debió soslayar el contexto de violencia de género en el que estaba inmersa, que se caracteriza por ser cíclica y tampoco la información que sobre ella brindaban los informes a los que a continuación se hará referencia.

Ante la Oficina de Violencia Doméstica del Tribunal (fs. 20/23) L expuso oportunamente que su hija le contó que, a pedido de su padre, le había tocado los genitales y él a ella, y que los médicos que la revisaron en hospital Garrahan le informaron que había sido abusada.

En el informe interdisciplinario de situación de riesgo (fs. 24/25) elaborado por profesionales de la oficina, se consignó que la madre naturalizaba el maltrato, exhibía signos de sometimiento, creía en el relato de su hija y que, a pesar del temor al agresor, decidió resguardarla. Se destacó la dependencia económica, el aislamiento y la falta de apoyo familiar, siendo su único sostén la iglesia evangélica a la que asistía. En cuanto a la niña, hallaron indicadores que robustecían la entidad de sus dichos por su compatibilidad con “una situación de abuso sexual actual y maltrato físico y emocional gravísimo de larga data”, calificando de contundente su narración en atención a su edad y etapa de desarrollo. Destacaron al respecto, entre otros, su relato espontáneo hacia su madre en el que verbalizó la situación de tocamiento; que reconocía que estaba mal, pero le generaba confusión el hecho de que haya sido su padre; déficit en el rendimiento escolar; llanto recurrente e inmotivado; problemas para dormir y alteración del sueño y que utilizaba un lenguaje sexualizado y soez, igual al de su progenitor.

De la historia clínica labrada en el hospital (fs. 45/81) se desprende que la menor refirió que su padre “la tocó” y ella a él. En el informe de salud mental (fs. 62/65) se consignó que junto con su hermano y su madre se encontraban en situación de alto riesgo por violencia física crónica y por el abuso sexual, y que la narración en lenguaje infantil y desde la percepción del niño que atraviesa la situación (no fue inducido por un adulto) otorgaba credibilidad a su relato. El informe social (fs. 67/69) concluyó que existía sospecha de abuso sexual y maltrato infantil, que el grupo familiar era disfuncional, sin contención de sus parientes; que la madre era víctima de violencia doméstica y dependía económicamente del imputado.

Por otra parte, en el informe de salud mental (fs. 74/75) se dejó constancia de la falta de recursos económicos y psicológicos de la madre para proteger a sus



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

hijos del maltrato y abuso, y que pasó de confiar en lo narrado por la menor a dudar de su veracidad a pesar de ser ella víctima y testigo del maltrato de sus hijos. La Dirección de promoción y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes (fs. 83/84) informó que la menor manifestó en forma espontánea situaciones de manoseo por parte de su padre y que él hacía que tocara sus genitales. La licenciada que condujo la entrevista expresó que el relato no impresionaba como fabulado, fue sostenido en el tiempo y que el compromiso afectivo era acorde con lo narrado.

Por último, cabe señalar que en el informe del psicólogo del ministerio fiscal al que hizo referencia la juez en su resolución, se consignó además de lo allí expuesto, que tampoco podía afirmarse que el hecho no ocurrió.

Estimo que estos elementos de convicción debieron ser analizados integralmente y conforme a derecho al momento de decidir sobre la existencia del abuso investigado y de motivos suficientes para remitir la causa a juicio. Por el contrario, y tal como lo reclama la apelante, respaldaban la elevación a juicio promovida por el fiscal. En efecto, aprecio que la decisión así dictada cuya revisión se pretende exhibía esa defectuosa fundamentación, vicio que se replicó en las sucesivas resoluciones que la convalidaron. Así, v. gr. se omitieron valorar los informes que corroboraban los dichos de la menor, se ponderó el pedido de archivo de la madre abstraído del contexto, imprescindible para analizar su real alcance. A ese respecto, el Tribunal ha sostenido que un pronunciamiento es arbitrario si fue adoptado merced a una consideración fragmentaria y aislada de las pruebas e indicios, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio, lo que impidió una visión de conjunto de la prueba reunida (Fallos: 319:1728 y 320:1551).

En el punto es pertinente recordar que en tanto el efecto del sobreseimiento es cerrar de forma definitiva e irrevocable el proceso penal y su dictado en la etapa de instrucción reviste carácter excepcional, debe ser completa y susceptible de producir en el juzgador la certeza de la concurrencia de alguna de las causales previstas en el código procesal (conf. Fallos: 342:826), requisito ausente en el *sub lite*.

Ese déficit adquiere mayor entidad si se atiende a que la conducta imputada a B configura violencia contra la mujer de acuerdo a los artículos 1° de la Convención de Belém do Pará y 4° de su ley reglamentaria n° 26.485, de Protección Integral de las Mujeres; y que, por ser menor de edad, también está amparada por la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención Belém de Pará obliga a los Estados Partes a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia de género (art. 7°, b) y prevé que las menores están en una situación de vulnerabilidad a la violencia (art. 9°). Su norma reglamentaria establece en el artículo 16 que la mujer tiene derecho a obtener una respuesta oportuna y efectiva, y a la amplitud probatoria teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos.

Es decir, el Estado ha asumido deberes “reforzados” frente a situaciones de abuso o violencia de género. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará, que en su artículo 7° b exige actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (conf. Corte IDH, caso “González y otras -‘Campo Algodonero’-



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 258, entre otros).

A ello se suma que por ser menor la víctima también está amparada por la Convención sobre los Derechos del Niño, que –en lo que aquí interesa– compromete a los Estados Partes a proteger a los niños contra los abusos sexuales (art. 34) y les garantiza a aquéllos que estén en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten debiendo ser debidamente tomadas en cuentas sus opiniones, en función de la edad y madurez del niño (art. 12) y consagra que, en todas las medidas que les conciernen, deberá considerarse en forma primordial el interés superior del niño (art. 3 °).

En ese marco, cabe recordar que la menor describió a su madre y a los profesionales que la trataron conductas típicas de abuso sexual, que habrían sido cometidas por su padre. El relato, sostenido en el tiempo, fue calificado como “espontáneo”, que no impresionaba como fabulado o inducido y se correspondía además con indicadores de abuso sexual infantil advertidos por aquellos profesionales.

Pese a ello, los jueces de la cámara que confirmaron el sobreseimiento estimaron que su versión era “huérfana” de prueba, afirmación que no sólo resulta contrapuesta a las constancias de la causa –como *supra* se expuso– sino que implica la inobservancia de las normas recién citadas, y de la doctrina sobre la materia.

A ese respecto es pertinente recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que en hechos de esta naturaleza no resulta inusual que el relato de la víctima contenga ciertas imprecisiones, y que se debe tener en cuenta que este tipo de agresiones sexuales se cometen en ámbitos íntimos y por fuera del alcance de terceros, por lo que no corresponde clausurar la investigación con el mejor argumento de que no hay testigos directos del hecho (ver Corte IDH, casos "Inés

Fernández Ortega vs. México", sentencia de 30 de agosto de 2010, párrafos 100 y 104 y "Rosendo Cantú y otra vs. México", sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 89 y siguientes).

El mismo tribunal internacional, en relación con el derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, indicó que debía ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y que sobre esta norma el Comité de los Derechos del Niño señaló que no sólo establece el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino que abarca también el subsiguiente derecho de que se tenga debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escucharlo, sus opiniones tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que sean evaluadas mediante un examen caso por caso (conf. Corte IDH, casos "Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas", sentencia de 24 de febrero de 2012; "Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", sentencia de 31 de agosto de 2012).

Así, al soslayarse la declaración de la niña víctima, fueron desatendidas aquellas pautas especialmente exigibles en el *sub judice*; y al cercenar la vía intentada ante su instancia, el *a quo* incurrió en arbitrariedad e incumplió con el deber establecido en el artículo 7º, inciso b, de la Convención de Belém do Para. Ese temperamento determina que la sentencia impugnada debe ser descalificada como acto judicial válido (ver dictamen de la Procuración General de la Nación al cual remitió la Corte Suprema en la causa CSJ 3171/2015/RH1 "Callejas, Claudia y otra s/ violación de secretos", resuelta el 27 de febrero de 2020, publicada en Fallos: 343:103).

“B A O s/recurso de inaplicabilidad de ley”

CSJ 1048/2018/RH1



Ministerio Público

Procuración General de la Nación

En esas condiciones, y sin que lo expuesto importe adelantar criterio sobre el fondo del asunto, la decisión del *a quo* se aparta de la doctrina elaborada por el Tribunal conforme a la cual, si bien los temas vinculados a la admisibilidad de los recursos locales resultan ajenos a la vía prevista en el artículo 14 de la ley 48 por revestir carácter netamente procesal, a partir de los precedentes "Strada" (Fallos: 308:490) y "Di Mascio" (Fallos: 311:2478) ha precisado que las limitaciones de orden local no pueden ser invocadas por los máximos tribunales provinciales para rehusar el abordaje de las cuestiones federales sometidas a su conocimiento (Fallos: 339:194).

VI

En definitiva, opino que V.E. debe hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto, dejar sin efecto la sentencia apelada y ordenar el dictado de una nueva conforme a derecho.

Buenos Aires, 28 de octubre de 2020.