

ACUERDO N° 12/2012: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los diecisiete días del mes de Abril del año dos mil doce, se constituye la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los señores Vocales **Dres. LELIA GRACIELA M. de CORVALÁN y ANTONIO G. LABATE**, y con la intervención del señor Secretario, **Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA**, a los fines de dictar sentencia en los autos caratulados "**ABELLO, Luis Alfredo s/ Abuso Sexual**" (expte.n°16-año 2011) del Registro de la mencionada Sala; estableciéndose a dichos fines que, conforme al sorteo de práctica, los votos debían respetar el siguiente orden: Dra. Lelia Graciela M. de Corvalán y Antonio G. Labate.

ANTECEDENTES: Que por Resolución Interlocutoria N° 4, del 26 de octubre de 2010, la Cámara en lo Criminal Segunda de la I° Circunscripción Judicial, con asiento en esta Ciudad, resolvió, en lo que aquí interesa: "*(...)SUSPENDER EL PRESENTE JUICIO A PRUEBA (art. 76 bis C.P.) a favor de LUIS ALFREDO ABELLO (...), en la causa que se le sigue por el presunto delito de abuso sexual simple (art. 119 primer párrafo del C. Penal) por el hecho supuestamente ocurrido en fecha indeterminada, pero con anterioridad al 6 de agosto de 2009, en perjuicio de la persona física antes citada y por el término de UN AÑO y SEIS MESES, sujeto a las siguientes reglas de conducta: 1°) FIJAR RESIDENCIA en el domicilio denunciado -B°, Casa ... , Mza. ... de la localidad de ...- y someterse al cuidado de un Patronato; 2°) ABSTENERSE de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas; 3°) ABSTENERSE de tener contacto o*

relación alguna con la presunta víctima, S.J.Q. y en especial cuando el mismo visite a su bisabuela, R. G. en esta ciudad de Neuquén, debiendo hacérsele saber a la nombrada que mientras dure la permanencia del menor en dicho domicilio, no podrá estar presente el imputado Luis Alfredo Abello y 4°) REALIZAR trabajos no remunerados a favor de la institución de bien público que el Patronato determine, fuera de los horarios habituales de trabajo y por un total de ciento cuarenta y cuatro horas (144) por el término de un año y seis meses y a discreción de la Dirección de Liberados, teniendo en consideración que el imputado trabaja en la ... de ..., y el oficio que el mismo desarrolla. Todo ello de conformidad con lo previsto por el art. 76 bis del C.P.. Todo ello, bajo apercibimiento de procederse conforme lo establece el art. 76 bis tercer párrafo del C.P. (...)" (fs. 128/130).

En contra de tal resolución, interpuso recurso de casación la Sra. Titular de la Defensoría de los Derechos del Niño N° Uno de la Circunscripción Judicial mencionada, Dra. Nara Osés (fs. 132/134), el que fue declarado admisible por Resolución Interlocutoria N° 72/2011 de este Tribunal Superior de Justicia (fs. 146/148).

Por aplicación de la ley 2.153 de reformas del Código Procesal (ley 1.677), y lo dispuesto en el art. 424 párrafo 2° del C.P.P. y C., ante el requerimiento formulado, el recurrente no hizo uso de la facultad allí acordada, por lo que a fs. 153 se produjo el llamado de autos para sentencia.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el art. 427 del Código de rito, el Tribunal se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1°) Es procedente el recurso de casación interpuesto?; 2°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 3°) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión** la **Dra. LELIA GRACIELA M. de CORVALÁN**, dijo: **I.-** Contra el pronunciamiento dictado por la Cámara en lo Criminal Segunda de la I° Circunscripción Judicial, con asiento en esta Ciudad, por el cual se dispuso conceder el beneficio de la suspensión del juicio al prevenido Abello, interpuso recurso de casación la Sra. Defensora de los Derechos del Niño, Dra. Nara Osés, en el que invoca la inobservancia de la ley sustantiva de rango constitucional (Constitución Nacional y Convención de los Derechos del Niño, arts. 14, 17, 18 y 75, inc. 22, C.N.), que determina una aplicación incorrecta del instituto de la suspensión del proceso a prueba (art. 76 bis, C.P.). Asimismo, considera que se cita el precedente "Acosta" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de modo dogmático, sin analizar el caso concreto.

Concretamente, sostiene que el a-quo omitió considerar el interés superior del niño víctima (art. 3 de las leyes 26.061 y 2.302, y de la Convención de los Derechos del Niño) y la facultad del querellante de oponerse a la concesión de la *probation*. Es decir, no expuso las razones de por qué la resolución adoptada satisface el interés superior del niño.

Considera que la suspensión del juicio a prueba no se aplica en interés del niño, sino como manifestación del principio de oportunidad procesal. Alega que el criterio sentado en el precedente "Acosta", no contempla el interés superior del niño, ya que la Corte Suprema se pronunció en un caso que en nada se parece al presente.

Sostiene que "la querrela persigue un pronunciamiento, una sentencia, y tiene un derecho constitucional para ello y una motivación vinculada al delito del abuso sexual efectuado contra un niño" (fs. 133). En este sentido, expresa que el sistema de justicia debe dar importancia a lo ocurrido, en cumplimiento de la Convención que protege en especial a los niños víctimas del abuso sexual. Y agrega que "todas las legislaciones y las políticas públicas que nacen en la Convención procuran prevenir el abuso sexual infantil y asistir a sus víctimas. El camino jurisdiccional es parte de esas políticas porque le da entidad al problema, lo jerarquiza, no lo minimiza ni naturaliza, le brinda a las víctimas las condiciones para atestiguar, y les asegura resultados, la búsqueda de verdades, de certezas (...), los Estados procuran que quienes cometen estos delitos, si no son alcanzados por penas privativas de la libertad, asuman algún tipo de tratamiento que les devuelva la conciencia de lo ocurrido, o al menos la conciencia del daño que ocasionaron a sus víctimas y la herida social que provocaron" (fs. 133 vta.). Que nada de ello se cumple con la suspensión del juicio a prueba, pues con la misma se procura "desincriminar, una solución

alternativa para otro tipo de delitos y de conductas (...), aliviar la tarea de los tribunales, permitiendo la persecución de delitos graves. Y los abusos sexuales de niños lo son" (fs. 133 vta.).

Asimismo, señala que el decisorio desconoce que la pretensión punitiva expresada en el requerimiento de citación a juicio formulado por esa parte "es idóneo por sí solo para satisfacer las formas sustanciales del juicio penal y habilitar al Tribunal a dictar sentencia condenatoria" (fs. 133 vta.). De esta manera, considera que se afectó el derecho a la tutela legal efectiva.

II.- Que luego de analizado el recurso, la resolución cuestionada así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos formulados por la Defensora de los Derechos del Niño, soy de opinión -y así lo propongo al Acuerdo- que la casación deducida debe ser declarada **procedente**.

1) Los hechos que se le atribuyen al imputado Luis Alfredo Abello (conforme se desprende del Requerimiento Fiscal de Elevación a Juicio -fs. 76/78-, del Requerimiento de Elevación a Juicio formulado por la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente -fs. 74/75-, y de la presentación del caso por el Sr. Fiscal de Cámara, tal como surge del acta de audiencia preliminar -fs. 127-), consisten en que "al menos en una oportunidad y en fecha indeterminada, pero en todo caso con anterioridad al 06 de agosto del año pasado [año 2009] abusó sexualmente de su sobrino [S.J.Q.], de cinco años de edad, cuando se encontraba a solas con éste en el interior de la casa ubicada en

calle ... nro. ... del Barrio ... de esta ciudad, donde habita R. G., madre del sospechado. Que el accionar disvalioso consistió en tocamientos impúdicos e inverecundos de las zonas pudendas del niño y en obligarlo a besarle su pene". La conducta descripta fue calificada legalmente como Abuso Sexual Simple (art. 119, primer párrafo, del C.P.).

2) De la lectura de la resolución impugnada, se advierte que el a-quo funda la concesión de la suspensión del juicio a prueba solicitada por la defensa, en tres aspectos que constituyen el fundamento de su resolución. Estos son: la aquiescencia prestada por el Ministerio Fiscal, la falta de efecto vinculante de la oposición de la querrela -en alusión a la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente-, y, fundamentalmente, en el criterio interpretativo del art. 76 bis del Código Penal, adoptado por el cimerio Tribunal nacional.

3) En materia de suspensión del proceso penal a prueba, a partir del precedente "Acosta" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 331:858), en base al principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *última ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal, se adoptó el llamado "criterio amplio", para fijar la procedencia de este instituto en aquellos delitos cuya pena, en abstracto, superen los tres años de prisión, como así también para el acogimiento del beneficio aún en casos en que el delito posee pena de inhabilitación,

e inclusive, para planteos efectuados fuera del momento procesal fijado por la ley adjetiva (C.S.J.N., "Norverto, Jorge Braulio s/ infracción artículo 302 del C.P.", N. 326 XLI, de fecha 23/04/08).

Estos lineamientos, fueron acogidos por este Cuerpo -con diversa integración- a partir del precedente "Granda" (Acuerdo N° 29, del 16/10/2008), y posteriormente fueron seguidos por esta Sala Penal en numerosas ocasiones ("Linares", Acuerdo N° 1/2010; "Potenzoni", Acuerdo N° 32/2010; "De Loredó", Acuerdo N° 39/2010; "Rivas", Acuerdo N° 43/2010; "Cuevas", Acuerdo N° 31/2011 y "Eztefen", Acuerdo N° 37/2011, entre muchos otros).

Y a los mismos acude la Cámara en lo Criminal, como argumento central de su decisorio, para conceder el beneficio de la *probation* al prevenido Abello.

4) Sin embargo, en el caso de autos, siendo que la presunta víctima del delito se trata de un niño, se encuentran involucrados otros derechos de raigambre constitucional que no pueden ser soslayados al momento de resolver correctamente la cuestión.

Al respecto, corresponde destacar que el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas sancionó la "Convención sobre los Derechos del Niño". Esta Convención, fue primeramente adoptada por nuestra Nación, mediante la sanción de la Ley N° 23.849, el 27/09/1990. Posteriormente, con la Reforma de la Carta Magna Nacional del año 1994, fue elevada a rango constitucional, por imperio del art. 75, inc. 22, de dicho cuerpo supremo, por lo que

conforma el sistema constitucional, en virtud de lo cual, sus disposiciones no pueden ser obviadas cuando se ventilen, se encuentren involucrados y se resuelva respecto de los derechos de un niño. En este sentido, prestigiosa doctrina ha sostenido que "la paridad de nivel jurídico entre la Constitución Nacional y esa normativa supranacional, obliga a los jueces a 'no omitir' las disposiciones contenidas en esta última 'como fuente de sus decisiones', es decir, a sentenciar también 'en su consecuencia'" (Cafferata Nores, José I., "Proceso penal y derechos humanos", Editores del Puerto, 2° edición, pág. 5).

De esta manera, en el Preámbulo de este instrumento internacional, se alude a que "la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales". Por ello, es que se remarca que "la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño". Asimismo, se repiten los términos de la Declaración de los Derechos del Niño, por la que se postula que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita

protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal”.

En consecuencia de la enunciación de estos propósitos, normativamente se establece que “los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual” (art. 19.1), comprometiéndose a tal fin, a darle un marco de protección al niño “contra todas las formas de explotación y abuso sexuales” (art. 34).

Por ello es que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen (...) los tribunales (...), [deberá darse] una consideración primordial a que se atenderá (...) el interés superior del niño” (art. 3.1), garantizándose su derecho a ser oído, el cual comprende el “derecho [del niño] de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que [lo] afect[e]n” (art. 12.1), para lo cual se le dará la oportunidad de ser escuchado, “ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado” (art. 12.2).

Todos estos derechos de rango constitucional, encuentran regulación en la normativa interna dictada en su consecuencia (art. 31, C.N.), tanto a nivel nacional como provincial (ley 26.061 y 2.302). Estas legislaciones, por un lado, imponen la aplicación obligatoria de la Convención de los Derechos del Niño (art. 2, ley 26.061 y art. 1, ley 2.302), estableciendo a su vez que “los derechos y garantías de

los sujetos de esta ley [los niños] son de orden público, irrenunciables, independientes, indivisibles e intransigibles" (art. 2, ley 26.061).

A su vez, también el interés superior del niño encuentra su reconocimiento y regulación (art. 3, ley 26.061 y art. 4, ley 2.302), entendiéndose al mismo como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos reconocidos", enunciándose además, entre los que aquí interesa, el derecho "a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta" (arts. 3, inc. b; 24 y 27, incs. "a" y "b", ley 26.061 y art. 15, ley 2.302).

Además, y particularmente, se protege el derecho a la integridad sexual de los niños (art. 9, ley 26.061 y art. 19, inc. 1, ley 2.302).

5) Como puede apreciarse, resulta evidente que la resolución adoptada no se enmarca dentro de estos cánones constitucionales, omitiendo incluso hasta considerarlos.

Además, conforme lo establece la propia legislación aplicable, "cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros" (art. 3, último párrafo, ley 26.061).

Amén de toda esta normativa que ha sido desatendida en la decisión recurrida, también se ha vulnerado el derecho que cuentan las víctimas del delito a la tutela judicial efectiva (arts. 1.1, 8.1, 24 y 25 de la C.A.D.H.), por el que se procura asegurar que "ninguna persona pueda ser privada de defender su derecho vulnerado por el delito y reclamar su

reparación, incluso penal" (Cafferata Nores, José I. - Tarditti, Aída, "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba - Comentado", Ed. Mediterránea, Tomo I, pág. 5). Es que "se trata de una expectativa de la víctima y sus familiares que el propio Estado debe satisfacer. Esta protección corresponderá 'cualquiera sea el agente' al cual pueda eventualmente atribuírsele la vulneración, incluso cuando fuere un particular ya que en este último caso el Estado habrá incumplido su obligación de evitar que tal vulneración ocurra, y si luego no brinda su protección judicial, en cierto modo la estaría auxiliando" (Cafferata Nores, José I., ob. cit., pág. 51).

Lo resuelto de este modo, al mismo tiempo de resultar contrario a toda la normativa supranacional y constitucional mencionada, implica dejar de lado los compromisos asumidos por nuestro Estado de dar debida protección a los derechos de las víctimas en general y, en particular, de los niños.

6) Desechado de esta manera el argumento central por el cual el a-quo concede la *probation*, la misma suerte corren los accesorios, ya que en atención a la postura asumida por el Estado Argentino con la adopción de los Pactos Internacionales mencionados, el consentimiento fiscal resulta desacertado, sin sustento jurídico válido.

Asimismo, las razones expuestas en las consideraciones precedentes, determinan cuál es el alcance que debe otorgársele en esta clase de delitos, a la oposición a la concesión de la suspensión del juicio a prueba formulada por la Defensoría de los

Derechos del Niño y el Adolescente, cuya intervención en el proceso penal, en representación de los intereses de la víctima menor de edad, resulta obligatoria (art. 96 ter, C.P.P. y C.; art. 59, C.Civ.).

8) En base a las razones expuestas, considero que la casación deducida debe ser declarada **procedente**. Mi voto.

El **Dr. ANTONIO G. LABATE** dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

A la **segunda cuestión**, la **Dra. LELIA GRACIELA M. de CORVALÁN**, dijo: Atento al modo en que resolviera la cuestión precedente, propongo al Acuerdo se haga lugar al recurso de casación deducido, y en su consecuencia, se case el pronunciamiento impugnado por errónea aplicación de la ley penal sustantiva (artículo 415, inciso 1°, del C.P.P. y C. y artículo 76 bis del Código Penal), revocándose la resolución interlocutoria N° 04/2010 de la Cámara en lo Criminal Segunda de la I° Circunscripción Judicial, por la que se dispuso la suspensión del proceso a prueba a favor del imputado Luis Alfredo Abello (art. 428 del C.P.P. y C.). Mi voto.

El **Dr. ANTONIO G. LABATE**, dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba la señora Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la **tercera cuestión**, la **Dra. LELIA GRACIELA M. de CORVALÁN**, dijo: Sin costas en la

instancia (artículos 491 y 492, a contrario sensu, del C.P.P. y C.). Mi voto.

El **Dr. ANTONIO G. LABATE**, dijo: Comparto lo manifestado por la señora Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE**: **I.- HACER LUGAR al Recurso de Casación** deducido por la Sra. Titular de la Defensoría de los Derechos del Niño N° Uno, de la I° Circunscripción Judicial, Dra. Nara Osés. **II.- CASAR** la Resolución Interlocutoria N° 04, de fecha 26 de octubre de 2010, obrante a fs. 128/130, dictada por la Cámara en lo Criminal Segunda, de la I° Circunscripción Judicial, por errónea aplicación de la ley penal sustantiva (artículos 415, inciso 1°, y 428 del C.P.P. y C. y artículo 76 bis del Código Penal). **III.- Sin costas** (arts. 491 y 492, a contrario sensu, del C.P.P. y C.).- **IV.- Regístrese**, notifíquese y oportunamente remítanse las presentes actuaciones a la Cámara de origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.
co.

ANTONIO G. LABATE
Vocal

GRACIELA M. de CORVALÁN
Vocal

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA
Secretario