

## *Poder Judicial de la Nación*

41.225 - O, C. R. s/abuso sexual - nulidad - Juzgado de Instrucción nro. 27/Secretaría nro. 124 - Sala V/AR16

///nos Aires, 19 de mayo de 2011.

### AUTOS Y VISTOS; Y CONSIDERANDO:

La presente causa llega a estudio de esta sala en virtud del recurso de apelación deducido por la defensora de C. R. O., contra la resolución de fs. 8/14, por la que se rechazó el planteo de nulidad articulado por esa parte.

Celebrada la audiencia prevista en el artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación y llevada a cabo la deliberación pertinente, el tribunal se encuentra en condiciones de resolver.

La cuestión planteada por la defensa radica en determinar la validez de la declaración brindada por el menor de edad L. D. O. a través del procedimiento establecido en el artículo 250 bis del código adjetivo, en el que relató las acciones disvaliosas que su padre habría realizado en contra de la integridad sexual de su hermana S. I. O., quien al momento de los hechos tenía 4 años de edad.

La asistencia técnica del encausado sostuvo que debe declararse la nulidad de tal acto procesal, en tanto que el artículo 242 del código de rito prohíbe la declaración de un hijo en contra de su padre, salvo casos excepcionales que, entiende, no se dan en la especie.

Efectuado un minucioso análisis del asunto planteado, entendemos que la decisión del juez de la primera instancia deberá ser homologada en base a las consideraciones que se explican a continuación.

En primer lugar, cumple aclarar que el objetivo de la prohibición de declarar en contra del imputado prevista en el artículo 242 del código adjetivo, radica en la necesidad de mantener la cohesión familiar y evitar, en consecuencia, rasgar los vínculos afectivos de sus integrantes.

Entonces, bajo esa directriz, es claro que la necesidad de una recta administración de justicia mediante el descubrimiento de la verdad, debe ceder ante aquel interés y, en ese contexto, ante la disyuntiva entre la protección del núcleo familiar y la persecución de un delito cometido por uno de sus integrantes contra otro, se otorga primacía a la primera de las

alternativas, con la salvedad de las excepciones previstas en la última parte del artículo citado.

Vista la cuestión de este modo, pareciera ser que asiste razón a la petición efectuada por la defensa de O. Sin embargo, en la especie existe un aditamento importantísimo -más allá de la índole del delito investigado- que obliga a replantear el principio antes formulado en consonancia con las normas supra-legales que pudieran aplicarse al caso; esto es, la minoridad no sólo de la damnificada, sino que también del testigo presencial del hecho.

En este contexto, los principios y garantías contenidos en la “Convención sobre los Derechos del Niño” y las obligaciones para los Estados Partes que de ella emergen, pone en una especial crisis la interpretación que de la norma procesal mencionada debe hacerse en este caso en particular.

A poco que se repare en las singulares características del suceso ventilado, se aprecia la colisión entre el derecho del imputado a la realización de un proceso en el que se observen los preceptos legales y los de la menor de edad víctima de un delito contra la integridad sexual -quien se encuentra en una clara situación de vulnerabilidad, no sólo por ser el sujeto pasivo de la conducta aquí investigada sino también por su falta de madurez física y mental- a que se respeten cada uno de sus intereses.

De ello se colige el especial cuadro que muestra la discusión planteada: por un lado se erige una prohibición procesal que, en abstracto, veda la posibilidad de que un descendiente declare en contra de un ascendiente y, por otro, se alzan las particularidades del caso, en donde un niño de 7 años relató los hechos ilícitos de índole sexual que habría sufrido su hermana de tan solo 4 años, cometidos por el padre de ambos.

En este sentido, cabe destacar que la necesidad de una protección especial a los niños enunciada en el preámbulo de la convención, así como la atención primordial al interés superior de aquéllos -entendido como la plena satisfacción de sus derechos- plasmada en el artículo 3ro. de esa normativa, proporcionan un parámetro objetivo que ha de tenerse en cuenta a la hora de resolver las situaciones en las que existan conflictos entre los intereses de niños menores de edad y de los adultos.

Ello es así pues, el niño requiere atención y cuidados especiales que deben partir no sólo de su familia, sino también del Estado en la adopción de medidas tendientes a garantizar esa finalidad.

El interés superior del niño y la especial protección que ellos requieren, constituyen una prescripción de carácter imperativa que obliga a los jueces, como funcionarios del Estado, a una reinterpretación de la legislación nacional a la luz del texto de la convención con el riesgo, en caso de ignorarlos, de incurrir en responsabilidad internacional.

Es que los niños tienen derecho a que antes de adoptarse una medida que pueda afectarlos de cualquier modo, se tomen las que promuevan y protejan sus intereses, dejando de lado todas aquellas que los conculquen.

Entonces no puede interpretarse que el código de forma impida a un familiar directo de la víctima menor de edad relatar los sucesos que apreció, máxime cuando por su propia naturaleza tales hechos son ejecutados en la intimidad del seno familiar. Una inteligencia así dejaría a la niña en un estado de indefensión y ello, confrontaría directamente con el texto de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, en cuanto obliga al Estado a salvaguardar todos sus derechos.

Por ello, el interés superior de la menor damnificada -entendido, en este caso, como la protección de sus derechos como víctima de un delito de índole sexual- que surge de un tratado que goza de jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), prevalece sobre una disposición de carácter procesal que impide a un hijo declarar en contra de su padre (artículo 242 del Código Procesal Penal de la Nación) -máxime en este caso en donde los vínculos familiares entre los involucrados ya se encontraban debilitados con anterioridad a la comisión del ilícito a punto tal que la guarda de los menores estaba a cargo de los abuelos maternos-; motivo por el cual, aquélla adquiere relevancia a la hora de elegir entre la aplicación de una u otra norma al caso planteado.

Por tal motivo, es posible afirmar que en el *sub lite* la utilización automática de la prohibición que consagra el artículo citado, como pretende la defensa, choca con la valoración, interpretación y razonabilidad que exige la aplicación de cualquier norma a un caso en particular, más aún cuando hay un

cruce de derechos y prerrogativas entre la víctima menor de edad y el victimario.

Por último, tampoco debe pasarse por alto que quien prestó declaración en los términos del artículo 250 bis del código de rito, también es un menor de edad -que además de que no pueda descartarse que se viera perjudicado por la situación traumática que le tocó presenciar-, goza del derecho a ser oído y que su testimonio sea tenido en cuenta en función del artículo 12 de la convención antes citada y de todo lo expuesto en los párrafos anteriores.

Por ello, en mérito a lo expuesto, se RESUELVE:

CONFIRMAR contra la resolución de fs. 8/14 por la que se rechazó el planteo de nulidad articulado por la defensa de C. R. O.

Devuélvase al juzgado de origen, sirviendo la presente de atenta nota.

La jueza María Laura Garrigós de Rébori no suscribe por encontrarse en uso de licencia.

Rodolfo Pociello Argerich

Mirta L. López González

Ante mi:

Andrea Fabiana Raña  
Secretaria Letrada de la C.S.J.N.