

En la Ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los quince días del mes de marzo del año dos mil dieciocho, se reunieron los Sres. Vocales de la Cámara de Casación de Paraná, a los fines de deliberar y dictar sentencia en los autos: "G., M. A. - Su Denuncia S/ RECURSO DE CASACION".

Habiendo sido oportunamente realizado el sorteo de ley, resultó que los Vocales debían emitir su voto en el siguiente orden: Doctores Marcela DAVITE, Marcela BADANO y Hugo PEROTTI.

I- Recurrió en Casación en representación del Ministerio Público Pupilar, el Dr. Ricardo GOLLY.

II- A la audiencia fijada oportunamente comparecieron en representación del Ministerio Público Pupilar, el Dr. Gaspar RECCA; en representación del Ministerio Público Fiscal, la Sra. Procuradora Adjunta, Dra. Cecilia GOYENECHE y por la Defensa del encausado, el Sr. Defensor Particular....

III- Por sentencia de fecha 26 de abril de 2017 dictada por el Dr. Guillermo H. BIRE -Juez de Garantías y Transición N°2 de Gualguaychú- se resolvió, luego de realizarse la audiencia de juicio abreviado celebrada al efecto, declarar que J. M. S., es autor material y responsable del delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, en menor de dieciséis años, en calidad de autor- Arts. 45 y 120 primer párrafo del C.P.- y CONDENARLO a la pena de TRES AÑOS de PRISIÓN de CUMPLIMIENTO CONDICIONAL (arts. 40 y 41 del Cód. Penal; 391 del Cód. Proc. Penal).

Se le atribuyó al imputado el siguiente hecho: "En fecha que no se puede precisar con exactitud, atento al tiempo transcurrido hasta el momento de la denuncia, pero que de dicho hecho y a consecuencia del mismo nació en fecha 17-06-2015 el menor M. D..L. S., el imputado J. S., abusó sexualmente de la menor N. A. D.L. S., (nacida el 20-10-2000) quien por entonces contaba con 14 años de edad, consistentes en bajarle su ropa (pantalón y prenda interior) procediendo a realizar tocamientos en la vagina de la menor, para luego penetrarla, sin su consentimiento expreso ni presunto, con el pene vía vaginal, y pese a la resistencia que ofrecía la víctima, como también valiéndose de amenazas de muerte para amedrentarla, ocurriendo el mismo en el predio fuera del domicilio donde habitaba S. sito en zona rural,..Departamento Gualguaychú, en ocasión que el imputado se quedó a solas junto a la menor, vivienda que era asiduamente frecuentada por la víctima ya que S. es el cónyuge de su hermana M. D.L. S., a la que asistía en numerosas oportunidades para ayudarle con los quehaceres del hogar, valiéndose -el sospechado- de ésto para la realización del mismo, ya que había generado una confianza en su víctima y la familia".

IV-a. En el escrito recursivo se agravio el Ministerio Público Pupilar porque entiende que no corresponde aplicar el procedimiento del juicio abreviado para este tipo de delitos, en atención a la gravedad del hecho, la edad y las características de la menor y porque como producto del hecho nació una criatura.

Hizo referencia al Interés Superior del Niño y refirió que el interés de su representada se encuentra cristalizado en que se condene al imputado conforme las escalas legales que corresponden al hecho; interés inobservado en la resolución puesta en crisis.

Nos encontramos ante un caso en que una niña fue víctima de un delito y si éste provino de su ámbito familiar el caso reviste máxima vulnerabilidad.

Esta situación de desigualdad debe ser compensada con una mayor protección y quién está obligado a proporcionar y garantizar dicha protección es el Estado, y dentro de su organización el Asesor de Incapaces, por lo que su intervención por el niño víctima en los procesos penales es esencial.

Entendió que no resulta ajustado a derecho aplicar el juicio abreviado en casos de delitos graves. Que dicho instituto resulta adecuado y aplicable solo para aquellos casos en los que se encuentren involucrados bienes jurídicos tutelados de orden patrimonial, o en aquellos que el autor sea un menor de edad; pero la situación resulta absolutamente diferente cuando el Estado a través del Poder Judicial se encuentra frente a situaciones como la presente cuando el encartado ha perpetrado un delito del catálogo de los que afectan la integridad sexual de una víctima mujer menor de edad con los agravantes del presente caso.

Se agravió a su vez por el cambio de calificación efectuado por la Fiscalía del tipo previsto en el Art. 119 inc. 3ro al 120 del C.P., porque obedeció únicamente a los fines de disminuir considerablemente la sanción prevista y de esta manera hacer aparecer como viable el acuerdo de juicio abreviado.

Refirió el Dr. GOLLY que la variación de calificación es imposible sin que se modifique el núcleo fáctico del hecho endilgado al imputado, y que pretender recalificar sin que haya habido modificación alguna a la imputación resulta inadmisibile.

Remarcó la falta de análisis probatorio según las reglas de la sana crítica racional por parte de la Fiscalía, y concluyó que del análisis integral del plexo probatorio surge la perpetración del delito cometido conforme fuera enrostrado originariamente, es decir dentro del tipo penal previsto en el art. 119 inc. 3° del C.P..

Hizo mención al informe pericial, el cual consigna que el hecho ocurrió, que la víctima no prestó su consentimiento y que fue amenazada de muerte. Agregó que la niña presenta serios rasgos de inmadurez, extremo que la colocan en una situación de aún mayor vulnerabilidad, y que sumados al modus operandi del encartado y a la férrea oposición y negativa de la víctima a acceder a mantener relaciones sexuales con él, tornan inadmisibile la aplicación de un procedimiento abreviado en el presente caso.

Señaló también que no se consideraron las agravantes consistentes en que el imputado se aprovechó de una situación familiar de confianza y del contexto de violencia de género.

En este sentido destacó que el imputado conformaba el círculo familiar e íntimo de la víctima, extremo que facilitó su accionar delictivo, y que debe ser tenido en cuenta ya que fue determinante para que pudiera encontrar la oportunidad para perpetrar el hecho, es decir poder estar a solas en áreas descampadas y rurales con la víctima; por lo que entiende que se encuentra fuera de toda duda que el encartado incurrió en la figura agravada del art. 119 inc. 3° del C.P., ya que las circunstancias de su comisión y el contexto de

violencia de género en el que se comete este aberrante hecho, se erigen como un plus de disvalor.

Por último se agravió por la falta de paridad de armas entre el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público Pupilar, que se evidencia en la ausencia de notificación temporánea de la audiencia de Juicio Abreviado al Ministerio que representa, como con la falta de convocación y notificación a la denunciante de autos, expresando solamente la partes firmantes del acuerdo impugnado, que la Sra. G. fue debidamente asesorada por terceros, situación la cual entiende inadmisibile.

IV-b. En la audiencia celebrada al efecto en representación del Ministerio Público Pupilar, el Dr. RECA mantuvo el recurso interpuesto contra la sentencia de fecha 26 de abril de 2017 dictada por el Sr. Juez de Garantías N°2 que acogió el acuerdo de juicio abreviado celebrado entre el Ministerio Público Fiscal y la Defensa Técnica del imputado y en ese marco se pactó una pena de tres años condicional calificando el hecho como estupro.

Entendió que la resolución es nula por la ausencia total de fundamentos, no sólo en lo que respecta al rechazo del planteo del Ministerio Público Pupilar, ya que no hubo fundamentación para refutar su formal apelación, sino también por la ausencia de fundamentos en cuanto a la valoración para descartar una calificación más gravosa .

Expresó que el Dr. GOLLY se opuso al acuerdo entendiendo que no resultaba razonable la calificación legal y la pena a tenor de las evidencias colectadas en el legajo, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y características de la víctima.

Señaló que la audiencia tuvo dos cuartos intermedios, y se remitió a lo dispuesto en el minuto 13.30, donde el Dr. BIRE dijo que iba a resolver teniendo en cuenta la oposición del Ministerio Público Pupilar; luego de lo cual realiza un cuarto intermedio y retoma posteriormente la audiencia en la cual se lee por Secretaría únicamente parte dispositiva de su resolutivo; es decir no se oralizan los fundamentos, y el Juez no da explicación de porqué soslaya el planteo del Ministerio Público Pupilar.

Ahora bien, remitiéndose a la sentencia escrita, la única mención que hace el Juez como fundamento se encuentra al referir que a la denunciante se le recabó su consentimiento en presencia de una letrada y que él no podría dudar de eso por el principio de buena fe procesal, volviendo a soslayar la oposición del Dr. GOLLY.

Entendió que el Juez es contradictorio porque le reconoce el carácter de parte, lo cita a la audiencia, le cede la palabra, dice que va a tener en cuenta su planteo y luego no fundamenta ni valora siquiera su pedido. Señala que todo esto vicia y descalifica sin más el acto jurisdiccional el cual tiene una exigencia motivacional prevista en el Art. 65 de nuestra Constitución Provincial y en el Art. 151 del Código Procesal Penal, que fulmina de nulidad las resoluciones jurisdiccionales carentes de motivación.

El Juez entonces dice que no puede dudar de lo que dicen el Defensor y el Fiscal -en cuanto al supuesto consentimiento de la víctima- pero desoye justamente al Ministerio Pupilar que es la parte que la representa y que expresamente se opone al procedimiento. A su vez al

momento de interponer el recurso de apelación, no obstante haber sido el mismo interpuesto incorrectamente, la denunciante firma, con lo cual demuestra cabalmente el interés en la causa consistente en no compartir el acuerdo de juicio abreviado con lo cual fundamenta aún más la oposición del Ministerio Pupilar.

Señaló como otro grosero error la renuncia a los plazos procesales de apelación enunciada en la sentencia en el punto IV, la cual no consta en el video, nunca se dijo y aparte sería contradictorio con la oposición del Ministerio Pupilar, consentir que quede firme una resolución a la que expresamente se está oponiendo.

Citó los fallos de casación respecto del juicio abreviado: \_BERNS\_ que refiere que el juicio abreviado no es una mera homologación, \_SOSA NAZER\_ donde se establece que la querrela pueda controvertir la calificación legal, \_CAMINOS\_ que reconoció la legitimidad recursiva de la víctima y el precedente \_CASTRO\_ que cita textualmente cuando refiere que: "la conformidad del imputado en el acuerdo es solo la renuncia al debate sin que implique para él o para ninguna parte la renuncia a una sentencia fundada y constitucionalmente válida".

Por ello dijo que la presente no es una sentencia constitucionalmente válida; ya que no valora el hecho ni lo califica legalmente; no se sabe qué pruebas valoró el Juez, cómo logró fundamentar el cambio de calificación y ésto era deber del Magistrado: valorar esa prueba colectada en el marco del legajo pero no solo para afirmar materialidad y autoría sino para decir porque se inclina por la calificación de estupro y desecha la más gravosa.

Para finalizar se remitió al recurso de casación del Dr. GOLLY en el cual se analiza cada evidencia colectada que permite descartar precisamente el consentimiento y con ello desecha que este hecho pueda subsumirse en el art. 120 del C.P. Por todo ello solicita que se anule la sentencia y se remita al Ministerio Público Fiscal para proseguir con el caso.

IV-c. Por su parte la Sra. Procuradora Adjunta, Dra. GOYENECHÉ, en la audiencia adhirió al planteo del Ministerio Pupilar. Fundamenta el cambio de criterio explicando que el Ministerio Público que representa si bien está regido por criterios de unidad de actuación también hay controles internos de los fiscales de inferior jerarquía. Entendió que el planteo del Ministerio Público Pupilar es enteramente razonable y le asiste razón en cuanto a la nulificación de la decisión de un abreviado que no tuvo en cuenta a la parte principal que es la víctima.

En este sentido destacó que la correcta intervención al Ministerio Público Fiscal no se satisface con la sola presencia en audiencia, sino que debió citarlo para que sepa del acuerdo que estaba llevando adelante; el Ministerio Pupilar tiene deberes funcionales y su presencia no puede ser obviada en el proceso de negociación. Destacó que en este caso concreto el Ministerio Pupilar dio un fundamento preciso de por qué entendía que este acuerdo de abreviado no podía derivar en una sentencia que lo acogiera, era un fundamento razonable que fue descartado de manera arbitraria.

Agregó que desde la perspectiva material de la injusticia del acuerdo de abreviado cree que nos encontramos con un acuerdo que deja

de lado una evolución jurisprudencial que ocurrió hace aproximadamente diez años, desde el precedente GRANDOLI en el que se empezó a reconocer que la víctima del abuso sexual en situaciones como las que aquí tratamos no puede tener una posición heroica, no podemos pretender cargar sobre ella los deberes de mostrar una postura infranqueable de negativa y de permanencia en el tiempo de dicha negativa.

Aquí nos encontramos con una víctima que dijo poco en Cámara Gesell pero sí ratificó lo que sostuvo frente a su madre, relatándole la existencia de la negativa al contacto sexual; todo lo cual se descartó de manera injusta en base a que aparecieron unos pequeños escritos con algunas frases de amor.

No obstante, esta circunstancia puede cabalmente interpretarse como una confirmación de que esta niña vulnerable fue abusada por el marido de su hermana mucho mayor que ella, al que la unía un vínculo familiar, teniendo 13 años de edad, y teniendo en cuenta la inmadurez de la niña y las circunstancias en las que ocurrió el hecho -cuando estaba sola en un auto-. Por ello si analizamos el contexto lo que podemos leer en las cartas es la confirmación del hecho y que fue un hecho no querido, donde se allanó su voluntad, destacando que en los casos donde se observa esta vulnerabilidad en la víctima no es necesaria la imagen de que en el abuso tiene que haber una niña gritando y golpeada y amenazada.

Concluyó la Dra. GOYENCHE que en este falso y erróneo análisis de la prueba está el germen del fallido abreviado al que se arribó, un abreviado que desmereció la palabra de la víctima, la víctima no aparece, aparece una madre cuya palabra tiene la particularidad de que el acusado es el padre de sus nietos, el marido de otra de sus hijas, que no quiere ver la verdad de lo ocurrido; la palabra de esa madre asesorada por una abogada que no interviene formalmente en el proceso es lo que alegó el fiscal. Señala que si bien esto debe haber ocurrido, no puede prevalecer sobre prueba contundente que demuestra que el abuso fue no consentido y sobre la representación que legalmente ejerce el Ministerio Pupilar sobre la menor y que sostiene la necesidad de llevar la causa a juicio para calificarla como corresponde conforme a la prueba existente.

Por eso solicitó que se haga lugar a la pretensión del Ministerio Pupilar y se deje sin efecto la sentencia condenatoria a la pena de tres años de prisión de cumplimiento condicional.

IV-d. Por último el Sr. Defensor Particular, ... expresó que lo que precisamente no está acreditado en el expediente es el abuso no consentido, no hay nada que indique que el abuso no haya sido no consentido y agregó que en segundo lugar debe tenerse en cuenta que el beneficio de la duda opera en favor del imputado.

Señaló que la valoración que hace la Defensa del silencio de la víctima en la Cámara Gesell es diametralmente opuesta a la realizada por los ministerios. Ese silencio para la defensa indica el consentimiento de ese acto que le ha sido reprochado al imputado.

Agregó que la acción pública la tiene el Ministerio Público Fiscal, y el Juez, en este sistema más adversarial que acusatorio, debe mantener la posición de un tercero imparcial y se remite en lo

pertinente tanto al fallo BERNES con el voto del Dr. CHAIA y como al fallo SCHLEGEL, ambos de esta Cámara de Casación.

Refirió que si bien el Dr. GOLLY se opuso el Juez resolvió distinto; haciendo mención a lo dispuesto en el art. 145 del C.P.P. que establece el principio de lealtad, probidad y buena fe; razón por la cual se le dio intervención a la víctima, a la mamá de la víctima y a la tía y a la Dra. R. que las asesoró. Aclaró que él no participó de esa entrevista, pero estuvieron de acuerdo en solucionar este conflicto de esta manera.

Refiere que a él no le cabe duda que la intención del juicio abreviado fue la de cerrar una cuestión de carácter familiar y reiteró que si bien la defensa no participó de las entrevistas de G. con la mamá y hermana de la víctima y la Dra. R. pero no podemos poner en duda que eso pasó y que se dijo en la audiencia. El Dr. GOLLY pudo solicitar ahí una prórroga, llamar a la mamá para verificar que esto haya pasado, lo pudo hacer y no lo hizo, estaba en su derecho para cumplir su rol de parte y no lo hizo.

Concluyendo expresó que se le dio participación al Ministerio Pupilar pero, a contrario sensu de lo que esa parte interesaba, el Juez avaló el abreviado propuesto por las partes siempre, teniendo en cuenta que no está probado que la menor no haya prestado el consentimiento, y como hay duda y no está probado, se debe resolver a favor del imputado.

Señaló que el Juez de Garantías tiene vedado inclinarse por una calificación más gravosa, lo que debe hacer el Juez es el control de legalidad, controlar si efectivamente se le dio intervención o no al Ministerio Pupilar y si el acuerdo se ajusta legalmente a lo que proponen las partes.

Agregó que no hay evidencias que sostengan el rechazo de su hijo por la víctima pero lo que él sí sabe es que su pupilo está siempre aportando la cuota alimentaria a los efectos de poder contribuir a la manutención de la niña.

Por último expresó que los planteos y disidencias con la sentencia son genéricos y el fallo está ajustado a derecho, por lo cual entiende debe rechazarse el recurso y confirmarse la sentencia y así lo solicita.

V-a. Para iniciar esta tarea de revisión tengo en cuenta lo que esta Sala viene diciendo acerca del alcance y naturaleza del procedimiento abreviado. Así en la causa "CASTRO, L. Emanuel - Homicidio simple agravado S/ RECURSO DE CASACION", se dijo que: A fin de realizar esta labor tengo en cuenta en primer lugar los conceptos vertidos en el antecedente "Sosa-Nasser". En aquella oportunidad se recordó que el juicio abreviado presupone un acuerdo entre las partes conforme al cual el imputado renuncia a su derecho a ser juzgado en un procedimiento oral, público, contradictorio y continuo, a cambio de obtener un pronunciamiento fundado en las constancias probatorias producidas hasta el momento de formalizarse el acuerdo y a tales fines se exige la conformidad del imputado respecto del hecho, la calificación legal y el monto de la pena propuesto por el fiscal. También se dijo allí, que la conformidad del imputado en el acuerdo, entendida como el reconocimiento de la existencia del hecho y su participación, importa tan solo la renuncia a la celebración del

debate, sin que ello implique, para él ni para ninguna de las otras partes, la renuncia a una sentencia fundada y constitucionalmente válida, y en consecuencia al control de la misma mediante el recurso de casación por cualquiera de los sujetos procesales intervinientes, en este caso concreto, los querellantes particulares .

Corresponde verificar entonces, si -en el caso- se configuraron los presupuestos para la procedencia de este instituto y si la sentencia dictada en su consecuencia se trató o no de un pronunciamiento constitucionalmente válido.

En cuanto a lo primero, advierto que el Juez realizó los controles formales constatando que la solicitud fue formulada en el tiempo oportuno y que la petición contiene el reconocimiento de su participación en el hecho de la Apertura de Causa, la acusación por la participación confesada, el pedido de pena, y la expresa conformidad del imputado y su defensor (art. 479 y 480 CPPER).

Por otra parte, conforme surge del Acta de Audiencia de Juicio Abreviado, el Juez celebró la audiencia de acuerdo a lo establecido en el art. 481 del CPPER, y una vez ratificado el acuerdo por parte del imputado, escuchó al Fiscal, luego le concedió la palabra a la Defensa, quien expresó que suscribirá el acuerdo de juicio abreviado a favor del imputado y agregó que: la Defensa tuvo conocimiento que la denunciante, fue asesorada por la Dra. M. R., por lo que tanto entiende que no hay afectación al orden público. Seguidamente, se le corrió traslado al Ministerio Público Pupilar, quien se opuso a la celebración del juicio abreviado: se opone, por la gravedad del hecho, la edad y características de la menor, argumentando al respecto, y aclarando que de dicho hecho nació una criatura.

Más adelante, el BIRE dijo: habiendo VERIFICADO que la Fiscalía y la Defensa ratificaron los términos del acuerdo previo celebrado, a simple vista se observa que se dan los presupuestos de forma exigidos por nuestro código.

De este modo se advierte que el Magistrado omitió considerar la oposición del Ministerio Público Pupilar a pesar de ser una parte fundamental del proceso conforme lo establece expresamente el nuevo Código Civil y Comercial y la ley N°26061 en su art. 27 y cddtes, y en el art. 17 y cddtes. de vla ley provincial N°9861. En consonancia con ello, el artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Provincia de Entre Ríos (Ley 9544) establece claramente que los Defensores de Pobres y Menores e Incapaces deben intervenir en los términos del art. 26 del Código Civil y Comercial en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte la persona o bienes de los MENORES O INCAPACES y entablar en defensa de estos las acciones y recursos pertinentes ya sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios.

De allí se desprende que la función del Ministerio Pupilar, como rama específica del Ministerio Público, consiste en la asistencia asesorando, representando- y en el control de aquellos asuntos sean estos judiciales o no que conciernen a los incapaces de hecho (personas por nacer, menores de edad, dementes, sordomudos que no saben darse a entender y ausentes).

Cabe recordar que el Ministerio Pupilar no solo ejerce funciones de representación sino que es un órgano de vigilancia y

asesoramiento. La omisión de dar respuesta a su oposición comporta una violación al régimen de representación legal promiscua establecida por la ley, determinando al mismo tiempo una vulneración del sistema protectorio fijado, del cual dicha representación constituye sólo una de sus manifestaciones.

\_Ello es así toda vez que la ley civil considera que el menor de edad se encuentra en una situación de inferioridad y la intervención del representante del Ministerio Pupilar tiende, justamente, a tratar de equilibrar dicha disparidad, debiendo su actuación velar por el cumplimiento de la ley en relación a los incapaces.\_ (Del voto del Dr. Chiara Díaz en Reyna Lorenzo s/ Violación de Dom. Alvarez, Esteban Pereyra, Jonathan s/ Robo simp. Rec. De Casación (Expte. 3469) Cons. IV. 3). En ese mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal casatorio declarando la nulidad de lo actuado por falta de intervención del Ministerio Pupilar en los precedentes: "LANDRA, MARCELO ANDRES HOMICIDIO CULPOSO RECURSO DE CASACION e INAPLICABILIDAD DE LEY" (sent. del 11/5/95); "VILLALBA, JUAN ALBERTO PARTICIPE EN EL DELITO DE ROBO CALIFICADO RECURSO DE CASACION" (sent. del 17/10/01); "RAZZARI, JUAN PEDRO - HOMICIDIO CULPOSO - RECURSO DE CASACION" (sent. del 24/10/01) y "COLUGNATTI, JUAN R. INCUMPL. DE LOS DEBERES DE ASIST. FAMILIAR REC. DE CASACION" (sent. del 02/09/05) \_.

Por ello la omisión de dar respuesta a la oposición del Ministerio Público Pupilar, torna nula la sentencia a la luz de lo dispuesto en arts. 26 del Código Civil y Comercial, 12, 39 y 40 de la C.D.N y la Ley Nacional N°26.061 y Provincial N° 9861 y la jurisprudencia mencionada.

Por otra parte la contundente oposición del Ministerio Público Pupilar de ningún modo puede suplirse mediante la afirmación de la Defensa respecto a que la denunciante, o sea, M. S. G., madre de la niña, fue asesorada por la Dra. R., y menos aún por la enunciación en la Sentencia acerca de que, en algún momento de la Audiencia, la Fiscalía manifestó que \_la denunciante, no ha presentado objeción al acuerdo del abreviado, a quien se le explicaron las consecuencias del mismo, en presencia de una letrada de su confianza\_.

La conformidad de la denunciante, madre de la niña, pero también suegra del imputado, y por lo tanto madre también de su esposa y abuela de sus hijos, es absolutamente irrelevante, sin perjuicio de que su actividad posterior suscribiendo el recurso de casación indicaría que no entendió claramente para qué estaba dando su consentimiento.

Cabe destacar que no estamos ante un "conflicto familiar" como lo denomina el Defensor, sino ante un delito cuya víctima, según las Convenciones de Derechos Humanos, goza del derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, y merece la máxima protección estatal por ser mujer y menor de edad.

En efecto, la reforma del año 1994 incorporó la igualdad material en varias disposiciones haciendo más democrático y plural el sistema, así establecieron acciones positivas para diferentes colectivos sociales, promoviendo políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar desigualdades, es decir, "diferenciando" para "igualar".

En palabras de Angélica Gelli (Revista La LEY, Miércoles 11/11/2015, "Orden Público En El Derecho Constitucional"; María Angélica Gelli, Pág. 1 y ss.): "La Ley Suprema en el modelo de Estado Constitucional y Convencional de derecho es considerada, toda ella, una norma imperativa y operativa, una norma jurídica en las que se condensan los principios esenciales de la comunidad. En consecuencia, sus normas no son disponibles, ni siquiera las que enuncian derechos como facultades de obrar, de no obrar, o de exigir determinadas conductas porque otros sujetos, en especial los estatales están obligados, fuertemente vinculados por ellas con responsabilidades de diferente tipo en casos de incumplimiento".

Por ello la decisión del Juez se enfrenta con el derecho de acceso a la justicia que surge del art. 8, punto 1 de la Convención Americana, cuya principal manifestación radica en el deber de los jueces de posibilitar el acceso de las partes a juicio sin restricciones irrazonables conforme lo establecen las pautas interpretativas del art. 29 de la Convención, esto es a favor de las libertades y de la efectividad de los derechos.

Colisiona también con lo que la Corte IDH ha denominado y desarrollado en numerosos precedentes, como doctrina de la tutela judicial efectiva previsto en el art. 25 de la CADH cuyos conceptos se ven reforzados por las "Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad", que exhortan a las autoridades judiciales para que dentro del ámbito de sus respectivas competencias, promuevan medidas que hagan efectivo el contenido de sus propuestas a fin de garantizar que aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. También es contraria al principio de igualdad ante la ley, no discriminación y protección igualitaria, previsto en el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y art. 24 de la Convención Americana.

Por otra parte, La Convención Internacional de los Derechos del Niño, establece que los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna (art. 2); que en todas la medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño (art. 3); que los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan (art. 12); que los Estados partes deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo; estas medidas deben comprender procedimientos eficaces para la prevención y para la identificación, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de

malos tratos al niño, y según corresponda, la intervención judicial (art. 19); los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abuso, fomentando el respeto de sí mismo y su dignidad (art. 38).

Por otra parte, el suceso investigado ostenta la calidad de hechos de violencia contra la mujer, en los términos del artículo primero de la Convención Belem Do Para: "Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. El art. 2, apartado b, reza: Se entenderá que violencia contra la mujer incluye violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acosos sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimiento de salud o cualquier otro lugar".

Deben tenerse en consideración las obligaciones asumidas por el Estado en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, especialmente lo establecido en el art. 7: "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer... f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos".

Desde este marco legal, que impone la necesidad de establecer un "procedimiento legal justo y eficaz para la mujer -en el caso además niña-" es evidente que, la aceptación del procedimiento abreviado, mediante un acuerdo exclusivamente provechoso para el imputado, en el cual a la víctima se la eliminó -invisibilizó- y se la confundió con la denunciante y se omitió toda consideración respecto a la oposición fundada de su representante legal en la figura del Ministerio Público Pupilar, no puede subsistir como una decisión válida.

Ser eficientes -hacer la mayor cantidad de juicios en el menor tiempo posible- es un buen objetivo, siempre y cuando, ante el caso concreto, siga siendo un medio para "afianzar la justicia". Entonces, para aceptar un abreviado, no basta la evidente ventaja que en términos de celeridad implica evitar debate, sino que también se debe verificar que no se encuentren afectados los derechos de las partes, ni ninguna garantía constitucional, ni el buen servicio de justicia desde la perspectiva de los derechos humanos.

Lo dicho también implica que la condena que se impone mediante un juicio abreviado deba mantenerse dentro del principio de culpabilidad y proporcionalidad, porque de lo contrario (si es en más o en menos) se minarían las bases del sistema (orientador de

conducta), en tanto, en las palabras de Silva Sánchez: "La justicia, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español, constituye algo más que una garantía político-criminal. En realidad, desempeña el papel de contrapunto del sesgo utilitarista propio de la idea de prevención", quien a lo largo de su obra invita a reconsiderar los valores justicia-verdad. (Jesús María Silva Sánchez. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Segunda edición ampliada y actualizada, pag. 492).

Entonces esta sentencia es nula porque en ella se desconoció de plano el status reconocido a la víctima en el Derecho Interno y en los Pactos Internacionales, al no considerarse la oposición del Ministerio Público Pupilar en representación de la víctima menor de edad, pero también lo es porque no supera el control de racionalidad propio de cualquier sentencia, en cuanto al requerimiento de constituir una derivación razonada de los hechos conforme al derecho vigente, asentada en los principios lógicos argumentales y de la sana crítica racional, puesto que carece totalmente de valoración de la prueba, a tal punto que ni siquiera la enuncia.

De acuerdo a las consideraciones precedentes es evidente que la actividad del Juez consistió en una pura "homologación" en el sentido de la acción de contrastar el cumplimiento de determinadas especificaciones. Pero no emitió una sentencia que cumpla con el deber de motivación; ni respetó los derechos de la víctima, quien no pudo ejercer plenamente el derecho que la ley le confiere a la Tutela Judicial Efectiva, que en el ámbito penal y en sistema democrático se rige por el principio de última ratio, lo cual implica que las partes pueden ejercer sus derechos y facultades con plenitud, es decir, con el máximo rendimiento dentro de lo formalmente establecido, ni cumplió con el resto de los estándares internacionales que sobreprotegen a las mujeres y a los niños.

Recurriendo una vez más a los antecedentes de esta Sala citados en el precedente "SOSA, Emanuel - NASSER, Stefania Carolina - Homicidio agravado S/ RECURSO DE CASACION", estimo oportuno lo señalado en autos "BERNS, Ignacio Andrés - Abuso sexual agravado por el vínculo s/RECURSO DE CASACION" en cuanto a que: "la condena que se aplica a Berns no es una homologación irracional y mecánica del acuerdo al que arribaron las partes, sino que se cumplieron acabadamente los pasos que importa el control judicial que hemos caracterizado, y el razonamiento que trasunta la sentencia no se circunscribió solo a la asunción de culpabilidad, sino que ésta fue reconstruida correctamente, en base a las pruebas obrantes en la causa y bajo el prisma de la sana crítica racional. Es oportuno constatar que la sentencia recurrida trasunta un razonamiento lógico adecuado a la sana crítica racional, por cuanto enumera y valora sobradamente las constancias probatorias debidamente agregadas a la causa, dando con ello fundamento a todas sus aseveraciones y descartándose por ello la existencia de arbitrariedad en la pieza sentencial."

Resta aclarar que de ningún modo comparto los conceptos del fallo "SCHLEGEL, Juan Carlos s./Abuso sexual con acceso carnal s/ RECURSO DE CASACION" que el Defensor invoca como precedente, al punto que en mi rol de Vocal de la Sala II de la Cámara del Crimen de Paraná formé parte del Tribunal que rechazó el Acuerdo de Juicio Abreviado, en

una situación muy similar a la presente, lo que entiendo me exime de ahondar en las razones de mi discrepancia.

Por otra parte, respondiendo al planteo de la Defensa respecto a que el titular de la acción penal es el Fiscal y por lo tanto el Juez no puede más que aceptar el acuerdo, debo señalar que en la audiencia de Casación la Fiscalía adhirió al planteo del Ministerio Público Pupilar en un estricto ejercicio del control de legalidad.

Por todo ello entiendo que debe hacerse lugar al recurso impetrado. ASÍ VOTO.

A la misma cuestión propuesta, los Sres. Vocales Dres. BADANO y PEROTTI, expresaron que adhieren al voto precedente.

A mérito de lo expuesto, y por Acuerdo de todos sus integrantes, la Sala I de la Cámara de Casación de Paraná resolvió dictar la siguiente

S E N T E N C I A:

I.- HACER LUGAR al Recurso de Casación interpuesto por el Sr. Representante del Ministerio Público Pupilar, Dr. Ricardo GOLLY y sostenido en esta instancia por el Dr. Gaspar RECA contra la sentencia de fecha veintiséis de abril del año dos mil diecisiete, del Tribunal Unipersonal de Juicios y Apelaciones de la ciudad de Galeguaychú la que, en consecuencia, SE ANULA, debiéndose reenviar las actuaciones a la instancia de grado, a fin de que un nuevo Tribunal renueve los actos invalidados.

II.- DECLARAR las costas de oficio (art. 584 y 585 CPPER).

III.-Protocolícese, sirva la lectura de la presente Sentencia en audiencia respectiva, como notificación válida a todos los efectos; oportunamente, en estado, devuélvase.

Marcela BADANO

Marcela DAVITE

Hugo PEROTTI

Ante mí:

Claudia A. GEIST

-Secretaria-

Se protocolizó. Conste.-

Claudia A. Geist

-Secretaria-