

La defensa pública de niñas, niños y adolescentes víctimas

Derecho al recurso

Juan Martín Iguerategui¹

SUMARIO:I.- Introducción; II.- Planteo del caso; III.- Desarrollo; IV.- Conclusión

RESUMEN: El artículo comenta un fallo del TOCC 4 de esta ciudad que negó el derecho al recurso de una Defensoría de Menores e Incapaces en su carácter de Defensoría de la Víctima. El rol de estas dependencias en la representación de víctimas se puso en tela de juicio, porque la magistrada consideró que el Defensor no poseía legitimidad para interponer recurso de casación. Luego de la interposición de queja por recurso de casación denegado, la CNCCC hizo lugar al recurso interpuesto en representación de la víctima.

PALABRAS CLAVE: Defensa pública - Víctimas niños, niñas y adolescentes - Derecho al recurso

I.- Introducción

Recientemente, la CNCCC resolvió un recurso de casación donde se discutía el rol de las Defensoría de Menores e Incapaces en su carácter de Defensoría de Víctimas de niñas, niños y adolescentes. La resolución del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional de la CABA negó a esa dependencia la legitimación activa para recurrir el otorgamiento de una suspensión de juicio a prueba. El Defensor de la víctima presentó recurso de casación contra la concesión de una suspensión de

¹Juan Martín Iguerategui, Abogado, UBA.

juicio a prueba en una causa en la que se investigan hechos de violencia de género contra una menor de edad.

Creo que la discusión que trataré permite comenzar a delinear un ámbito de competencia a este actor procesal que muchas veces resulta desoído.

II.- Planteo del caso

El imputado P fue requerido a juicio como autor de los delitos de abuso sexual en perjuicio de una menor de 13 años, reiterado en tres oportunidades los que concursan de modo real entre sí –art. 119 párrafo 1ero y art. 55 del CP, y art. 306, 308 y 310 del CPPN–. Es dable destacar que la víctima era nieta del imputado.

Una vez radicada la causa en el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nro. 4 de esta ciudad, la Defensa del imputado solicitó la suspensión a prueba del proceso –arts. 76 bis del CP–.

El 25/4/22 se llevó adelante la audiencia prevista por el art. 293 CPPN, oportunidad en la que el Defensor reiteró el pedido, la Defensoría de Menores e Incapaces en representación de la víctima se opuso y la representante del Ministerio Público Fiscal dictaminó a favor de la concesión de la suspensión de juicio a prueba.

Los fundamentos del Defensor de la Víctima se centraron en la oposición de los progenitores de la niña, la expresa negativa de su representada, la doctrina del fallo “Góngora” y determinadas particularidades del hecho imputado: la edad de la niña, la confianza que tenía al imputado, la reiteración en los hechos y el lugar de los hechos, porque sucedió en un sitio donde la niña se sentía segura. Por otro lado, citó el fallo 64.561/2013 de la Sala 3 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (rta. 18/8/15, reg. 361/15) que entiende que los parágrafos 55 y ss. de la ‘Observación General n° 13’ del Comité del Niño fija la obligatoriedad de juzgar casos como el analizado, de acuerdo al interés superior del niño.

En oposición a la pretensión de este defensor, el Tribunal resolvió suspender el juicio a prueba por el término de 3 años y fijar diversas reglas de conducta al imputado.

Contra dicha resolución, la Defensoría de Menores e Incapaces interpuso recurso de casación. Dicho medio impugnativo fue declarado inadmisibles por el

TOCC con el objeto de impedir que la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional revise la decisión tomada.

Las premisas que sirvieron al Tribunal -tal cual constan en la resolución- para declarar inadmisibile el recurso fueron las siguientes:

- El recurso no ha sido interpuesto por quien tiene la facultad legal para impugnar la resolución. Al momento de “asumir la representación” de “D.P.V.P.” la Defensoría en cuestión no se constituyó como parte querellante, lo que ya la inhabilitaría para recurrir.

- Ninguna disposición procesal otorga de modo automático la calidad de parte a quien representa a una persona menor de edad. Que no sea parte, además, quedó evidenciado, por ejemplo, cuando el Juez instructor –y ningún juez lo haría– no le corrió vista para que requiera la elevación a juicio; así, de un modo análogo a como ocurre con el querellante que no requiere la elevación a juicio, que pierde la chance de alegar en el juicio y de recurrir, aquí debe solucionarse de la misma forma.

- El recurrente hace una “interpretación tan amplia” del art. 27, ley 26.061. En efecto, con sólo leer la “Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” (Ley 26.061) se advierte que no está dirigida expresamente a causas penales; es más, se parece a un compendio de derechos genéricos, propio de pactos internaciones y que, al igual que éstos, requieren de reglamentación específica. En síntesis, el derecho “a recurrir” mencionado en el art. 27 en modo alguno puede articularse al margen, mucho menos en oposición, a las reglas procedimentales.
- La decisión impugnada no afectó, en términos jurídicos, los derechos de la niña representada por la Defensoría de Menores e incapaces, porque no posee un “derecho a la condena”. Esta pretensión punitiva suele enmascararse como el “derecho a una tutela judicial”, pero es tan clara la falacia que sus apologistas necesitan que ese impreciso derecho, además, sea absoluto.
- Es claro que en este caso, como en muchos otros, la supuesta víctima fue oída, su opinión no fue desatendida –salvo que se entienda que la única forma de que se pueda tenerla en cuenta es cuando se resuelve en sentido favorable–, y fue asistida por un letrado, de oficio, a quien se notificó de todo lo que ocurría; me resulta desproporcionado que, pese a todo lo señalado, ahora se sostenga que vulneré el derecho a la tutela judicial porque entiendo que hay una alternativa mejor que un juicio.

- Si la única forma de asegurar el derecho a la tutela judicial fuera la realización de juicios en cada proceso, al margen de que estaría ignorándose el ordenamiento procesal en su conjunto, habría que reconocer la consagración de un “derecho absoluto del juicio”, toda vez que el derecho de cada imputado a que se suspenda el juicio a prueba quedaría neutralizado, pese a cumplirse todos los requerimientos legales.
- Toda la “construcción argumentativa”, como dije, circunda al inexistente “derecho a la condena”, y por ello es que el recurso tampoco puede admitirse. Reitero que aquí la participación de la presunta damnificada (su representante, en el caso) no ha sido limitada en modo alguno, sino que – por el contrario– fue tal que me permitió analizar con mayor precisión si correspondía o no el rechazo de la suspensión del proceso a prueba y, como aquí, que impusiera, por ejemplo, la prohibición de acercamiento con la niña, lo cual es una medida tendiente a su protección.

Así, la resolución concluye: “(...) *estimo que no se encuentran reunidos los requisitos de admisibilidad exigidos por los arts. 456 y sptes. Del Código Procesal Penal de la Nación*” y, por ello, declaró inadmisibile el recurso.

III.- Desarrollo

Más allá de la nómina de premisas que hice en el título anterior, el fundamento principal del Tribunal está dado por negar el carácter de parte a la Defensoría de Menores e Incapaces en su rol de Defensoría de Víctimas y su consecuente falta legitimación activa para recurrir el otorgamiento de la suspensión de juicio a prueba en favor del imputado.

En primer lugar, considero oportuno destacar que la resolución del Tribunal Oral Criminal solo debía analizar los requisitos formales de admisibilidad del recurso de casación para que sea el tribunal revisor quien se aboque al análisis de fondo.

Respecto del rol de la Defensoría de Menores e incapaces en la defensa de víctimas el art. 43 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa -Ley Nro. 27.149- versa: “(...) *los Defensores Públicos de Menores e Incapaces, en las instancias y fueros en los que actúan, tienen los siguientes deberes y atribuciones específicos, sin perjuicio de los demás propios de la naturaleza del cargo: (...) f) Ser parte necesaria, en el ámbito penal, en todo expediente que se forme respecto de una persona menor de edad, autor o víctima de delito, conforme las leyes pertinentes para su protección integral. Deben intervenir en todo acto procesal del cual*

pueda derivarse un beneficio o perjuicio para sus defendidos y estar presentes en cada ocasión en que estos fueren citados. (...)

Si bien la ley es muy clara al darle el carácter de parte necesaria, el inciso “h” obliga al Defensor a litigar para que se efectivice el derecho a ser oído y para que las opiniones de los menores sean tenidas en cuenta.

Importa particularmente en este caso que el inciso “j” establece la obligación de *“Postular una visión de la defensa o asistencia que tome en consideración la perspectiva de género y la diversidad cultural. (...) l) Instar el agotamiento de las vías recursivas a fin de propender a la mejor solución jurídica para sus defendidos o asistidos. [el resaltado me pertenece]”*

La postura del tribunal también desoye la ley 26.061 que en su art. 27 versa: *“GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: (...) c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; (...) e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte [el resaltado me pertenece]”*

Finalmente, el art. 103 del Cod. Civil regula la actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad y sanciona con nulidad todo acto en el que no participe el Defensor de Menores.

Creo que la riqueza de la discusión está dada por la exigencia de constituirse como parte querellante que realizó la resolución aquí analizada. La jueza pretendió quitarle legitimación activa al Defensor de la víctima sosteniendo que la defensoría no se constituyó como parte querellante.

Sin embargo, la normativa más arriba mencionada deja en evidencia que no es un requisito legal constituirse como parte querellante para participar en el proceso con los alcances que refiere la ley. Así, exigir un requisito que no se encuentra previsto en la norma viola el Principio de Legalidad.

Sin embargo, creo que lo importante es que la regulación establece una especial representación de las víctimas menores de edad. La falta de requisitos que

obstaculicen esta representación legal está dada por la especial situación de vulnerabilidad de esta tipo de representados, me refiero a los menores de edad. En este caso, la vulnerabilidad está dada por su carácter de menor, mujer y víctima reconocida por los arts. 4 inc. b) y 6 inc. a) de la ley n° 27.372 y Regla 1 y 2 de las 100 Reglas de Brasilia.

Es llamativo y también bastante desalentador que un tribunal considere que los derechos de las víctimas sean un “*compendio de derechos genéricos*” del “*estilo de los pactos internacionales*”. En palabras de la resolución: “*En efecto, con sólo leer la ‘Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes’ (Ley 26.061) se advierte que no está dirigida expresamente a causas penales; es más, se parece a un compendio de derechos genéricos, propio de pactos internacionales y que, al igual que éstos, requieren de reglamentación específica.*”

Desde el conocido fallo “Halabi”, una de las mejores Cortes que ha tenido este país ha desamparado la diferencia entre cláusulas declarativas y programáticas para sostener que la existencia de un derecho constitucional debe ser garantizado aunque no exista normativa inferior que lo regule.

En este norte, el fallo citado sostiene: “*(...) las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias. En apoyo de tal afirmación, esta Corte sostuvo que ya a fines del siglo XIX señalaba Joaquín V. González: ‘No son, como puede creerse, las ‘declaraciones, derechos y garantías’, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina’* (“Manual de la Constitución argentina”, en “Obras completas”, vol. 3, Buenos Aires, 1935, núm. 82; *confr.*, además, núms. 89 y 90). Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas (*confr. causa ‘Siri’, Fallos: 239:459*).

16) *Que es innegable, entonces, que una inteligencia dinámica del texto constitucional, superadora de una concepción pétrea de sus directivas, conlleva la posibilidad de encontrar en él los remedios adecuados para cada una de las circunstancias que está llamado a regir. En ese sentido ha observado también el Tribunal que la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las*

*relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempo de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución. Entre esos grandes objetivos y aun el primero entre todos, está el de "asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino" (Preámbulo). De ahí que la Constitución está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes "los beneficios de la libertad" y este propósito, que se halla en la raíz de nuestra vida como Nación, se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos (confr. causa "Kot", Fallos: 241:291)."*²

La cita del precedente no solo persigue demostrar que la categoría de “compendio de derechos genéricos” desconoce la jurisprudencia del más alto tribunal, sino que la resolución restringe derechos al mejor estilo de épocas anteriores a la recuperación de la democracia.

Más allá del destacado fallo de la Corte, el “*compendio de derechos genéricos, propio de pactos internacionales y que, al igual que éstos, requieren de reglamentación específica*”, merece severas críticas.

En primer lugar, la legitimación activa de la Defensoría de Menores e Incapaces no fue reglada en ningún pacto internacional ni ello había sido mencionado en el recurso de casación. Tal como se hizo aquí, se citaron leyes sancionados por el Congreso Nacional.

En segundo término, es dable considerar que la misma normativa establece la plena operatividad de los derechos reglados en el art. 1 que establece: “*Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad*”.

Por otro lado, si bien no es necesario utilizar la Convención de los Derechos del Niño el derecho al recurso que tiene esa parte, lo cierto es que allí se regla el derecho a ser oído de los niños y en el art. 2 de la ley 26.061 se regla: “*APLICACION OBLIGATORIA. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos*”.

²CSJN, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, H. 270. XLII, resuelta el 24/02/2009, Fallos: 332:111

cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.”

Al margen de este paréntesis de indignación, lo cierto es que el “derecho a recurrir” mencionado en el art. 27 inc. “e” de la ley 26.061 hace referencia a cualquier proceso judicial y no existe motivo alguno para excluir al proceso penal de ello. Este argumento se robustece si se tiene en cuenta que es en este último fuero donde se investigan y reprochan la vulneración de derechos que más le interesa al Estado y por ello sanciona la falta de representación con pena de nulidad.

Otro de los puntos de la resolución que merecen ser tratados es la falta de afectación de los derechos de la menor de edad víctima. La resolución sostiene *“(…) no advierto que la decisión impugnada “afecte”, en términos jurídicos, los derechos del niño o los de la representada por el Sr. Defensor, a no ser que se pretenda reconocer un “derecho a la condena”. Es decir, no hay forma de que pueda concebirse que una suspensión de juicio a prueba “afecta” a presuntas víctimas, a diferencia de, por ejemplo, una resolución que impida el contacto con un progenitor u otra que obligue a la convivencia con alguien que no se desea. Es que, reitero, el “derecho” que se pretende ejercer no es otro que el de pretender la condena del imputado.”*

Creo que es un discusión que debe abordarse y que necesita un trabajo mucho más profundo que el que me encuentro realizando. Sin embargo, creo que es un buen comienzo preguntarse si las víctimas de violencia de género o víctima menores de edad tienen un derecho a la condena.

Circunscribo este interrogante a víctima de violencia de género y a víctimas menores de edad, porque frente a estos casos el Estado Argentino tiene la obligación de investigar, sancionar y erradicar este tipo de delitos.

El art. 7.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) impone la obligación de los Estados firmantes de *“actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;”*. En este mismo orden de ideas lo hace los parágrafos 55 y siguientes de la Observación General N° 13 del Comité de los Derechos del Niño para los delitos cuyas víctimas sean niños, niñas y adolescentes.

En principio, para bosquejar una respuesta debe decirse que el derecho a una condena solo podría existir si se inicia la causa y se comprueba el hecho. A partir

de allí, las obligaciones internacionales parecen, en principio, impedir cualquier resolución alternativa de conflictos para este tipo de casos.

Como lo dije, el tema requiere de mucho mayor abordaje y no es este trabajo el que intentará hacerlo. No obstante, en principio podría afirmarse que la contracara de cualquier obligación es un derecho y que, cumplidas las instancias procesales y las garantías del imputado que permiten llegar a la certeza apodíctica, nace un derecho a la verdad y a la sanción del responsable.

Más allá de la prematura conclusión antes referida, lo que sin dudas es un reclamo legítimo de este tipo de víctimas es el derecho a averiguar la verdad. Por ello el fallo Góngora de la CSJN sostiene que: *“prescindir en el sub lite de la sustanciación del debate implicaría contrariar una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la “Convención de Belem do Pará” para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los aquí considerados”*.

En este mismo sentido, se sostuvo que en consonancia con los deberes estatales asumidos en materia de género, en toda investigación de hechos de violencia contra niños, niñas y adolescentes es ineludible considerar los párrafos 55 y siguientes de la Observación General N° 13 del Comité de los Derechos del Niño. El caso “Rodríguez Villalba”³ se citaron los párrafos mencionados y se sostuvo que *“así como una suerte de Convención de Belém do Pará” en relación a la violencia de género contra una mujer, ante hechos de violencia sexual contra una niña el Estado tiene similar deber de investigar, juzgar y sancionar los mismos, a través un procedimiento oral que debata las circunstancias fácticas y jurídicas relevantes para el caso, y la declaración de responsabilidad del autor, cualquiera sea la decisión final”*.

Con un tinte bastante desafortunado, la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 4 trata de apologista a la Defensoría de Menores e Incapaces al sostener: *“Es cierto que esta pretensión punitiva suele enmascararse como el “derecho a una tutela judicial”, pero es tan clara la falacia que sus apologistas necesitan que ese impreciso derecho, además, sea absoluto.”*

En primer lugar, considero cuanto menos peligroso afirmar que el derecho a tutela judicial venga a enmascarar una “pretensión punitiva”. Al respecto, la normativa que regula tal derecho es, al contrario de lo valorado por la distinguida Magistrada, muy clara. En segundo término, la lectura de la postura del Defensor de Menores evidencia que no existe falacia, puesto que no camufló el derecho a la

³ CNCCC, Sala III, CCC 64.561/2013, reg. 361/2015, del 18/08/2015

averiguación de la verdad y al juicio oral en la tutela efectiva, sino que citó normativa y jurisprudencia que exige los tres derechos de una manera literal.

IV.- Conclusión

El planteo del caso y la crítica de la resolución que declaró inadmisibile el recurso de casación pretendió plasmar una discusión y acercarnos a contestar la pregunta que subyace en la introducción de este trabajo: ¿La Defensoría de Menores e Incapaces posee legitimación activa para interponer un recurso de casación en representación de una víctima menor de edad?

Creo que el desarrollo del trabajo permitió dar acaba respuesta al interrogante y que ésta no puede ser otra que positiva.

Esta discusión fue llevada a la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional mediante un recurso de queja por recurso de casación denegado. Atento a ello, el 7 de julio del 2022, la Sala de Turno hizo lugar a la queja y concedió el recurso de casación⁴.

El 3 de noviembre del 2022, la Sala III de la CNCCC resolvió sobre el fondo del asunto, hizo lugar al recurso de casación interpuesto por la Defensoría Pública de Menores e Incapaces, casó la resolución recurrida y, en consecuencia, dejó sin efecto la suspensión del juicio a prueba concedida.

A fin de concluir este trabajo, considero oportuno destacar que el fallo no solo afirmó la legitimación activa de la Defensoría, sino que resolvió: *“su intervención, específicamente establecida en la norma, no puede sino ser interpretada en forma armónica con la aludida Convención sobre los Derechos del Niño”* cuya *“manda convencional de reconocer, promover y hacer efectivos, con plenitud, los derechos de las personas menores de edad (...) y, en particular, el reconocimiento de su derecho a ser oídos, no puede ser soslayado por (...) la invocación de un obstáculo procesal que derivó del hecho de que no se constituyó en parte querellante”*⁵.

⁴ CNCCC, Sala de Turno, CCC 40074/2021/TO1/2/RH1, Reg. n° S.T. 1264/22, rta. 7/7/22.

⁵CNCCC, Sala 3, CCC 40074/2021, Reg. 1621/22, rta. 03 de noviembre de 2022, voto del Juez HuartePetite.