

**REGISTRO N 459**

**ACUERDO Nro. 5 /2018:** En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los ocho (08) días del mes de octubre del año dos mil dieciocho, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores **OSCAR E. MASSEI y ALFREDO ELOSÚ LARUMBE**, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, **Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA**, para dictar sentencia en los autos caratulados "**C., M. A. S/ ABUSO SEXUAL SIMPLE**" (**LEGAJO MPFNQ 100779/2017**).

**ANTECEDENTES:** I.- La Jueza de Garantías, Dra. Ana del Valle Malvido, en audiencia celebrada el pasado 30/05/18, concedió al imputado M. A. C. el beneficio de la suspensión de juicio a prueba por el término de un año.

Contra esa decisión, la Dra. Andrea Rapazzo, en su carácter de Defensora de los Derechos del Niño, dedujo impugnación ordinaria. El Tribunal de Impugnación, compuesto por los Dres. Alejandro Cabral, Héctor Rimaro y por la Dra. Liliana Deiub, en audiencia llevada a cabo el 30/07/18, rechazó dicha impugnación y confirmó la resolución adoptada por la jueza de grado.

Disconforme con este temperamento, la Querellante Institucional dedujo la impugnación extraordinaria que concita la atención de esta Sala, bajo los tres carriles impugnativos previstos en el artículo 248 del Rito, por haberse dictado un auto procesal importante en colisión con el derecho internacional que impone a los Estados proteger a las víctimas de abuso sexual menores de edad. Que asimismo se encuentra afectada la tutela judicial efectiva de la víctima, atento la finalización del trámite bajo esta salida

alternativa, pues le niega la posibilidad de acceder a la verdad en un juicio oral y público.

Con respecto al primer agravio que encuadra en art. 248 inc. 1 del CPP, alega inobservancia en la aplicación de la ley sustantiva, concretamente de: la Constitución Nacional (arts. 14, 17 y 18), la Convención de los Derechos del Niño (CDN), la Convención de Belem do Pará y la CEDAW. Que al haber sido incorporada la CDN, se convierten en ley suprema dos principios estructurales que tienen especial importancia para este caso: el principio del interés superior del niño (art. 3.1 CDN, art. 4 ley 2302), y el derecho del niño a ser oído (art. 12.1 CDN, art. 15 ley 2302).

Explica que este último derecho se habría vulnerado en el caso, pues sin juicio no hay posibilidad de escuchar a la niña y sólo escuchándosela se hubiera advertido lo que significó para ella haber sido abusada sexualmente. No le es indiferente que se busque la verdad judicialmente y que se la diga. Es, afirma, la respuesta que vinieron buscando al efectuar la denuncia, pues quienes emprenden dicha tarea colocan en el sistema de justicia la resolución de una afrenta muy íntima y privada. Al no haberse escuchado a la niña, los jueces resolvieron en contra de la CDN.

La decisión de conceder el beneficio de suspensión de juicio a prueba implicó -en su visión- que el tribunal no sopesara el interés superior del niño y así afectara su tutela judicial efectiva, que es una garantía necesaria para la efectivización de la protección de los derechos de la infancia. Devino contraria a la Convención Belem do Pará cuyo propósito es prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

En relación al inciso segundo del art. 248 del CPP, sostiene que la resolución padece de un vicio que la

aleja de los mandatos constitucionales ya que no está fundada razonablemente y aplica de manera incorrecta el instituto de la suspensión del proceso a prueba, pues no se detuvo a evaluar que no había reparación alguna del daño generado a la niña, y menos aún solución alternativa al conflicto.

Refiere que si bien la acción es pública, no lo es de una manera "pura", pues requiere la voluntad clara y firme de la persona habilitada, la cual luego de analizar su vida, los efectos causados por el hecho y el proceso, deberá transitar, tomar la decisión de denunciar y de "someterse" a un proceso, de "someter" a su hijo a un proceso. Que en el caso, el consentimiento de la niña víctima debió haber sido analizado bajo la perspectiva del concepto de autonomía progresiva receptado por el actual Código Civil en consonancia con la CDN, pues si los niños son los titulares de sus derechos, la ley debe reconocerles mecanismos efectivos para ejercerlos, dándoles libertad y protegiéndolos de todo obstáculo que perturbe su ejercicio legítimo (conforme las prescripciones de los arts. 3.1, 3.2 y 5 de la CDN).

Indica que uno de los obstáculos que de manera recurrente aparecen en los procesos penales donde los niños son víctimas de delitos contra la integridad sexual, es la deficiente o insuficiente asistencia legal para accionar e impulsar y sostener los procesos penales. Que por ello la figura de la Querrela Institucional es tan importante para su tutela judicial efectiva en esos procesos, sin importar si el imputado es un familiar, un vecino o un mero transeúnte desconocido, ya que tal distinción no está realizada en la norma.

Sostiene que aun cuando el representante legal de la víctima pretenda constituirse como Acusador Privado en la

misma causa, no obsta a que la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente continúe interviniendo y seguir representando y defendiendo el interés superior del niño a lo largo de toda la causa penal.

En ese sentido, afirma que no dudó que la progenitora haya brindado el consentimiento al Sr. Fiscal en forma telefónica, sino que la pregunta que debemos realizarnos es si esa decisión fue respetuosa del interés superior de P.E.I. Explica que cuando entrevistó a la madre de la niña, ésta comprendió en esa ocasión qué significaba la suspensión de juicio a prueba y le expresó que no era su deseo tal resolución.

Precisa que el Tribunal de Impugnación decidió no escuchar a la representante legal, a pesar de haber estado presente en la audiencia y de haber sido convocada por la fiscalía y la querrela institucional, lo que, en su opinión, resultó una agravante puesto que podría haberse modificado la decisión al conocerse el verdadero alcance del consentimiento de la progenitora. Y que aun cuando ésta hubiera sostenido su postura inicial, igualmente la impugnante hubiera mantenido su oposición, porque "los intereses a proteger son los de la víctima mujer menor de edad de un abuso sexual aprovechando su alta situación de vulnerabilidad. Es decir que el imputado se ha aprovechado de su situación de preeminencia sobre la pequeña niña de 10 años de edad generando una situación privilegiada sobre ella y aprovechando su superioridad para actuar subrepticamente y abusarla sexualmente" (cfr. fs. 20, último párrafo).

En ese sentido, sostiene que la carencia de antecedentes computables del imputado, o la eventual posibilidad de aplicar una pena en suspenso, no son las únicas pautas que deben tenerse en cuenta para evaluar la

procedencia del instituto, ya que también se debe sopesar "el interés social en que hechos delictivos como el del autos sean investigados, juzgados y esclarecidos. Máxime cuando se trata de delitos dolosos que afectan a derechos de carácter personalísimo de personas de tan corta edad y en pleno desarrollo, el que se verá menoscabado por esos hechos al ser afectado el bien jurídico de la integridad sexual".

Cita jurisprudencia en apoyo de su postura, y finaliza el agravio indicando que la Querrela Institucional "persigue un pronunciamiento, una sentencia, y tiene un derecho constitucional para ello y una motivación vinculada al delito de abuso sexual efectuado contra un niño (...) en cumplimiento de la Convención que protege en especial a los niños víctimas de abuso sexual infantil [siendo el juicio el modo de darle] 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". La suspensión de juicio a prueba no tiene esa finalidad, no procura la rehabilitación específica por la comisión del delito, sino que procura desincriminar, aliviar la tarea de los tribunales, permitiendo la persecución de delitos graves como lo son los abusos sexuales infantiles.

Por último, bajo el supuesto previsto en el inciso tercero del artículo 248 del CPP, denunció que la Fiscalía y luego el a quo, se apartaron del criterio sentado por esta Sala en el caso "Abello" (Acuerdo nro. 12/12 de fecha 17/04/2012), sin explicitar argumentos legales válidos que den por tierra la doctrina que dimana de tal precedente.

Transcribe un tramo de dicho fallo, donde se analiza la improcedencia de la suspensión de juicio a prueba

en delitos de abuso sexual con menores víctimas, y que, por ello, corresponde se apliquen sus lineamientos.

A igual conclusión arriba respecto del antecedente jurisprudencial de nuestro Máximo Tribunal Nacional ("Góngora, Gabriel A. s/causa 14.092"), en el que se sostuvo la improcedencia de la suspensión de juicio a prueba en casos de violencia contra la mujer, por afectación al art. 7 incisos b) y f) de la Convención de Belem do Pará.

Que en este caso, del modo que se resolvió la cuestión, se tendría que haber tenido en consideración el derecho de la víctima al debido proceso legal, conforme lo normado en el art. 8, primer párrafo, de la CADH, y arts. 14, 17 y 18 de la CN.

Finaliza su agravio manifestando que la resolución que se recurre tiene efectos definitivos, pues puede devenir en la extinción de la acción penal y dar por terminado este trámite, de manera que "este es el momento único para recurrir lo decidido". Agrega que no se dispuso la obligación de un tratamiento psicológico por el hecho cometido para que el imputado postergue sus impulsos sexuales hacia niñas tan pequeñas, y que "se ha afectado el derecho constitucional al debido proceso con la resolución de la jueza de garantías, luego confirmado por el Tribunal de Impugnación, que de ninguna manera satisface el interés superior de su representada, se ha actuado en franca violación de sus derechos constitucionales".

Solicita se declare la nulidad de la resolución recurrida y se ordene llevar a cabo el juicio respectivo. Efectúa reserva del caso federal.

**II.-** Por aplicación de lo dispuesto en los arts. 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas

posiciones sobre la materia debatida (cfr. acta de audiencia de fs. 38/42).

**a)** La Dra. Rapazzo comenzó su alocución manifestando que el Tribunal de Impugnación confirmó la decisión de la Dra. Malvido que concedió la suspensión de juicio a prueba al imputado. Respecto de la viabilidad formal de la vía intentada, sostuvo que -al igual que lo analizó el a quo- éste es un acto procesal importante en franca violación al corpus iuris internacional que protege el interés superior del niño.

Luego precisó que el legajo se inició a raíz de la denuncia efectuada por la progenitora de la víctima P.E.I.; que en fecha 28/2/18 se le formularan cargos al imputado, y el hecho se calificó como constitutivo del delito de abuso sexual simple. El 4/4/18 la recurrente adhirió a la acusación presentada por el Ministerio Público Fiscal, y el día 30/5/18 se celebró la audiencia con la Dra. Malvido, quien homologó el acuerdo llevado a cabo entre Fiscalía y Defensa respecto de la suspensión de juicio a prueba.

Refiere que en esa oportunidad se opuso por considerar que no era beneficioso para la niña P.E.I., la Fiscalía manifestó que su madre le había prestado el consentimiento, y se le aclaró a la jueza que la Defensoría de los Derechos del Niño representaba los intereses de la menor, más allá de los de sus representantes legales.

Posteriormente, ya ante el Tribunal de Impugnación, adujo que lo decidido iba en contra de todo el corpus iuris internacional, de la CDN, de la Convención de Belem do Pará, de la CEDAW, pero igualmente confirmaron la decisión, en el entendimiento que el consentimiento por parte de la representante legal de la víctima había sido dado, y que como había tenido capacidad para instar la acción,

también la tenía para decidir finalizar el proceso a través de este camino.

Luego refiere que acude a esta instancia es por los tres motivos previstos en el art. 248 del CPP: **1)** con relación al inciso 1, porque se ha inobservado la ley sustantiva, básicamente la CDN, la Convención de Belem do Pará y la CEDAW. Afirma además que no se tuvo en cuenta ni el interés superior del niño ni su derecho a ser oído; **2)** respecto del inciso segundo, porque la sentencia es contraria a la razonabilidad respecto a lo que ha sucedido con el consentimiento. Que en las distintas instancias se habló del consentimiento brindado por la progenitora de P.E.I., pero no es a ella a quien se le ha menoscabado su integridad sexual, sino a su hija de 10 años de edad. El consentimiento de la niña debió haber sido evaluado a la luz del principio de la capacidad progresiva. Agrega que fue con motivo del plus de protección que regulan los instrumentos internacionales de protección a la niñez que se creó la figura del Querellante Institucional conforme al actual art. 65 del CPP, que ordena la participación obligatoria de la Defensoría de los Derechos del Niño para despejar todos los obstáculos que pudiera haber, en la infancia, para el acceso a la justicia en situaciones de abuso sexual. Sostiene que la Querella va a trabajar en forma conjunta con la víctima y en representación de la víctima, aun incluso cuando estuviese el representante legal y se formara una misma teoría del caso. En este punto enfatiza que luego de la decisión emitida por la Dra. Malvido, se entrevistó con la progenitora de la niña, y que ésta le habría manifestado haber comprendido erróneamente lo que significaba la suspensión de juicio a prueba; que esto fue puesto en conocimiento del T.I. para que pudiera ser escuchada la señora, pero como no fue ofrecida como testigo,

no fue tomada en cuenta; y **3)** bajo el tercer inciso, menciona la falta de aplicación al caso de la doctrina emanadas de los precedentes "Abello" de esta Sala y "Góngora" de la CSJN. En relación a este último, dice que la Jueza de Garantías lo excluyó de su análisis porque consideró que no era de aplicación obligatoria para todos los casos de abuso sexual infantil. Por ello solicita se haga lugar al recurso, se anule la sentencia impugnada y se ordene llevar a cabo el juicio correspondiente. Reiteró su reserva del caso federal.

**b)** Por su parte, el Sr. Fiscal Jefe, Dr. Agustín García, indicó que la impugnación presentada no podía sortear el tamiz de la admisibilidad formal, en virtud del principio de taxatividad que rige en materia recursiva.

Luego en torno al primer motivo de agravio, refirió que la impugnante confunde la situación regulada en primer inciso del art. 248 del Rito, aplicable cuando lo que se está cuestionando la validez de una ley, etc., no siendo lo que se desprende de su queja, ya que cuestionó la inobservancia de la ley sustantiva, mas no planteó la inconstitucionalidad de norma alguna, por lo que, en su opinión, luce evidente la falta de correspondencia con el inc. 1.

Con relación al inciso segundo, indicó que tampoco sería procedente, por no surgir ni de la presentación escrita ni de la exposición oral efectuada, en qué se vulneran las disposiciones de los tratados internacionales mencionados, no demostrando tampoco la existencia de una cuestión federal que permita la intervención de la CSJN por la vía del recurso extraordinario federal.

Y en lo que hace al tercer agravio, si bien afirmó la Defensoría de los Derechos del Niño que no se respetaron los precedentes "Abello" y "Góngora", no exhibió

la analogía existente entre esos casos y el ventilado en estas actuaciones, ni tampoco demostró que lo sean fáctica y jurídicamente.

Precisó que, por el contrario, esos casos nada tienen que ver con el de este legajo, pues aquí se investiga un abuso sexual simple. En el caso "Abello", si bien se trataba de un abuso sexual contra un menor, no se contaba con el consentimiento del representante legal de la víctima, por lo que, en realidad, lo que aquí existe es una diferencia de concepción entre lo que la Sra. Defensora de los Derechos del Niño entiende quién debió haber prestado el consentimiento: si la niña -postura que defiende- o sus representantes legales.

Entiende que las obligaciones internacionales asumidas por el Estado consisten en dar la mejor solución al caso, y que no siempre se vinculan con la celebración de un juicio pues pueden existir mecanismos alternativos como lo propone nuestro Código Procesal Penal, que den una mejor solución al conflicto, tal como lo postula el art. 17 del CPP, que pasa a ser el fin inmediato o primario del proceso penal vigente.

Agrega que estamos ante un delito de instancia privada que tiene que ser impulsado por los representantes legales cuando las víctimas son menores de edad, y que si no existen intereses gravemente contrapuestos con los progenitores, son éstos quienes tienen la potestad de decidir qué es lo más conveniente para sus hijos. Por ello peticiona se declare la inadmisibilidad formal del control extraordinario deducido.

**c)** Posteriormente, al hacer uso de la palabra el Dr. Omar Nahuel Urra, Defensor de Confianza del imputado C., compartió los argumento expuestos por el Ministerio Público

Fiscal, y puntualizó que, además, la decisión emitida no es impugnabile por parte de la Defensoría de los Derechos del Niño, pues el ordenamiento procesal prevé que la concesión de la suspensión de juicio a prueba no es recurrible por los acusadores. Cita en apoyo de su postura los precedentes resueltos bajo RI nros. 114/14, 15/15, 136/15, entre otros, y agrega que desde que la Dra. Malvido tuvo por formulado los cargos en contra de su asistido, la Defensora de los Derechos del Niño jamás se entrevistó con la víctima ni con la representante legal. Al momento de la suspensión de juicio a prueba, la madre de la niña prestó su conformidad al Fiscal Dr. Azar. Que de un modo dogmático se traen a colación los fallos mencionados, ya que, por un lado, en el caso "Abello" no se contaba con el consentimiento de la víctima, situación diferente a la de autos; y por el otro, el caso "Góngora" tampoco tiene analogía porque es un caso de violencia contra la mujer, sin punto de contacto con el caso que nos ocupa. Entiende que, en realidad, lo que aquí existe es una mera disconformidad subjetiva con la solución adoptada. Por esas razones entiende que debe confirmarse la decisión del T.I. y rechazarse la impugnación deducida.

En este contexto, la causa queda en condiciones de ser resuelta.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: El Dr. Oscar E. Massei y el Dr. Alfredo Elosú Larumbe.

Cumplido el procedimiento previsto en el art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

**CUESTIONES:** 1°) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) ¿Es procedente

la misma?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

**VOTACIÓN:** A la **primera cuestión** el **Dr. Oscar E. MASSEI** dijo:

a) El escrito fue presentado en término, por una de las partes intervinientes en el proceso (art. 65 del CP).

b) Sin embargo, corresponde a esta Sala examinar si se han cumplido los requisitos para que el recurso se torne admisible, conforme a los arts. 227, 242 y sgtes del CPP; ello en tanto ha sido un criterio mantenido por esta Sala Penal desde los albores de la reforma procesal prevista por la Ley 2784 el que, más allá de la observancia de los recaudos de legitimación y tempestividad inherentes al recurso -que deben reputarse acabadamente cumplidos en esta instancia-, corresponde también atender a los requisitos mínimos de su procedencia. Ello se justifica en la necesidad de impedir que, bajo la aparente cobertura de esta nueva fórmula impugnativa, se hagan valer otras alejadas del significado jurídico que es propio de un recurso como el presente.

La Sra. Defensora de los Derechos del Niño encauzó su recurso bajo los tres supuestos regulados por el artículo 248 del Código Procesal local.

Cabe recordar que el primero de ellos se vincula con lo que antiguamente se denominaba "Recurso de Inconstitucionalidad", y que era viable frente al agravio proveniente de la forma de interpretar la Constitución, dando preferencia a una ley, ordenanza, decreto o reglamento en perjuicio de un derecho que aquélla estableció y que se ha desconocido (cfr. art. 432 del C.P.P., en su versión anterior).

El segundo andarivel recursivo tiene por objeto someter a la instancia local aspectos vinculados a cuestiones federales que luego podrían articularse ante el Máximo Tribunal Nacional por vía del Recurso Extraordinario Federal. Con ello, no sólo se asegura el planteo tempestivo de los agravios de pretensa naturaleza federal, sino también la indelegable intervención del tribunal superior de la causa, exigencias que no solo derivan de la propia ley, sino también de copiosa jurisprudencia del Máximo Tribunal Nacional (cfr. Imaz, Esteban y Rey, Ricardo "El Recurso Extraordinario", 2° Ed., Nerva, Bs. As., págs. 219, 223 y ss); pues por su fin y naturaleza, se sabe que el recurso extraordinario referenciado en la norma bajo análisis es excepcional y de aplicación restrictiva, por la gravedad de la función que, por esa vía pudiera cumplir luego la Corte en cualquiera de los tres supuestos establecidos en la Ley 48. Y por otra parte, es bueno recordar que el objeto del recurso extraordinario federal es el mantenimiento de la supremacía constitucional y no la sumisión a la Corte de cualquier causa en que pueda existir agravio o injusticia, ya que no se propone rectificar toda injusticia que pueda existir del fallo apelado, sino mantener la supremacía nacional.

Por último, el objeto de la restante hipótesis del artículo 248 del C.P.P.N., se ciñe a algo bien diferente de los anteriores: la necesidad de interpretar las normas de forma unitaria, fortaleciendo de este modo el principio fijado por el artículo 16 de la Constitución Nacional. Ello así en tanto, la uniformidad de la jurisprudencia, sea en la Justicia nacional o dentro de un Estado provincial, asegura un tratamiento similar frente a la ley penal por parte de los jueces, favoreciendo así la vigencia del principio de igualdad ante la ley.

Como puede verse con claridad, aún cuando todos estos medios de impugnación queden abarcados en una misma norma y bajo el rótulo de "impugnación extraordinaria" poseen objetos diferentes y no pueden ser confundidos entre sí.

De ahí que es obligación de quien recurre una mínima precisión de porqué insta y cuál es su real pretensión al momento de articular la impugnación. Y este elemental recaudo "(...) no es puro preciosismo lingüístico sino eje fundamental de todo el sistema procesal [...] Si así no fuere, es obvio que estaríamos entronizando la arbitrariedad judicial a la cual tanto se le teme desde antaño. Que es exactamente lo que ocurre cuando alguna doctrina postula terminar para siempre con las formas del proceso y reemplazar todo el andamiaje impugnativo con lo que se ha dado en llamar el recurso indiferente, mediante el cual se afecta groseramente el derecho de defensa en juicio de los particulares..." (cfr. Alvarado Velloso, Adolfo "Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Tercera Parte", Rubinzal-Culzoni Editores, Sta. Fe, 2008, pág. 247).

En ello radica la importancia de que se controlen estos presupuestos procesales.

Así, con relación a la primera hipótesis (inc. 1), la misma debe descartarse de plano, pues la Sra. Defensora de los Derechos del Niño no tachó ni postuló la inconstitucionalidad de ninguna de las normas que consideró aplicables al caso, sino que su crítica giró en torno a la falta de consideración de lo que denominó "corpus iuris internacional" al caso, y que en su visión, habría posibilitado una solución diferente, por lo que la impugnación habrá de ser rechazada en este punto.

Ingresando al análisis del segundo agravio, debe tenerse presente que cuando se alega un caso de arbitrariedad de sentencia a la luz de lo normado por el art. 248 inc. 2 del CPP, norma que remite al recurso extraordinario federal regulado por el art. 14 de la Ley 48, debe meritarse que el parámetro para juzgar sobre la existencia del vicio de arbitrariedad es particularmente restrictivo, pues tal como lo ha señalado reiteradamente Nuestro Cívero Tribunal, la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende solamente a supuestos de excepción en los que la deficiencia lógica del razonamiento o una total ausencia de fundamentos impide considerar el pronunciamiento de los jueces del proceso como la "sentencia fundada en ley" a que hacen referencia los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (C.S.J.N., Fallos 325:3265, entre otros).

En el marco de lo que se ha sometido a estudio, la Dra. Rapazzo alega la presencia de determinados vicios en los fundamentos de la sentencia del T.I., que irían -en su visión- en contra de la "razonabilidad" que debe primar en todo pronunciamiento judicial, por lo que se le imponía exponer y demostrar concretamente de qué modo la decisión ha incurrido tal vicio para no convertir la vía impugnativa utilizada en llave de una tercera instancia ordinaria (CSJN, Fallos 289:113; 295:420 y 618; 302:1564; entre muchos otros), pues como es sabido "su procedencia requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso o una absoluta falta de fundamentación. Si así no fuere, podría encontrarse en la necesidad de revisar todas las decisiones de los Tribunales de la República en cualquier clase de causa, asumiendo una jurisdicción más amplia de la que le

confieren la Constitución y las leyes (Fallos 308:1372; 310:234; 312:608; entre otros muchos)" (MORELLO, Augusto M., "El Recurso Extraordinario", Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Bs. As. 2006, 3° Edición, pág. 608).

Con arreglo a la jurisprudencia de la Corte Suprema, es un criterio reiterado que: "...el análisis de admisibilidad del recurso fundado en la arbitrariedad de la sentencia, requiere la identificación de un defecto grave de fundamentación o de razonamiento en la sentencia que torne ilusorio el derecho de defensa o conduzca a la frustración del derecho federal invocado (Fallos: 310:234). Pero no incumbe a la Corte Suprema juzgar el error o acierto de la sentencia que decide cuestiones de derecho común (Fallos: 286:85), y su objeto no es corregir en tercera instancia pronunciamientos equivocados..." (Fallos: 331:819; 310:676).

Analizaré entonces qué motivos llevaron al Tribunal de Impugnación a confirmar la decisión adoptada por la Sra. Jueza de Garantías, y si de sus fundamentos se desprende el déficit puesto de resalto por la impugnante, por lo que procedí al visado de la audiencia celebrada el 30/07/18 (cfr. sistema CICERO, audiencia IMPUGNACION, '47.45 en adelante), ya que en el acta glosada a fs. 33/36 únicamente se dejó constancia de los argumentos brindados por las partes acusadoras y por la defensa).

Para así decidir, el Magistrado que inició la votación (Dr. Cabral), a partir del '47.45 analizó las críticas de la Sra. Defensora de los Derechos del Niño bajo el siguiente marco: un caso de abuso sexual infantil, calificado como abuso sexual simple en los términos del primer párrafo del art. 119 del CP, en el que la Fiscalía acordó con la Defensa y con la madre de la niña, aplicar una

suspensión de juicio a prueba, mientras que la Defensora de los Derechos del Niño se opuso, más allá de la conformidad prestada por la progenitora de P.E.I..

En tal contexto, el Dr. Cabral razonó que como había sido la propia madre de la niña la que había instado la acción penal, es decir, quien impulsó la acción, era ella también quien tenía la facultad de dar su aval para la suspensión de juicio a prueba, por entender que con ello no victimizaría más a su hija o que era suficiente para reparar los efectos que le provocó el delito. Agregó que si bien hubiera sido su deseo escuchar a la representante legal previo a resolver, lo cierto es que no fue admitida como testigo para esa audiencia; y que había quedado claro que: 1) la madre había prestado un consentimiento informado, en base a la comunicación telefónica que la Fiscalía mantuvo con ella; 2) no fue a la audiencia donde se debatió la concesión de la suspensión de juicio a prueba; 3) la Defensora de los Derechos del Niño no pidió la suspensión de dicha audiencia para escuchar a la madre -con quien no se había entrevistado previo a la misma-.

Puntualizó además que entendía que la Defensoría de los Derechos del Niño no tenía derecho a intervenir por encima de la voluntad de los padres salvo el caso que existan intereses gravemente contrapuestos entre éstos y la menor, lo que tampoco se acreditó. Adunó a ello que no se trató de un abuso intrafamiliar, que pudiera hacer presumir la existencia de algún interés contradictorio entre víctima y sus representantes legales, por lo que tuvo por válido el consentimiento prestado por la progenitora y votó por confirmar la decisión recurrida.

En el mismo sentido falló el Dr. Rimaro, quien tras acompañar al Dr. Cabral en la solución que debía darse

al caso, a partir del '53.45 expuso no compartir la apreciación efectuada por la Sra. Defensora en cuanto a insistir en su oposición a la concesión del beneficio, ya que debía ser respetada la voluntad del representante legal pues son los padres quienes están para expedirse y exponer cuáles son los intereses de su hija a tutelar y son ellos quienes deciden qué es lo que más conviene en procura de salvaguardar los intereses de sus representados.

Opinó que no fue intención del legislador local excluir de la suspensión de juicio a prueba a casos como el de autos, circunstancia que tampoco se extrae específicamente de ninguna de las normas de derecho internacional citadas por la impugnante.

Por último, la Dra. Deiub también votó por confirmar la decisión recurrida, y razonó que en la audiencia ante la Dra. Malvido se habló de un consentimiento prestado por la progenitora de la menor, y que si bien fue telefónico, la Defensora de los Derechos del Niño no alegó la existencia de algún vicio en ese consentimiento, ni tampoco propició la suspensión de la audiencia a efectos de lograr el comparendo de la representante legal. Sostuvo que los progenitores de la menor tienen derecho de decidir o no el seguimiento de la acción y que al no haberse evidenciado intereses contrapuestos, la decisión de la representante legal de no llevar a su hija a juicio debe ser respetada como tal, y la Querellante Institucional no puede arrogarse facultades de propiciar la continuación de la acción, cuando la propia Fiscalía de consuno con la Defensa y con la madre de la víctima, decidieron no llevar el caso a juicio.

Así las cosas, entiendo que no se verifica la pretendida arbitrariedad alegada por la recurrente, pues como surge de lo transcripto, los magistrados que confirmaron la

decisión adoptada por la Dra. Malvido, aportaron las razones por las cuales estimaron que el beneficio era procedente, sin que tales fundamentos resulten ilógicos o irrazonables, por lo que dicho pronunciamiento resulta ser un acto jurisdiccional válido.

Ha quedado evidenciado que no se está en presencia de un abuso intrafamiliar del que se pudiera inferir la presencia de intereses contrapuestos entre la niña y su madre, circunstancia que hipotéticamente podría haber invalidado el consentimiento prestado para la concesión del beneficio; ni tampoco se alegó ni acreditó la existencia de tal interés contrapuesto como sustento a la postura sostenida por la impugnante.

Tampoco surge del recurso los motivos por los cuales la decisión de la madre de P.E.I. no fue respetuosa del interés superior de su hija, no resultando suficiente la afirmación efectuada a fs. 20, cuando sostiene que luego de la entrevista mantenida con la señora J. P. G. -efectuado con posterioridad a la concesión de la suspensión de juicio a prueba- ésta recién ahí habría "comprendido" qué significaba la probation y que no era su deseo tal solución, ya que tampoco ninguna prueba produjo a fin de corroborar tal circunstancia, contando sólo con sus dichos para avalar su postura. Y no la ofreció como prueba para el recurso incoado -ya que se limitó a ofrecer a tres profesionales del área de minoridad- ni solicitó que fuera escuchada ante el a quo, más allá de la decisión que éstos podrían haber adoptado al respecto.

Otro dato objetivo que me persuade sobre la real existencia del consentimiento prestado, lo constituye la aceptación del ofrecimiento económico que realizó la Sra. J.

P. G. el día 4 de junio del corriente, conforme la constancia del sistema DEXTRA, registrada bajo PROGEN 106246/2018.

Por lo expuesto, entiendo que no se cumplimentan las condiciones por las cuales pudiera intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía del recurso extraordinario federal, restando así un requisito esencial para el acudimiento a esta instancia local (art. 248 inc. 2, a contrario sensu, del CPP). Por lo que el recurso, en este punto, tampoco habrá de prosperar.

Igual suerte correrá, en mi opinión, la crítica formulada al amparo del inciso 3 del artículo 248.

Este supuesto no tiene como misión la corrección jurídica de la interpretación normativa que llevó a cabo el tribunal a quo, sino verificar que ante situaciones sustancialmente análogas se han producido respuestas divergentes que han de ser unificadas por el Tribunal.

Para tal menester, es preciso que en el documento impugnativo se hagan constar la igualdad del supuesto de hecho y la desigualdad -contradicción- en la interpretación y aplicación de la pertinente norma jurídica, de modo tal que el recurso nunca puede convertirse en una nueva etapa procesal para que las partes hagan valer sus pretensiones divergentes con lo resuelto previamente, sino antes bien el aporte de los elementos necesarios para demostrar que la norma que trae en su auxilio se aplicó en forma diferente en casos sustancialmente iguales.

Sobre tales bases, analicemos el agravio de la Sra. Defensora de los Derechos del Niño.

La impugnante se queja del apartamiento de las soluciones dadas: 1) por esta Sala, en el precedente "Abello"; y 2) por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo "Góngora". Respecto del primero, porque allí se

sentó la improcedencia de la aplicación de la suspensión de juicio a prueba en delitos contra la integridad sexual con menores víctimas, cuando en este legajo se resolvió lo contrario; y respecto del segundo, porque se sostuvo también dicha imposibilidad en casos de violencia contra la mujer, por afectación al art. 7 de la Convención Belem do Pará.

Cabe recordar que en el precedente "ABELLO", el hecho investigado consistió, en prieta síntesis, en abusos sexuales cometidos en perjuicio de un niño de cinco años de edad, y que se calificó como como abuso sexual simple (art. 119, 1er párrafo, del CP), en el que, por acuerdo del Ministerio Público Fiscal, se concedió la suspensión de juicio a prueba al imputado; mientras que en el caso "GONGORA" se ventiló unas lesiones cometidas por la pareja de la víctima, encuadradas dentro de las previsiones de la Convención de Belem do Pará, en el cual a pesar de la oposición Fiscal, se otorgó aquel beneficio.

Como se observa a simple vista, la diferencia fundamental entre los precedentes mencionados y lo que ha acontecido en autos, radica en la representante legal de la víctima prestó su consentimiento para que el conflicto primario se solucionara a través del criterio de oportunidad regulado en el art. 108 del CPP, y que a diferencia de lo sucedido en "Góngora", aquí el Ministerio Público Fiscal sí se manifestó a favor de su concesión.

Todo lo expuesto, me lleva sin más al rechazo formal de la presentación de la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, por lo que creo así haber fundado las razones por las cuales la impugnación extraordinaria deducida debe ser declarada inadmisibile. Tal es mi voto.

El **Dr. Alfredo ELOSÚ LARUMBE** dijo: sin perjuicio de coincidir con el análisis efectuado por el Dr. Massei en el voto que antecede, estimo que ocurre un motivo previo, de carácter determinante, para el rechazo del a vía incoada.

Conforme lo sostuve recientemente en el precedente "GONZALEZ PANUTTI, Javier Cristian s/ homicidio culposo" -legajo MPFJU 21.003/2017- (Acuerdo 2/2018 DE FECHA 01/02/18), la postura del voto que suscribí en minoría en el Acuerdo 19/2016 "LUCHINO" constituye la doctrina dimanante de esta Sala Penal.

Ello por cuanto, sintéticamente, "...el legislador desechó, [para los acusadores], del catálogo de decisiones impugnables, de un modo consciente y explícito, la facultad de impugnar los pronunciamientos judiciales que resuelven otorgar la Suspensión de Juicio a Prueba establecido en el art. 108 del C.P.P.N.", ya que "...ha querido acotar sustancialmente las facultades del recurso en el plano de la *probation*, al consagrarlo sólo para los casos de denegación...".

En vista de todo ello, no sólo adscribo a los fundamentos del Dr. Massei en torno a los recaudos de procedencia evaluados, sino que agregó como factor central y confluente en esa dirección el valladar recursivo que me ocupé de señalar y que aquí nuevamente ratifico.

Con esos alcances, voto en idéntico sentido.

A la **segunda y tercera cuestión**, el **Dr. Oscar E. MASSEI** dijo: en mérito a la forma en que resolviera la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que se declare la inadmisibilidad de la impugnación extraordinaria deducida por la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, Dra. Andrea Rapazzo, por los motivos explicados al tratar la primera cuestión. Tal es mi voto.

A la **segunda y tercera cuestión**, el **Dr. Alfredo ELOSÚ LARUMBE**, dijo: comparto la solución dada por el Sr. Vocal preopinante. Así voto.

A la **cuarta cuestión**, el **Dr. Oscar E. MASSEI** dijo: sin imposición de costas en la instancia (artículo 268 segundo párrafo, última parte, del CPP). Mi voto.

El **Dr. Alfredo ELOSÚ LARUMBE** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Tal mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE:**

**I.- DECLARAR LA INADMISIBILIDAD** de la impugnación extraordinaria deducida por la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, Dra. Andrea Rapazzo, en su carácter de Querellante Institucional, contra la decisión adoptada en forma oral por el Tribunal de Impugnación, en audiencia del día 30/07/18 (art. 248 incs., 1, 2, y 3, a contrario sensu, del CPP).

**II.- SIN COSTAS** en la instancia (art. 268, segundo párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.)

**III.- REGÍSTRESE**, notifíquese y remítase a la Dirección de Impugnación a sus efectos.

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

Dr. OSCAR E. MASSEI - Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE  
Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario