

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE TUCUMÁN

CASACIÓN

SENT N° 305

Provincia de Tucumán

Y VISTO: Llega a conocimiento y resolución de esta Excma. Corte Suprema de Justicia, Sala en lo Civil y Comercial Común, Civil en Familia y Sucesiones y Penal, que integran los señores Vocales doctores Daniel Leiva, Antonio D. Estofán y Daniel Oscar Posse, presidida por su titular doctor Daniel Leiva, el recurso de casación interpuesto por la doctora Lilia Estela Salim, Defensora de la Niñez, Adolescencia y Familia, contra la sentencia absolutoria dictada en fecha 19/5/2022, el que es concedido por el referido Tribunal mediante auto interlocutorio del 28/6/2022, en los autos: "**<R.J.H.> s/ Abuso sexual con acceso carnal art. 119 3º párrafo, Lesiones**". En esta sede, las partes no presentaron las memorias que autoriza el art. 487 CPP, conforme informe de fecha 16/8/2022. Pasada la causa a estudio de los señores Vocales, y establecidas las cuestiones a dilucidar, de conformidad con el sorteo practicado el orden de votación será el siguiente: doctores Daniel Oscar Posse, Antonio D. Estofán y Daniel Leiva. Luego de la pertinente deliberación, se procede a redactar la sentencia.

Las cuestiones propuestas son las siguientes: ¿Es admisible el recurso?; en su caso, ¿es procedente?

A las cuestiones propuestas el señor Vocal doctor Daniel Oscar Posse, dijo:

I.- Viene a conocimiento y resolución de esta Corte, el recurso de casación interpuesto por la doctora Lilia Estela Salim, Defensora de la Niñez, Adolescencia y Familia, en contra de la sentencia absolutoria dictada en fecha 19 de mayo de 2022, cuyos fundamentos fueron leídos en fecha 3 de junio de 2022.

II.- En lo pertinente por ser materia de recurso, se resolvió: "ABSOLVER POR FALTA DE ACUSACIÓN FISCAL DEBIDAMENTE FUNDADA A <R.J.H.>, <DNI xxxxxx>, de la filiación obrante en autos, como autor voluntario y responsable de la Comisión del delito de ABUSO SEXUAL CON

ACCESO CARNAL, previsto y penado por el artículo 119 3er párrafo del Código Penal; en perjuicio de M.M.M. por el hecho ocurrido en fecha 25/03/2020 (Artículos 155, 420 y concordantes del Código Procesal Penal de Tucumán); II. DECLARAR LA NULIDAD DEL ALEGATO DE LA DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA y CAPACIDAD RESTRINGIDA DE LA Iª NOMINACIÓN, por lo considerado (artículos 155, 185, y cc. del Código Procesal Penal de Tucumán)".

A los fines de facilitar la comprensión del recurso en estudio, cabe reseñar que el presente caso se inicia por una denuncia realizada por la señora <S.M.L.>, madre de la joven víctima del presente caso, quien en fecha 8 de abril de 2020 denuncia -en los términos del hecho imputado-, *"(q)ue el día 25/03/2020, siendo aproximadamente horas 18:00, en circunstancias en que Ud. <R.J.H.> se encontraba en el domicilio ubicado en SAN JOSE, BURRUYACU, donde reside junto a la hija de su madrastra y víctima en la presente causa <M.M.M.> de 21 años, quien padece retraso madurativo, fue que Ud, la llevó a una habitación de la casa donde la desnudó, le tapó la boca y la obligó a mantener relaciones sexuales por vía vaginal pese a la resistencia opuesta por la misma, siendo sorprendido por la madre de la víctima <S.M.L.>, provocando en la víctima con su accionar desgarros en horas 2 y 7, conforme surge del exámen ginecológico realizado por el Cuerpo Médico forense "*

Hasta el inicio del debate, la acusación la sostuvo el Ministerio Público Fiscal, sin que algunos de los progenitores de la joven -quien tiene un retraso madurativo moderado conforme certificado de discapacidad- haya asumido rol de querellante. En todo el proceso estuvo presente, en el rol de representante complementaria, la Defensoría de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida (en adelante DNAYCR) de la Iª Nominación.

Durante la jornada final del debate oral, el Ministerio Público Fiscal retiró la acusación y brindó motivos. Frente a esto, la DNAYCR sostuvo el derecho a presentar acusación y la formuló en los términos de la elevación a juicio; acto seguido solicitó pena.

Como resultado de esta situación, se dictó el resolutive en crisis, organizado en base a seis cuestiones, siendo relevantes a los fines recursivos las primeras tres, a saber: **Primera cuestión:** Del planteo preliminar de la Defensoría de la Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida. **Segunda cuestión:** De la posibilidad de controlar la validez de la conclusión final de la titular de la Defensoría de la Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida de la Iª Nominación. **Tercera cuestión:** Del pedido de absolución formulado por el Ministerio Público Fiscal con respecto al imputado y su fundamentación.

III.- En su recurso, la Defensora sostiene estar legitimada para deducir la vía recursiva intentada por haber intervenido en representación de la víctima en autos, <M.M.M.>, puesto que el derecho al recurso

que le asiste a ésta constituye una garantía constitucional, la que debe ser interpretada en sus términos y alcances de acuerdo a principios y garantías constitucionales. Asimismo, sostiene que por el art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación -CCyCN- el Ministerio de Niñez Adolescencia y Capacidad Restringida cuenta con la prerrogativa de deducir recursos ordinarios y extraordinarios “cuando lo resuelto se considere perjudicial para los intereses de las personas menores de edad, con capacidad restringida, o cuando se aparte de lo normado legalmente”.

Entre los agravios que expone se destacan la idea de que a pesar de que su parte hubo solicitado un pedido de evaluación médica a la víctima, antes del inicio del debate, se tomó este pedido como “una prueba” a pesar de que lo fue a “los fines de determinar la intervención del Ministerio Pupilar, y su vez para conocimiento de todas las partes de la situación actual de salud de aquella”.

También le causa agravio que se cuestione su capacidad para sostener una acusación que el Ministerio Público Fiscal retira, y brinda argumentos para sostener tal capacidad.

Otro agravio se refiere a la valoración que hace el Tribunal sobre su acusación, discutiendo que deba cumplir con las disposiciones que regulan el alegato del MPF ya que el MPD en este caso tiene un rol diferenciado. Reclama que el Tribunal *a quo* considera que en su alegato existió una escueta fundamentación de las circunstancias de modo, tiempo, y lugar, cuando de la declaración testimonial de la víctima, emitida en Cámara Gesell surge como sucedió el hecho materia de juzgamiento e indica a su autor, lo que se corrobora con la denuncia formulada por la madre de la víctima, testigo presencial. Alude a los antecedentes de la CSJN “Tarifeno” y “<S.M.L.>”.

Por último, sostiene que el decisorio cuestionado resulta nulo por basarse en un análisis subjetivo de la prueba, inobservancia y arbitraria valoración de la prueba sin tener en cuenta las pautas interpretativas de perspectiva de género, que las circunstancias del caso concreto requieren. A renglón seguido emprende el análisis del alegato del Ministerio Público Fiscal y de los elementos de prueba de vital importancia en la causa. Propone doctrina legal.

IV.- El recurso fue concedido mediante sentencia de fecha 28 de junio de 2022. El 16 de agosto de 2022, se informa por Secretaría de Corte que “habiendo vencido el plazo previsto por el Art. 487 del Código de Procedimientos Penal las partes no presentaron memorias”.

Corrida vista al señor Ministro Fiscal, si bien se expide por la admisibilidad del recurso presentado por la doctora Lila Estela Salim contra la sentencia emitida por la Sala III de la Cámara en lo Penal Conclusional en fecha 19 de mayo de 2022, se inclina por sostener que no puede prosperar en

tanto, a su criterio, “el Defensor de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida no cuenta con legitimación para acusar en el proceso penal en aquellos supuestos en que el Ministerio Público Fiscal haya desistido de esta función que por imperio de la ley, como se expuso, le fue delegada”.

V.- En cuanto a la admisibilidad del recurso traído en vista se advierte que fue interpuesto dentro del plazo judicial previsto en el art. 485 del Código Procesal Penal de Tucuman (CPPT), y en contra de una resolución definitiva de conformidad a lo exigido por el art. 480 del CPPT.

Asimismo, de la lectura del libelo recursivo se puede advertir que la impugnante esgrimió en juicio una pretensión que le fue negada y frente a esta sentencia, realiza un análisis crítico de sus fundamentos, indicando los derechos, garantías y normas que estima violadas por ella. En definitiva, se considera que el recurso es admisible.

VI.- Entrando en el análisis de la procedencia, se debe empezar por precisar que es criterio de esta Corte que su actividad revisora sea amplia, de conformidad con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Casal” (CSJN , “Casal Matías Eugenio y otro s/ Robo simple en grado de tentativa”, Fallos: 328:3399). También que, conforme lo ha señalado reiteradamente la CSJN, los jueces no se encuentran obligados a seguir a las partes en todas y cada una de las cuestiones y argumentaciones que proponen a su consideración, sino tan sólo a pronunciarse acerca de aquellas que son conducentes para decidir el caso y dar sustento a un pronunciamiento válido (Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970; 304:819; 307:1121; 308:2172; y 310:1835; entre otros).

De conformidad con la doctrina de la Corte Suprema, respecto del estudio de los agravios corresponde dar prioridad a las atribuciones de arbitrariedad, pues si son acertadas ellas implican que no existe una sentencia válida (Fallos: 318:189, "Bichute de Larsen"; 323:35, "Botti"; 338:1347; dictamen de la Procuración General de la Nación en la causa 1799/2016/RHI "L., M. G. c/ N., W. S. s/ Medida precautoria" 23410/2014/3/RH2 "Paquez, José c/ Google Inc. si medida precautoria, del 22 de mayo de 2017; entre otros). En ese entendimiento, se considera prioritario ingresar a la discusión sobre la alegada arbitrariedad de la sentencia.

VI.1- Con relación a la primera cuestión, referida a la respuesta dada al planteo preliminar de la Defensoría de la Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida, el recurso casatorio denuncia que la respuesta de la sentencia a este pedido -que reitera no era “una prueba ni fue peticionada en tal carácter sino a los fines de determinar la continuación de la intervención del Ministerio Pupilar por la persona con capacidad restringida y para conocimiento de todas las partes de la situación real actual de salud de la víctima”-, no se

encuentra ajustado a derecho.

Para llegar a esta conclusión, reseña que por las disposiciones vigentes en nuestra provincia (art. 617 del CPC de Tucumán que en el Título VII “Declaración de Incapacidad”), su participación ya estaba habilitada, sin perjuicio de ello, *“atento al tiempo transcurrido desde la presentación del certificado de discapacidad y de la realización de la EDT mediante cámara de observación o Gesell, con la fecha en que se llevó a cabo el debate oral y público y a fin de tener una real conocimiento de la situación de salud de la persona víctima dado que las discapacidades pueden variar y evolucionar, es que esta Defensoría mediante dictamen de fecha 22/04/2022 solicitó, no como prueba la evaluación médica a la víctima M.M.M. sino como criterio de intervención y para no lesionar los derechos que le asistirían a la persona víctima en caso de encontrarse en pleno uso de sus facultades mentales, dado que el principio que rige en materia de capacidad es que las limitaciones son de carácter excepcional, se imponen siempre en beneficio de la persona y que la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario tanto en el tratamiento como en el proceso judicial (conf. Art. 31 y ssgte C.C y C.N.)”*.

El recurso en estudio relata que, frente a este pedido, *“el Sr. Fiscal de Cámara mediante dictamen de fecha 04/05/2022, ‘...considero que se encontraban dada las condiciones para que la Defensora de Menores continúe en tal carácter, Ello en razón de que su participación garantiza la inmadurez mental que presentaba la víctima en ocasión del hecho que se investiga. A los fines de contar con un asesoramiento adecuado, su especialidad en el conocimiento y manejo de los derechos del incapaz, consideró que correspondía seguir con la intervención de la Sra. Defensora...(sic)’ y la Defensa del imputado dijo ‘...le asiste razón a la Defensora de la Niñez, la discapacidad no se acredita mediante certificado sino con pericia evaluativa o juicio de capacidad. No hubo esto último, como también los informes son ambiguos ...’ (sic)”*.

Señala el recurso que, no obstante esto, el Juez *A quo* al resolver consideró que se trataba de un medio de prueba y como tal, debió ofrecerse en el plazo previsto en el CPPT, por lo que el pedido resultó extemporáneo y así lo resolvió en la audiencia de fecha 04/5/2022, el primer día de debate.

VI.1.1- Conforme surge de la sentencia, el Juez, al brindar motivos de su resolución a la primera cuestión, amplía los fundamentos de esta decisión y sostiene:

“Para la concreción del debido proceso, es necesario respetar las distintas etapas previstas en nuestro código de forma. El autor Alvarado Velloso explica que, en el campo del proceso, la igualdad ante la ley está plasmada, a su vez, en la paridad de oportunidades y de audiencia, de tal

modo que las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. "Sistema Procesal. Garantía de la libertad". T1. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fé, 2009, p. 343). A su vez, se tiene en cuenta el principio de Preclusión: la idea lógica de proceso implica el necesario desarrollo en un cierto orden establecido por la ley o por la convención. "...La regla procesal que se adecua a esta idea se conoce en doctrina con la denominación de orden consecutivo y de ella se deriva que cada elemento de la serie debe preceder imprescindiblemente al que le sigue..."

A continuación, refuerza con citas de doctrina las reglas del libre desenvolvimiento o de la unidad de la vista, frente a la regla de la preclusión y el deber del juez de respetar los principios de imparcialidad, imparcialidad e independencia.

VI.1.2- Es decir, en todo momento racionaliza el pedido como una medida probatoria, sin contemplar los motivos expresados por la Defensora al solicitarlo y sin considerar particularmente, el tipo de delito investigado (abuso sexual, es decir un delito de acción pública dependiente de instancia privada) y el hecho que la víctima sea una persona mayor de edad aunque con un retraso madurativo, elemento que se alega desde un primer momento (denuncia de la madre de <M.M.M.>, la señora <S.M.L.>), pero que sólo luce acreditado por un certificado de discapacidad, mas no por una declaración de discapacidad.

Que se trate de un abuso sexual condiciona la validez de la denuncia ya que para dar inicio a un proceso penal para investigar y sancionar este delito, la denuncia debe ser realizada por la víctima. Pero cuando la persona que padece esta conducta es menor de edad o tiene algún tipo de discapacidad, pueden y/o deben hacerlo sus representantes legales. Es decir, si una persona es mayor de edad, la única autorizada a instar la acción penal (denuncia) es ella, pero cuando la persona es menor de edad o tiene algún tipo de discapacidad este primer paso puede ser realizado por sus representantes legales o incluso, funcionarios públicos que tienen un deber de asistencia y/o prevención.

Así, cabe señalar que la necesidad de la medida solicitada por la DNAyCR aparece más como requisito esencial del proceso que como una medida de prueba, en tanto tener un conocimiento del tipo de discapacidad que afecta a la joven <M.M.M.> es el punto inicial para múltiples aspectos del proceso. Desde conocer la validez de la denuncia realizada por su madre -como instancia inicial de la investigación penal- hasta definir las características del sistema de apoyos para garantizar el acceso a la justicia de la víctima.

En definitiva, le asiste a la recurrente razón al sostener que dicho pedido “no debió ser entendido como una prueba sino como una medida tendiente a los fines de determinar la continuación de la intervención del Ministerio Pupilar por la persona con capacidad restringida y para conocimiento de todas las partes de la situación real actual de salud de la víctima”. Y, de hecho, la ausencia de esta información tiñe de nulidad el proceso.

Brindo motivos.

VI.1.3- La primera cuestión que no puede perderse de vista es la relativa a la situación de las personas que tienen algún tipo de discapacidad.

En efecto, un repaso por la historia reciente pone en evidencia que durante mucho tiempo las personas con algún tipo de discapacidad debieron enfrentar preconceptos y estigmas derivados de visiones sociales, médicas y/o normativas que procuraban -de forma consciente o inconsciente- la discriminación, aislamiento e invisibilización de las personas con discapacidad. Esto, implicó situaciones concretas de desventaja y vulneración de sus derechos humanos. La evidencia de esta situación motivó que se aprobaran tratados de derechos humanos específicos, procurando revertirla.

Así, la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad (CDPD) -hoy con jerarquía constitucional- y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad imponen a los Estados parte el deber de implementar providencias de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad (art. 4 inc. 1 de la CDPD y art. 3 inc. 1 de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad).

Esta visión propone un cambio de perspectiva, lo que se ha denominado el modelo social de la discapacidad, que procura visibilizar que aquellas limitaciones o problemas que se le atribuían a la persona, son en realidad limitaciones del contexto. Por ello, desde esta postura, la posibilidad de desarrollo de la persona de desplegar una vida autónoma e insertada en su medio y comunidad va a depender de las condiciones socioeconómicas en las que vive y de los ajustes razonables realizados para tal fin.

Para la Corte IDH las personas con discapacidad “...a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena

integración de esas personas en la sociedad...” (Corte IDH, Caso “Furlan y Familiares vs. Argentina”, párr. 135).

En efecto, la CDPD identifica a la discapacidad como un concepto mutable, que surge de la interacción entre las PCD y las barreras que su entorno genera para el acceso a sus derechos. Estas barreras evitan la participación plena y efectiva de las PCD en igualdad de condiciones con las demás personas. No obstante, reconoce su calidad de sujetos de derecho, con vidas diversas conforme sus capacidades funcionales -también diversas-, y, sobre todo, con capacidad de decidir por sí mismas.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), que entró en vigencia en agosto de 2015 -en sintonía con el art. 12 de la CDPD- establece en sus arts. 22, 23 y 31 que la capacidad jurídica para el ejercicio de los derechos corresponde a todas las personas por igual y, en el art. 43, CCyC, se establece que las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

Esto debe ser reforzado con prácticas que, paulatinamente, honren este principio de reconocer la capacidad. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano especializado responsable de la supervisión del cumplimiento de la Convención por parte de los Estados, en su primera observación general (CRPD/C/GC/1), puso de manifiesto esto. Y, reconociendo este problema, expresa:

“En la mayoría de los informes de los Estados partes que el Comité ha examinado hasta la fecha se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). El criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al

igual reconocimiento como persona ante la ley. En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio.

Artículo 12, párrafo 4

20. En el artículo 12, párrafo 4, se describen las salvaguardias con que debe contar un sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El artículo 12, párrafo 4, debe interpretarse en conjunción con el resto del artículo 12 y con toda la Convención. En este párrafo se exige a los Estados partes que creen salvaguardias adecuadas y efectivas para el ejercicio de la capacidad jurídica. El objetivo principal de esas salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Para lograrlo, las salvaguardias deben proporcionar protección contra los abusos, en igualdad de condiciones con las demás personas.

21. Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias". Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del "interés superior" no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de "la voluntad y las preferencias" debe reemplazar al del "interés superior" para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás.

22. Aunque todas las personas pueden ser objeto de "influencia indebida", este riesgo puede verse exacerbado en el caso de aquellas que dependen del apoyo de otros para adoptar decisiones. Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores".

VI.1.4- En este marco, es igualmente relevante prestar atención al tipo de delito al que se refiere esta causa, relativo a la integridad sexual de <M.M.M.>; o lo que es mismo, tienden a amparar sus derechos sexuales y reproductivos.

Reconoce el Ministerio de Salud que "para cualquier persona, la salud sexual y la salud reproductiva refieren a las prácticas

que se llevan a cabo para vivir una sexualidad plena con los cuidados, ajustes y adaptaciones que sean necesarios para cada persona, en cada situación de la vida. Sin embargo, la salud sexual y la salud reproductiva de las personas con discapacidad (PCD) tienen una larga historia de invisibilización, desconocimiento y formas de hacer y de pensar sustentadas en prejuicios más que en criterios de salud o capacidad”.

En ese sentido, ya se dejó establecido que la CDPD reconoce como principios la autonomía, la libertad de tomar las propias decisiones, el derecho a vivir de forma independiente y a la inclusión en la comunidad. En esta línea también reconoce la necesidad de incorporar una perspectiva de género y diversidad en las actividades destinadas a promover el pleno goce de los derechos de las PCD. Y enfatiza la necesidad de contemplar que son las mujeres y las niñas con discapacidad quienes suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abusos, entre otros malos tratos y explotación.

Las vulneraciones durante años padecidas por las PCD hicieron necesario que el art. 23 de la CDPD establezca expresamente el deber de los estados a adoptar medidas a fin de asegurar que se respete el derecho de las PCD a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y para decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro. También, que mantengan su fertilidad en igualdad de condiciones con las demás personas y que tienen derecho a casarse y formar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges.

La visibilización y el reconocimiento de los derechos sexuales y los derechos reproductivos de las PCD viene a procurar romper con la presunción errada de la no sexualidad de las PCD, así como en la presunción de incapacidad de las PCD para decidir sobre sus cuerpos, su salud y su vida sexual y reproductiva. Es así que, bajo el paraguas de la discapacidad, el adecuado respeto por los derechos sexuales y reproductivos de esta población deben ser objeto de una ocupación adicional por parte de los Estados.

En los fundamentos de aquellas políticas públicas destinadas a reforzar la vigencia de los derechos de esta población, esta situación se encuentra diagnosticada. “Algunas creencias que refuerzan esta invisibilización pueden ser: que las personas con discapacidad no pueden desarrollar una conducta sexual responsable y beneficiosa para su vida; o que, frente a una situación de abuso, no tienen conciencia de la misma como tal. Como consecuencia de estas creencias, las personas con discapacidad no suelen ser educadas ni informadas, a lo largo de las diferentes etapas de su desarrollo,

acerca de la sexualidad, las expresiones amorosas y afectivas, el concepto de intimidad, etc.” (Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Plan Nacional de Prevención del Embarazo no Intencional en la Adolescencia, “Abusos sexuales y embarazo forzado en la niñez y adolescencia: lineamientos para su abordaje interinstitucional”; dirigido por Silvia Chejter. - 1a ed . - 2018, CABA.).

El UNICEF (Fondo de Naciones Unidas para la Infancia) manifiesta que la discapacidad puede convertirse en un factor de vulnerabilidad para el acceso a ciertos derechos y, según “la Guía de Unicef de abuso sexual para el sistema educativo” (año 2013), para poder prevenir el abuso sexual en esta población, es necesario tener en cuenta factores tales como la mayor dependencia física y psíquica de otras personas (que numerosas veces redundan en sumisión, la necesidad de asistencia en la higiene personal, la confusión entre acercamientos que son propios de un marco de afecto y los que constituyen una situación abusiva. La Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia reconoce que “otro de los problemas que surge a la hora de visibilizar, detectar y denunciar los abusos sexuales tiene que ver con el tratamiento de la sexualidad en NNA con discapacidad.

Entonces, no existen dudas del espíritu que inspira el régimen tuitivo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por la Ley Nº 26.378), la Constitución Provincial (arts. 24, 40 inc. 5º y 146, 6º párrafo), y demás leyes provinciales aplicables al presente caso; apunta en lo sustancial a que el Estado asegure, promueva y garantice el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por parte las personas con discapacidad. Por lo tanto, también es plenamente exigible a la justicia una intervención diligente, reforzada, comprometida con la prevención, investigación y sanción de los casos de abusos que tienen como víctimas a personas con discapacidad es lo que se pretende, sin socavar su autonomía personal y su dignidad.

Esto implica que en las instancias de investigación de este tipo de delitos sigue estando vigente el art 31 CCCN, que manda a presumir la capacidad general de ejercicio de la persona humana -ya que las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional- y se imponen siempre en beneficio de la persona. La normativa vigente en el art. 707 CCCN establece que las personas con capacidad restringida, tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

El ya mencionado Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en este documento fundacional (CRPD/C/GC/1) expuso:

“26. En sus observaciones finales sobre los

informes iniciales de los Estados partes, en relación con el artículo 12, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha declarado en repetidas ocasiones que los Estados partes deben "examinar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona".

27. Los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones pueden revestir muchas formas diferentes, entre ellas la tutela plena, la interdicción judicial y la tutela parcial. Sin embargo, todos esos regímenes tienen ciertas características en común: pueden describirse como sistemas en los que: i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no sea la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el "interés superior" objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias.

28. La obligación de los Estados partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención".

Por ello, la intervención judicial debe tenerse sumo cuidado y prever protocolos para este tipo de casos que mejoren el mecanismo que requiere dar cumplimiento -por parte del Estado- de la obligación de proveer todos los medios a fin de asegurar las efectivas garantías procesales para el goce de los derechos en juego y establecer los mecanismos que resulten necesarios para tornarlos efectivos.

VI.1.5- Sin embargo, en este caso, no se ha puesto la necesaria atención en estos aspectos. Si toda persona con discapacidad tiene derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica y al ejercicio de esta capacidad- de hecho o de obrar- en igualdad de condiciones con las demás, ¿cómo se garantiza esto en un proceso penal donde se investiga un delito contra la integridad sexual de una persona con discapacidad?. Parece claro que la forma de cumplir con esta manda requiere conocer cuál es la capacidad de la presunta víctima para analizar si procede su reemplazo (medida extrema de ultima ratio) o, por el contrario, cabe acompañar a la persona mediante el diseño de un sistema

de apoyo pertinente.

Si bien no hay vigentes protocolos de actuación, está claro que tanto desde el Ministerio Público Fiscal como desde el Ministerio Público de la Defensa se debería asesorar a la víctima y a sus familiares o tutores en la toma de decisión referente a la interposición de la denuncia (y se valorará la capacidad de la persona de llevar a cabo esta decisión).

Para ello se deberá explicar detenidamente el procedimiento de la denuncia, así como el proceso judicial, incluso cuando el abuso sea intrafamiliar, en tanto la decisión acerca de la denuncia siempre deberá ser tomada por la persona con discapacidad, asesorada y apoyada por los técnicos o personas de confianza para ella. Sólo si la víctima estuviera incapacitada, esta decisión correspondería a su representante legal. E incluso, contemplar adecuadamente la mejor forma de atender la posibilidad de que el abuso sea intrafamiliar, supuesto que coloca en una situación de desamparo a la víctima incapacitada, sea porque el agresor y el tutor son la misma persona, o porque el representante legal no quiera denunciar a un familiar.

Así, la intervención del Defensor de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida es una pieza fundamental en la ingeniería tendiente a cumplir con deber estatal de proteger los derechos de la persona con capacidad restringida, asegurar las garantías mínimas del procedimiento, proveer a su protección jurídica cuando exista colisión con los intereses de sus representantes y efectivizar toda otra disposición establecida en la normativa *supra* legal, federal y provincial vigente. el principio de tutela judicial efectiva, consagrado en arts. 8 y 25 de la CADH y receptado en el art. 706 del CC y CN.

VI.1.6- No obstante todo lo reseñado, nada de esto sucedió en el presente caso. Los antecedentes demuestran que el hecho de que la denunciante manifestara la incapacidad de su hija fue suficiente para que se renunciara a indagar sobre lo sucedido desde la visión de la joven, conocer la voluntad de <M.M.M.> para realizar la denuncia e incluso, ya en la decisión de avanzar en la investigación, se incumplió en establecer las particulares características de ella y la mejor forma de que participara del proceso.

Es claro que la vulnerabilidad de una persona que padece una discapacidad impone al Estado un deber de diligencia reforzado para el acceso a sus derechos. Por ello, no luce exagerado que la existencia de una condición de discapacidad conlleve, en un primer momento, que la actividad estatal se inicie en base a presunciones; por ejemplo, el deber de investigar si la denuncia que realiza el representante de una persona con discapacidad es posible. Por ello, so pretexto de cumplir con el deber estatal de proteger los derechos de <M.M.M.>, parece razonable que la noticia *críminis* dada por la señora <S.M.L.>, en tanto madre de una joven que se denuncia como con

discapacidad, sea suficiente para activar la intervención estatal.

En esta misma línea, el deber de procurar la investigación y sanción de una eventual situación de abuso de personas con discapacidad, justifica que con pocos requisitos quede habilitada la intervención de la participación complementaria de los y las defensoras tutelares. Sin embargo, tal como se requiere escuchar a los NNyA y procurar su participación sustantiva sin presuponer su incapacidad, frente a casos de personas adultas con algún tipo de discapacidad, los actores estatales implicados, deben cumplir con el deber de analizar adecuadamente cuál es la situación de la supuesta víctima, la verdad de lo sucedido y, eventualmente, su posición sobre el hecho de la denuncia, poniendo un sistema de apoyos adecuado a su real condición. No detenerse a comprobar este elemento en una investigación de este tipo, implicaría suponer en todos los casos la incapacidad absoluta de consentir una relación sexual -una especie de indemnidad sexual por tener alguna discapacidad- y, sobre todo, reemplazar en todos los casos la voluntad de la presunta víctima para realizar la denuncia.

La necesidad de realizar este tipo de medidas, lejos de ser un requerimiento teórico o hipotético, surge explícita en este caso. La importancia de conocer qué sucedió desde la visión de <M.M.M.>, así como su voluntad de denunciar, se evidenció como necesaria a poco de avanzado el proceso. En efecto, aquellos que son reconocidos por las autoridades como “representantes legales” de <M.M.M.>, poca claridad brindaron: la madre de ella, la señora <S.M.L.>, luego de la denuncia en abril de 2020, se presenta ante la justicia con una retractación, alegando que fue el progenitor de <M.M.M.> quién la obligó de denunciar (declaraciones de fecha 16/6/2020 y 18/6/2020). La declaración del progenitor de <M.M.M.>, el señor <M.P.R.>, nada aporta sobre la existencia del hecho. Y frente a esto, a la presunta víctima se le toma una declaración en Cámara Gesell sin relevar sus necesidades y sin ningún ajuste adicional a sus capacidades en fecha 27/7/2020. Es decir, hasta el debate oral, momento en que la Defensoría -con buen criterio- procura este diagnóstico para definir cuál debía ser su participación, nunca se determinó qué nivel de asistencia requería <M.M.M.> para participar del presente proceso; mucho menos las características de un eventual sistema de apoyo que garantice su derecho a la adecuada protección judicial.

Este paso, esencial en un proceso de este tipo, no sólo por el hecho sino por las características de la persona presuntamente afectada por él, determina un vicio que no puede ser soslayado ya que invalida el proceso desde la declaración de la víctima en adelante.

La posición del Ministerio Público Fiscal de presuponer la incapacidad de <M.M.M.>, dándole valor a la palabra de la madre

de ésta, la denunciante, y además omitir establecer un sistema de apoyos adecuado para indagar realmente su posición subjetiva frente al hecho investigado, dañó al proceso y debilitó la posición de <M.M.M.> como sujeto de derechos. Tal como señala la Defensoría de Niñez, Adolescencia y Capacidad restringida, conocer a través de un informe diagnóstico adecuado su capacidad de comprensión y madurez era esencial para el avance del proceso, como garantía de todas las personas involucradas.

A la vez, afectó los derechos del imputado, quien enfrentó una denuncia sin que se estableciera adecuadamente la existencia de los requisitos legales que habilitan el inicio de un proceso penal por el delito de abuso sexual en tanto no quedó adecuadamente establecida la capacidad de denunciar este hecho por parte de aquellos que se tomaron como representantes legales.

VI.1.7- Esta omisión, que pasó inadvertida para el juez de instrucción primero y por la Cámara Conclusional después, no puede ser validada por esta instancia en tanto de este informe dependen actuaciones procesales relevantes y conducentes al debido proceso al que tienen derecho tanto la presunta víctima como el presunto responsable del hecho. Surge evidente, en esta instancia, que sin este elemento es imposible validar el debate y su resultado, que en definitiva es lo que se encuentra en crisis en el presente recurso de casación.

El Tribunal *A quo* no tuvo elementos que puedan configurar como válida la participación de <M.M.M.> en el proceso, en tanto se presupuso su incapacidad y con ello, se invalidó su calidad de sujeto de derechos. Se la asimiló, sin justificación alguna, a la situación jurídica de una persona menor de edad y se omitió cumplir con los derechos que tiene, en tanto joven mujer con un retraso madurativo, incumpliendo con ello buena parte de los derechos fundamentales que posee.

En ese marco se aprecia que la sentencia así dictada presenta un severo déficit que la descalifica como acto procesal válido, en razón de ser resultado de un proceso en donde se ha omitido considerar expresamente las capacidades de una persona adulta con una discapacidad al momento de tener por iniciado un proceso de abuso sexual. Empezar el debate oral sin el conocimiento de esta circunstancia relevante y esencial para el proceso, a saber la real situación de discapacidad de la joven <M.M.M.>, produjo una clara afectación de la garantía del debido proceso y defensa en juicio de las personas directamente implicadas en él.

Esta omisión es un defecto absoluto invalorable que puede ser declarado de oficio y en cualquier instancia por el Tribunal que lo advirtiera (cfr. arts. 185 y 186 inc. 2 procesal). El perjuicio que irroga la indebida omisión es incuestionable y justifica la declaración de oficio de la

nulidad: de considerarse de forma adecuada la capacidad de la joven <M.M.M.> podríamos estar ante una denuncia inicial inválida, para beneficio del imputado, o mejorar su investigación y sanción del presunto hecho de abuso sexual, para beneficio de los derechos de la víctima quien sin este diagnóstico no verá garantizada su adecuada participación en el proceso. Todo lo cual comprueba sin mayor esfuerzo la clara relevancia del paso omitido de realizar.

A propósito del tema, se recuerda que esta Corte tiene dicho que *"...en el régimen de nulidad impera el principio de trascendencia, por el cual para el progreso de un planteo de nulidad es menester que el vicio formal se traduzca en un perjuicio cierto e irreparable, que no pueda subsanarse sino con esta sanción. Sobre el particular, se expresó que 'Es que en virtud del principio de trascendencia una de las exigencias fundamentales para que proceda la declaración de nulidad de un acto procesal es la existencia de un perjuicio concreto, o sea la limitación de un derecho del justiciable vinculado en forma inmediata al buen orden del proceso y en forma mediata, a las garantías que son su causa; por consiguiente tanto en el caso de una nulidad relativa como de una nulidad absoluta es menester la demostración de un perjuicio real y concreto (cfr. CSJN Fallos 323:929)... En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que 'la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo interés formal de cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia' ('in re' 'Castro Roberts, Óscar Alberto s/ Robo de automotor en concurso real con tentativo de robo -causa N° 8786- rta. el 15/11/88').*

En mérito a lo expuesto, corresponde declarar de oficio la nulidad del proceso llevado adelante desde la declaración de <M.M.M.> en adelante, al igual que todos los actos que fueran su consecuencia (art. 191 CPPT). Y corresponde, en consecuencia, reenviar los autos a la Fiscalía interviniente para que realice nuevamente el control de admisibilidad de la denuncia realizada por la señora <S.M.L.>, conforme lo aconseje el sistema de apoyos para <M.M.M.>.

También es pertinente dejar aclarado que, lo aquí resuelto no implica en modo alguno adelantar opinión ni fijar posición respecto de alguno de los otros aspectos traídos a estudio en el recurso casatorio analizado.

VI.2- De conformidad a la conclusión *supra* arribada se considera inoficioso ingresar a analizar los agravios esgrimidos por la impugnante tendiente a cuestionar los fundamentos del fallo en recurso que declara nulo su alegato por considerarlo defectuoso por no cumplir con lo dispuesto por el art. 155 del CPPT.

VII.- Con relación a las costas en la instancia,

atento que la declaración de nulidad dispuesta se emite de oficio por esta Corte y sin petición de parte, considero que no cabe considerar como vencida a ninguna de las partes y retrotrae a un estadio inicial la presente causa, no corresponde la imposición de costas.

VIII.- Atento a las necesidades relevadas en el presente caso, corresponde convocar al Ministerio Público Fiscal a que defina un protocolo de actuación referido a la tramitación de los casos que impliquen a las personas con discapacidad en calidad de víctimas.

A las cuestiones propuestas el señor Vocal doctor Antonio D. Estofán, dijo:

Estando conforme con los fundamentos dados por el señor Vocal preopinante doctor Daniel Oscar Posse, sobre las cuestiones propuestas, vota en igual sentido.

A las cuestiones propuestas el señor Vocal doctor Daniel Leiva, dijo:

Estando conforme con los fundamentos dados por el señor Vocal preopinante doctor Daniel Oscar Posse, sobre las cuestiones propuestas, vota en igual sentido.

Y VISTO: El resultado del precedente acuerdo y habiendo dictaminado el señor Ministro Fiscal, la Excma. Corte Suprema de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Comercial Común, Civil en Familia y Sucesiones y Penal,

RESUELVE:

I.- DECLARAR DE OFICIO LA NULIDAD de lo actuado en el presente proceso desde la declaración de la presunta víctima en autos en adelante, **dejando sin efecto** las resoluciones adoptadas desde dicho momento. En consecuencia, **reenviar** los autos a la Fiscalía interviniente para que retome la tramitación desde dicho momento cumpliendo conforme lo considerado.

II.- COSTAS como se consideran.

III.- DIFERIR regulación de honorarios para su oportunidad.

IV.- CONVOCAR al Ministerio Público Fiscal a definir un protocolo de actuación referido a la tramitación de los casos que impliquen a las personas con discapacidad en calidad de víctimas, conforme las normas relativas a su

capacidad.

HÁGASE SABER.

SUSCRIPTA Y REGISTRADA POR LA ACTUARIO/O FIRMANTE EN LA PROVINCIA DE TUCUMÁN, EN LA FECHA INDICADA EN LA CONSTANCIA DE LA REFERIDA FIRMA DIGITAL DE LA ACTUARIO/O. ME

NRO. SENT.: 305 - FECHA SENT.: 31/03/2023 Firmado digitalmente por: CN=FORTE Claudia Maria C=AR
SERIALNUMBER=CUIL 27166855859 FECHA FIRMA=31/03/2023 CN=POSSE Daniel Oscar C=AR
SERIALNUMBER=CUIL 23126070039 FECHA FIRMA=30/03/2023 CN=ESTOFÁN Antonio Daniel C=AR
SERIALNUMBER=CUIL 20080365749 FECHA FIRMA=30/03/2023 CN=LEIVA Daniel C=AR SERIALNUMBER=CUIL
20161768368 FECHA FIRMA=31/03/2023