

Expediente I.P.P. catorce mil novecientos sesenta y cuatro

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro._____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los veintisiete días del mes de Febrero del año dos mil dieciocho, reunidos en su Sala de Acuerdos, los Señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, Doctores Gustavo Ángel Barbieri, Guillermo Alberto Giambelluca y Pablo Hernán Soumoulou, para dictar resolución en la **I.P.P. Nro. 14.964/I** del registro de este Órgano caratulada: "**C.,E.S. y Otros s/ abandono de persona agravado y encubrimiento**"; y efectuado que fue el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por la nro. 12.060) resultó que la votación debe tener lugar en este orden **Barbieri, Giambelluca y Soumoulou**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es justa la resolución apelada?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: A fs. 615/618 interpone recurso de apelación la Sra. Agente Fiscal, Dra. Olga Herro contra la resolución dictada a fs. 566/614 -por el Sr. Juez a cargo del Juzgado de Garantías nro. 2 Departamental Dr. Guillermo Gastón Mercuri-, por la que no hizo lugar a la elevación a juicio requerida y dispuso el sobreseimiento de los coimputados.

Se agravia por considerar que los denunciados poseían conocimiento sobre los riesgos a los que se exponía a la víctima, al autorizarse su egreso de la institución bajo la responsabilidad de su hermano, en tanto habían recibido información sobre ataques de tenor sexual que habría padecido la niña (en otras

oportunidades en que había salido temporalmente de la institución con ese familiar), y que -aun sabiendo esas circunstancias- no dieron noticia a las autoridades permitiendo que la retirara nuevamente, siendo que en esas oportunidades se produjeron los hechos de abuso sexual, que culminaron en un embarazo que fue interrumpido por una práctica abortiva.

Entiende, a diferencia de lo sostenido por el Magistrado, que estando acreditado el delito, resulta aplicable también la agravante propuesta, dado que el daño requerido se habría producido por los padecimientos propios de los abusos sexuales sufridos y las consecuencias que esas vivencias tienen sobre la salud de la víctima, destacando que por la existencia de esas consecuencias lesivas sobre su salud, la psicóloga interviniente ha considerado imprescindible que la niña reciba tratamiento de esa especialidad.

Con independencia del aspecto psicológico, sostiene que el aborto que tuvo que serle practicado, constituyó -también- un grave riesgo para la salud y la vida de la joven, y que esa operación ha sido consecuencia derivada del abandono (que atribuye a los coimputados).

Respecto al delito de encubrimiento, entiende que los coencartados tenían -por su función- el deber de denunciar, pues la víctima estaba bajo su tutela, y que por ello estaría configurado el ilícito previsto en el art. 277 inc. 1 ácpite "d" e inc. 3ero. acápite "a" del C.P.

Solicita la revocación del auto y que se disponga la elevación a juicio de la investigación

Analizados los agravios y el contenido de la resolución, propondré al acuerdo hacer lugar -parcialmente- al recurso, por compartir la razones expuestas por el Ministerio Público Fiscal en sus dos primeros agravios, vinculados al delito de abandono de persona agravado, por el que debe elevarse a juicio la I.P.P.

En cuanto al planteo relativo al encubrimiento, considero que el mismo es inadmisible.

Como anticipé, se encuentra acreditado en autos que V.Go., Asistente Social del Patronato de la Infancia sieto en Zapiola 875 de Bahía Blanca, junto con su director A.L., la Maestra coordinadora E.S.C. y el Psicólogo de dicha institución E.G., desde los primeros días del mes de julio del año 2008, abandonaron a su suerte a la menor discapacitada mental allí internada, G.N.S., propiciando las salidas para mantener contacto con sus familiares pese haber tomado conocimiento que la menor refería que en la casa de sus familiares era abusada sexualmente. Que a partir de ello realizaron una reunión el 24 de julio de 2008 con J.E.M. -hermano de S.- de la cual se labró un acta en la que el citado refirió que su hermana, le había contado, que un tío la habría tocado, siendo que no respetaría demasiado los límites. A pesar de ello no formularon denuncia alguna ni lo pusieron en conocimiento del Tribunal de Menores nro. 2, a cargo de la menor, autorizando -pese a ello- las salidas con su hermano en el período del receso invernal de 2008, en donde se reiteraron los abusos sexuales, para así en el mes de septiembre de 2008 constatarse que la menor discapacitada estaba embarazada. Como consecuencia de ello se debió practicar un aborto (no punible para quienes participaron), poniendo en riesgo la salud física y mental de la menor.

Destaco que, si bien el Ministerio Público Fiscal describió en su imputación que los coencartados "pusieron a la víctima en situación de desamparo", entiendo que la naturaleza omisiva del conjunto de conductas y la posición de garante que -por su función- se les adjudica a los coprocesados (con los consecuentes deberes que de ella emanaban), debe ser considerada un supuesto de abandono a su suerte de la menor incapaz de valerse.

Debo señalar que esa modificación en nada altera el núcleo argumental que el que se basan las razones expuestas por el Ministerio Público Fiscal y sobre las que ha versado la oposición de la defensa, siendo que -por el contrario-,

los fundamentos expresados por la acusación, sobre los que se ha ejercido el derecho de defensa, constituyen esa clase de omisión; no provocándose ningún tipo de alteración esencial en los eventos por los que se acusara, ni en la valoración de la prueba efectuada por la Agente Fiscal para justificar la elevación a juicio que requiere (siguiendo los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia Nacional al resolver en causa "Sircovich, Jorge Oscar s/ defraudación por desbaratamiento de derechos acordados" S. 1798.XXXIX, del 31 de octubre del 2006).

En lo que hace a la acreditación de los hechos -con el grado de probabilidad requerido para elevar la causa a juicio- se valora la denuncia efectuada por M.F.P. -a fs. 1/4 y su testimonio de fs. 17/19-, donde relata los hechos de los que tomó conocimiento por parte de la víctima, quien le contó que había sido abusada por sus familiares en el marco de una de las salidas de la institución bajo la responsabilidad de su hermano -J.E.M.-. La denunciante expresa que los coimputados, cuya función era la de tutelar su bienestar por su condición de vulnerabilidad, habían tomado conocimiento de la ocurrencia de eventos similares, pero que sin embargo, no habían adoptado ninguna acción para evitar que se reiteren, ni efectuado denuncia alguna, ni anoticiado al Juez de Menores, habiendo a su vez, permitido que continuaran los egresos de la niña, bajo el cuidado de su familiar.

En concordancia con lo narrado por la víctima, en el curso de la investigación se pudo determinar que -efectivamente-, los coimputados tenían conocimiento de que la niña había padecido -en sus egresos- eventos vinculados a intromisiones en su libertad sexual y que sin embargo no lo pusieron en conocimiento de las autoridades correspondientes, ni evitaron que continuaran la salidas de la institución con el acompañamiento de su hermano, abandonándola a su suerte en un entorno peligroso del que, por sus características psico físicas no podría resguardarse ni valerse por sí misma.

Así -a fs. 248/349- M.F. empleada del patronato de la infancia, declaró que "...una semana antes de las vacaciones de julio del año 2008... una de las nenas internas del patronato le comentó a una compañerita mas grande de edad, que S. les había contado que el hermano la llevó a la casa de una persona que le había tocado. S. padece de un retraso mental que la hace ser aniñada y cuando dice 'tocar' se entiende que es relativo al Sexo...".

La testigo narró que, al tomar conocimiento de ello, se presentó ante el Director L. y le contó lo que había oido, y luego se lo informó a Go. y a C., quienes le dijeron que "...iban a hablar con S. cuando volviera de la escuela..."

A fs. 350/351, S.M.M., integrante de la comisión directiva del patronato de la infancia, relató que "...Cuando S. regresó de una de las visitas a la casa de su hermano refirió que su hermano la había llevado a la casa de un tío que la había manoseado, pero luego hablando con M. -hermano de S.-, él dijo que el tío estaba borracho y que le había manoseado sino que se le había tirado encima...".

A fs. 28 obra copia de la declaración testimonial prestada por M.T.P., preceptora de la sección "Nenas" del Patronato de la Infancia, quien expuso que "....en el mes de julio tomó conocimiento a través de L.H. (amiga de la joven S.) que esta última le había contado que cuando ella iba de visita a la casa del hermano J.... allí hay un tío (del cual no sabe el nombre) que la insulta, le dice cosas feas, insultos (no especificando que clase de insultos)... Inmediatamente le comunicó lo sucedido al servicio técnico del patronato y al director del mismo, A.L....".

En el mismo sentido declaró G.F., que se desempeñaba en el Patronato como ayudante de cocina, que "...L.H. le comentó que a la dicente que S. me comentó que fue a la casa de su hermano y allí había un tío (por parte del hermano), que este le dijo groserías y S. no le gustó, por eso S. anda mal, preocupada y angustiada...".

A fs. 14 luce copia del acta de la entrevista que los cuatro coimputados tuvieron con el hermano de la víctima, J.E.M., el día 24 de julio de 2008, luego de que tomaran noticia de los comentario realizados por la niña. Allí consta que él les explicó que "...en ciertas ocasiones S. ha salido a los hogares de tíos paternas y de un tío paterno, H.M., de quien comenta que tiene 46 años, alcohólico, que en dos ocasiones no respetó los límites, y a que toma y se sobrepasa. Una vez pasó con su señora, habiéndolo hablado el Sr. M., y otra vez pasó con S.. Estos hechos no los ha denunciado para no complicar la situación familiar. Hace más de un mes S. misma le contó a su hermano que "había sido tocada" por el señor H.M.. A partir de ese momento no han vuelto a ese lugar...".

Se dejó constancia, también, en el acta citada, que se le requirió "...que a S. la cuide ya que por su retraso manifiesto puede estar en riesgo ante personas que se pueden aprovechar...".

Al prestar declaración en los términos del artículo 308, todos los coimputados reconocieron haber estado en esa reunión y haber tomado conocimiento de lo comentarios de la niña y de la explicación brindada por su hermano, aun cuando sus versiones difieren respecto a qué curso de acción consideraba cada uno que debía adoptarse y las razones por las que incumplieron con su deber de interrumpir las salidas de la niña, o de poner en conocimiento de la situación a la autoridad competente.

En ese sentido, Go. -a fs. 176/182- y C. -a fs. 170/175- declararon que no hicieron la denuncia porque L. -a quien identifican como una persona autoritaria- se los prohibió y que era él quien decidía con exclusividad sobre las autorizaciones para que los menores salgan de la institución. Por otro lado, L. -a fs. 264/272 vta- y G. -a fs. 273/280 vta.- refirieron que el primero le ordenó a Go. que presentara el acta en el Tribunal de Menores y que ella no cumplió.

Sin perjuicio de esas versiones, entiendo que ninguna de las justificaciones resulta suficiente para restar responsabilidad a los coacusados, especialmente si se tiene en cuenta la particular función de tutela y cuidado que tenían sobre la niña, por la finalidad de la institución para la que trabajaban y por las especiales dificultades que presentaba la víctima para valerse por sí misma.

En el caso de C. y Go., el hecho de que L. les hubiera referido una "prohibición", no las eximía de adoptar las medidas necesarias para poner en conocimiento de la autoridad (Fiscalía y Juzgado de Menores que la tenía a disposición) lo narrado por la niña y evitar que continúe concurriendo a los lugares donde decía que era sexualmente agredida.

En lo referente a G. y a L., entiendo que la mera referencia a la asistente social para que presente el acta en el Juzgado de Menores, tampoco quita su responsabilidad en la omisión de actuar por sus propios medios, para que intervenga en los hechos de los que tomaron conocimiento la autoridad competente y para lograr que cesen los egresos de la niña a los lugares donde podría estar expuesta a riesgos para su salud.

Más reprochable resulta la omisión de hacer saber a las autoridades judiciales, desde el momento que continuaron permitiendo las salidas, pues de haberlas suspendido tal vez podrían haber creído que el riesgo había cesado.

Igualmente y en ambas hipótesis, resulta inexplicable que no hayan ordenado un amplio reconocimiento médico a la niña con el fin de obtener mayor información sobre la posibilidad de un ataque sexual (acá me reitero lo que es más reprochable desde el momento que no hicieron saber lo acontecido a las autoridades judiciales y que tampoco suspendieron los egresos).

Por ello, considero que todos los coimputados, habiendo tomado conocimiento de las situaciones vividas por la menor y el riesgo de reiteración que existía -de continuarse con las salidas y sin la intervención de la autoridad-, tenían el

deber, por su especial posición de garantes, de evitar que la niña continuara con sus egresos, sumado a que debieron procurar la intervención del Tribunal de Menores y el Ministerio Público Fiscal (resultando escalofriante pensar que muy probablemente ello hubiera evitado el embarazo no deseado de la niña y la posterior práctica abortiva).

La omisión de hacer cesar en forma efectiva las visitas de la víctima a los lugares donde, contó, había sufrido tocamientos; constituyó un abandono de la joven -sobre la que los coimputados tenían una especial responsabilidad y que no podría valerse por sí misma- en una situación objetivamente peligrosa para su persona, encuadrable en el delito previsto en el artículo 106 del C.P., en la que efectivamente ha sufrido un grave daño en su salud.

Al respecto, jurisprudencialmente se ha expresado que "...El abandono de persona constituye un delito de omisión impropia cuya configuración requiere desde lo objetivo la puesta en peligro de la vida o la salud de una persona incapaz de valerse derivada de la colocación en situación de desamparo o del abandono por parte de quien tiene obligación de mantenerla o cuidarla y la posibilidad objetiva de evitar el riesgo por medio de la conducta debida y, desde lo subjetivo, el conocimiento de aquellos extremos, especialmente, de la situación objetiva de peligro, del deber y capacidad de actuar y de la posibilidad de evitación del resultado lesivo..." (TC0005 LP 74916 877 S 22/11/2016; Carátula: Villegas, Macarena Estefania s/ Recurso de Casación)

En ese sentido, considero que los datos con los que contaban los imputados permiten sostener que se evidenciaba una situación de peligro que objetivamente podría ser advertida por cualquier persona diligente, y que, por ello, los coenacartados pudieron representarse los riesgos que implicaba la permanencia de las salidas que realizaba la niña; también la posibilidad de evitar dejarla abandonada a su suerte ante el peligro en el que se encontraba al realizar esas salidas.

Especialmente si se tienen en cuenta, como mencioné precedentemente, las características de la persona que ha sido abandonada a su suerte ante un contexto objetivamente riesgoso, que era en ese momento menor de edad y que padece un retraso mental, lo que pone de relieve las menores posibilidades de defenderse o de protegerse (mayor vulnerabilidad); como -también- las características que -por su función- tenían los coimputados, quienes revestían una especial posición de garantes por trabajar en una asociación civil dirigida a tutelar a niños y niñas en estado de vulnerabilidad.

Dicha posición de garante permite razonablemente posar sobre los responsables, la expectativa de que apreciarían con especial cuidado y atención la situación de entorno social de las personas a su cargo, cuando egresaran momentáneamente de la institución; principalmente si existía información sobre posibles intromisiones o afectaciones de la libertad sexual de alguna persona sobre la que tenían su guarda, en las ocasiones en que es retirada de la institución por sus familiares.

Se encuentra acreditada, en ese sentido, la posibilidad concreta con la que contaban los coimputados de representarse el riesgo que corría la niña y las consecuencias que conllevaba la omisión de adoptar las medidas necesarias para evitar que la niña se exponga a ese peligro en la que han incurrido, lo que abastece el elemento subjetivo requerido por el tipo penal del artículo 106 del C.P.

Ello implica que el curso de acción adoptado por los involucrados quienes, teniendo un especial deber de garante sobre el bienestar de la niña y ante los datos brindados por ella, no intervinieron activamente para evitar que se vea expuesta a esos riesgos de los que tenían plena noción; han dejado abandonada a la víctima en una situación riesgosa, en un entorno donde relató haber sufrido diversos ataques a su libertad sexual y de los que -por su edad y por el retraso mental que posee- no estaba en condiciones de protegerse. Ello sin dar aviso a las autoridades

judiciales competentes, con el fin de evitar las graves consecuencias como las acaecidas.

El conocimiento que tenían resulta, entonces, suficiente para haber justificado un curso de acción distinto, ya que evidenciaba un contexto de peligro para la salud e integridad física de la niña del que debió habérsele brindado protección, evitando que ella quedara expuesta en soledad a posibles vivencias similares a las que había denunciado (o dicho de otra manera, graves sucesos que podían haber ocurrido o que ocurrirían a partir de los indicios que aportaban las manifestaciones de la joven).

Asimismo, considero que resulta aplicable la agravante propuesta, en tanto: los abusos sexuales sufridos, las consecuencias psicofísicas que conllevan sus vivencias -que han hecho que sea recomendado por la psicóloga interviniente que la niña realice imprescindiblemente un tratamiento lo antes posible- (fs. 116/118), el embarazo no deseado que debió soportar la niña y el posterior aborto realizado; configuran, a mi entender, un grave daño en su salud en los términos del segundo párrafo del artículo citado.

En ese sentido, la Sala III del Tribunal de Casación Penal Provincial ha expresado que "...Se configura la agravante del segundo párrafo del artículo 106 del Código Penal, si el daño producido en la salud de la víctima, -en el caso, desequilibrio psicológico complejo-, trasciende el mero peligro que supone la figura simple del abandono de persona..." (TC0003 LP 69482 198 S 03/03/2016; Carátula: Vera, Oscar Nahuel s/ Recurso de Casación).

Por ello, considero que la imputación por el delito de abandono de persona agravado se encuentra acreditada con el grado de probabilidad requerido para elevar la causa a juicio, respecto de los cuatro coimputados (Arts. 157, 337 y ccdtes del C.P.P.).

En lo que hace al agravio vinculado al delito de encubrimiento; considero, como anticipé, que resulta inadmisible; es que la recurrente se ha limitado a reiterar la posición que sostuvo en su requisitoria de elevación a juicio y en la vista de fs. 564/565, sin atacar los argumentos expuestos por el Magistrado para rechazar dicho encuadre legal y sin hacerse cargo de las razones ofrecidas por el Magistrado.

Entonces, en este tramo, el remedio no se ajusta a las exigencias requeridas en los arts. 421 segundo párrafo y 442 primer párrafo del Código Procesal Penal, en tanto, al no rebatirse los fundamentos expuestos por el Magistrado, carece de fundamentación argumentativa independiente y adecuada que habilite a este Tribunal, a ingresar a su tratamiento y ejercer en consecuencia el control pretendido (arg. art. 434 del Rito; v. en el mismo sentido I.P.P Nros. 9094/1 "García"; 9416/1 "Moreno"; 10114/1 "Contreras"; 10.139 "Flores"; 10358/1 "Ayala" y 11518/1 "Duarte" de esta Sala I, entre otros).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Por compartir sus mismos fundamentos, voto en igual sentido que el Doctor Barbieri.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Sufrago, por compartir sus motivaciones, como lo hacen los colegas precedentes.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Atento el resultado alcanzado al tratar la primera cuestión corresponde declarar admisibles y procedentes los agravios relativos al delito de abandono de persona agravado, y declarar inadmisible el referente al delito de encubrimiento, disponiendo la elevación a juicio de esta I.P.P. por el primero de esos ilícitos.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Sufrago en igual sentido que el Doctor Barbieri.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Voto como lo hacen los colegas precedentes.

Con lo que terminó este acuerdo que firman los Señores Jueces nombrados.

R E S O L U C I Ó N

Bahía Blanca, 27 de febrero de 2017.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que no es justa la resolución recurrida.

Por todo lo expuesto este **TRIBUNAL, RESUELVE:** declarar admisibles y procedentes los agravios relativos al delito de abandono de persona agravado, y declarar inadmisible el referente al delito de encubrimiento, disponiendo la elevación a juicio de esta I.P.P. por el primero de esos ilícitos (arts. 157, 337, 439 y ccdtes del C.P.P.).

Notificar. Hecho, devolver a la instancia de origen.