

Reg:381 Folio:1991

En Pergamino, a los ... días del mes de octubre del año dos mil dieciocho, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Pergamino, para dictar resolución en la Causa N° 5072 (del propio Registro) caratulada "N.N. s/ Abuso sexual gravemente ultrajante - Menor de edad - IPP N° 9191/16" de trámite por ante el Juzgado de Garantías N° 1 departamental; habiendo resultado del sorteo correspondiente que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Dres. María Gabriela JURE, Mónica GURIDI y Martín Miguel MORALES, estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S:

I.- Se ajusta a derecho la resolución impugnada?

II.- Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la PRIMERA CUESTION la Sra. Jueza Dra. Jure dijo:

Apela el Sr. Defensor Oficial Penal Juvenil, Dr. Luis Vidal, la resolución obrante a fs. 288/99 y vta. en la cual fueran rechazados sendos pedidos de nulidad de las actuaciones y la Cámara Gesell como así también la oposición a la requisitoria fiscal, ordenando elevar a juicio la IPP N° 9191/16 seguida al joven Darío Monzón, por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, previsto en el art. 119 segundo párrafo en relación al cuarto párrafo inc. b del CP, no haciendo lugar al sobreseimiento impetrado.-

Se agravia el apelante sosteniendo el planteo de nulidad deducido en la instancia de origen, relacionado con la intervención de la defensa durante el proceso. Señala al

respecto que el a quo ha compartido que las notificaciones han sido erróneas, en virtud de haberse efectuado a la Defensoría de mayores, en el entendimiento de que ello abastece lo normado por el art. 202 inc. 3 del CPP.-

Realiza un relato pormenorizado de todo lo acontecido desde la denuncia hasta el presente, tal como lo hiciera en la audiencia celebrada en la instancia, marcando como punto neurálgico la puesta a disposición de la justicia de la notebook de su defendido, destacando que a partir de ese momento la Fiscalía tenía al joven -menor de 18 años- como uno de los posibles imputados; se dispuso la prohibición de acercamiento del menor, se realizaron dos audiencias de Cámara Gesell, y se continuó con la investigación en igual modo, pese a las advertencias efectuadas por el a quo sobre las previsiones de la Ley 13634 para evitar nulidades.-

Considera que el perjuicio es evidente porque la Defensoría de Mayores efectúa otra mirada sobre las causas, distinta a la del fuero específico de menores; y que la falta de oportuna intervención de la defensa minoril sella la suerte de la causa de todos los actos producidos sin su conocimiento, impetrando la nulidad de todo lo actuado, mínimamente a partir de la celebración de la segunda Cámara Gesell.-

En otro orden, afirma que la causa no debe pasar a la siguiente etapa por las mismas constancias que surgen de ella, puntualizando en particular los propios argumentos del a quo en cuanto sostiene que, analizadas las dos Cámaras Gesell llevadas a cabo, no se desprende prueba de cargo alguna en contra de su pupilo, surgiendo lo poco que existe del testimonio de terceras personas, ya que de los propios dichos de la menor nada puede advertirse en punto al hecho que pretende endilgarse a Monzón.-

Pone de resalto las particulares características de la supuesta víctima, hermana del imputado. Señala también que la niña hace referencia a otras supuestas personas -que nada tienen que ver con su pupilo- que no se investigaron, que fueron descartadas de plano, sin considerarse otro línea de investigación más que la direccionada a N.N..-

Concluye solicitando su sobreseimiento (art. 323 inc. 6 del CPP) atento que no es dable esperar que pueda producirse nueva prueba de cargo ni que el debate pueda aportar algo diferente a lo ya producido.-

Finalmente, y para el hipotético e improbable supuesto de que no se haga lugar a los planteos efectuados, se agravia también de la calificación adoptada finalmente por el a quo, en virtud de que a fs. 110 del legajo principal calificó el hecho en investigación como abuso sexual simple, para luego modificarla por una calificación más grave, sin que se hubiera producido ninguna prueba trascendente, disponiendo la elevación a juicio; impetra por ende el cambio de calificación legal.-

Ejerciendo su derecho al contraditorio que prevé la normativa de aplicación, replica los agravios el Sr. Agente Fiscal del fuero juvenil Dr. Oldani, manifestando que -tal como hiciera referencia el Sr. Defensor- fue la Fiscalía de mayores quien llevara adelante inicialmente la investigación del presente hecho, entendiendo que fue la manera correcta de cómo se debía proceder.-

Destaca que desde el inicio de la misma, no se podía determinar fehacientemente quien era el supuesto autor, habiendo varios sospechados de la posible comisión del ilícito.-

Señala que el de menores es un fuero de excepción, y como tal la causa debe tramitar en él cuando hay una persona claramente individualizada.-

Por otra parte, considera que el Sr. Defensor ha omitido valorar algunos elementos fundamentales que surgen de la investigación, en particular de la segunda Cámara Gesell, relacionados con los propios dichos de la menor víctima, quien manifestara que lo que ella tenía que decir ya se lo había dicho a la maestra, reproduciendo sus expresiones.-

Afirma que se trata de causas de muy difícil investigación, debiendo conformarse las pruebas a partir de los indicios y presunciones surgidas, y como en una primera instancia no era posible determinar fehacientemente al autor, la causa debía ser remitida al fuero de excepción una vez que se tuviera precisamente individualizado al menor como probable imputado, descartando ello cualquier tipo de nulidad como la pretendida, en virtud de haberse respetados las disposiciones de la normativa aplicable.-

En punto al sobreseimiento impetrado, solicita su rechazo y señala que se ha delimitado -con las pruebas incorporadas a la causa- los momentos en que los abusos han sido ocasionados a partir de los propios dichos de la víctima a su maestra.-

Finalmente, en cuanto al agravio referido a la calificación legal, considera que la misma mutó a partir de la circunstancia puntualizada, al haberse equiparado la práctica de sexo oral a la penetración por las vías anormales, habiendo valorado el a quo correctamente las pruebas producidas en la investigación, debiendo pasar a la etapa del debate en virtud de no existir certeza negativa sobre la participación del menor en el hecho para poder decretar su sobreseimiento.-

Teniendo a la vista las actuaciones y analizadas las mismas, propondré al acuerdo que se revoque la resolución recurrida, sin perjuicio de que el planteo nulificador introducido por el recurrente habrá de ser desestimado.-

Comenzando por este último aspecto, que guarda relación con la intervención, asistencia y representación del imputado (art. 202 inc. 3º del CPP), deviene obvio señalar que si a la postre el imputado resulta ser un joven menor de 18 años, correspondía que desde el momento en que surgió la primer sospecha en su contra se diera intervención a la defensa técnica específica del fuero (art. 31 de la Ley 13634).-

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en el artículo 40 inciso 3 que: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que hayan infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes". Asimismo, las Reglas de Beijing en la Regla 2.3 indican que: "En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores...". Entonces, de acuerdo con la normativa internacional el principio de especialidad exige leyes, procedimientos e instituciones específicas para niños, además de la capacitación específica para todas las personas que trabajan en el sistema de justicia juvenil".-

Ahora bien, el agravio invocado por el apelante en relación al punto en tratamiento se circunscribe a "... que la Defensoría de Mayores efectúa otra mirada sobre las causas,

distinta a la del fuero específico de menores ..." sin puntualizar perjuicio específico alguno, en que se hayan visto vulnerados los derechos y garantías del joven por la falta de oportuna intervención.-

Por otra parte, cabe destacar que desde el inicio, la investigación no estuvo orientada hacia el joven, sino que la denuncia que diera origen a las presentes actuaciones implicaba a su padre, consecuentemente con lo cual, no siendo posible determinar quien era el supuesto autor del delito denunciado, se dió intervención a la Defensoría Oficial, a la Asesoría de menores e incapaces y al CTA del FRPJ ante cada medida que se adoptaba en las actuaciones (fs. 43, 53, 103, 110, 111, 112vta., 113, 129, 132, 133/4, 136, 141) hasta que se inhibiera la Sra. Agente Fiscal interveniente (fs. 147/8), luego de que se llevara a cabo la segunda Cámara Gesell en relación a la niña.-

A mayor abundamiento, la mentada advertencia para evitar posibles nulidades señalada por el a quo (fs. 110) a que hace referencia el quejoso para que se sometiera la investigación al régimen de la Ley 13634, tuvo prudente respuesta por parte de la Titular del Ministerio Público Fiscal (fs. 112), al sujetarla a las resultas de la diligencia mencionada anteriormente.-

Consecuentemente, la nulidad pretendida no puede tener favorable recepción, y no obstante ello la suerte del recurso de apelación quedará sellada a favor del Sr. Defensor del fuero de menores a partir de los cuestionamientos efectuados sobre los elementos de cargo con los que se pretende sustentar el pase de la investigación a la etapa del plenario (fs. 275/8), al concluir que no son generadores -al presente- de un grado de convicción suficiente para su elevación.-

En efecto, el análisis que corresponde formular en orden al recurso interpuesto, es determinar si conforme las constancias probatorias colectadas se alcanza el grado convictivo requerido.-

Y ello no acontece en autos, y previendo que en el proceso no se incorporarán otros elementos para probar la existencia de los hechos y probable autoría o participación de Monzón, corresponde sobreseer al joven imputado.-

Asiste razón a la defensa en cuanto a que el único episodio a considerar sería el que surge del testimonio prestado por la docente Verónica Tolosa (fs. 100 y vta.), el que analizado en forma conjunta con las demás probanzas producidas en la causa, demuestra que no tiene relevancia suficiente, a los fines pretendidos por el Sr. Fiscal.-

La testigo relató una situación que se produjo en el ámbito escolar donde la niña le habría contado "cosas chanchas" (textual) a sus compañeros, para luego reproducirlas a la deponente, refiriendo que "... es cierto señó, mi hermano me mostró películas chanchas, que una mujer le chupaba las partes al hombre (...) mi hermano me dijo que se lo haga yo (...) guac, que asco, era re feo (...) y que en otra oportunidad ante la burla de un compañero la pequeña refirió que una vez nomás hice algo con mi hermano (...) le di un beso acá, en la boca ..." (textual).-

La misma docente, quien resulta ser la misma que tuviera en su curso a la niña en primero y tercer grado -cuando supuestamente habrían ocurrido los hechos, refirió (fs.83/85) que nunca notó nada o conductas extrañas en relación con lo que se investiga.-

Sin perjuicio de que tales manifestaciones en modo alguno permiten acreditar la versión de los hechos sostenida por la acusación que afirma que la niña realizó el acto hipotéticamente propuesto por su hermano, este episodio no fue corroborado ni ratificado por el relato de la menor en oportunidad de llevarse a cabo ambas Cámara Gesell.-

Por el contrario, en tales oportunidades se limitó a expresar que mantenía secretos primero con su padre, luego mencionó que con el grupo familiar, sin especificar ni aclarar a lo que hacía referencia, y menos aún lo que dijo la maestra.-

Con la observación de las respectivas Cámaras Gessell también pudo determinarse que a pesar de la pregunta inductiva de la psicóloga interviniente -formulada con total desapego a las buenas prácticas de abordaje de casos como el que nos ocupa- la niña contestó que su madre no la amenazó con nada ni con que pudiera pasarle algo, a ella o su familia; contrariamente con lo señalado por el Sr. Fiscal en su requisitoria de elevación a juicio.-

No puede soslayarse especialmente lo puntualizado por el recurrente, en relación a que el legajo investigativo se focalizó, a partir del episodio relatado anteriormente, en el joven N.N., dejándose de lado cualquier posible pesquisa sobre las demás personas mencionadas por la menor respecto de los restantes integrantes del grupo familiar primario o secundario (vgr. padre o tío), surgiendo de diversas constancias de las actuaciones, entre ellas la Cámara Gesel, que la niña hacía referencia a situaciones con personas mayores de edad, que su padre es malo, que hace cosas malas en el galpón, realiza dibujos de hombres grandes malos "como de 100 años" y marca la dualidad sobre que su tío es bueno y malo.-

Debo adunar, en relación a este aspecto, que al hacer referencia a la familia, la niña señala que "... convive con su madre, su padre y un hermano mayor. Que estos son buenos con ella. Que en una vivienda lindera reside un tío, quien "es bueno y malo", no dando cuenta de tal calificativo ..." (fs. 30/1).-

Tampoco puede desconocerse el informe realizado por la Médica de Policía (fs.178/183vta.) quien revisó a la niña, en el cual consignó expresamente que la pequeña no hizo mención, ni se constatan signos de abuso, agregando que le manifestó el deseo de volver a su casa.-

En igual sentido la Perito Psicóloga del Cuerpo Técnico Auxiliar del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil Karina Infazón (fs.32/34vta) dictaminó que la niña "No presenta signos de desarrollo psicosexual que no corresponda con lo esperable" y se advierte "capacidad intelectual inferior a las esperables para su edad".-

Las marcadas contradicciones advertidas en las constancias citadas, que difícilmente puedan despejarse en otra instancia, sumergen a la causa en un estado de orfandad probatoria, que sumado a que no se vislumbra la incorporación de nuevos elementos que fundamenten la imputación, me llevan a proponer al Acuerdo el sobreseimiento del joven N.N. solicitado por la defensa.-

Tal ha sido el criterio establecido al respecto por el Tribunal de Casación Penal provincial Sala Quinta, en la Causa N° 86.736 "G, M.J. s/ recurso de casación interpuesto por Agente Fiscal" (en relación a la N° 4543/17 del propio Registro) al señalar ".. que la Cámara entendió operativa la regla de clausura prevista por el inciso 6º del art. 323 del

C.P.P. (en función del inciso 4º). Esta causal de sobreseimiento fue incorporada a nuestro ordenamiento ritual por la ley 13.260 (publicada en el Boletín Oficial el 7 de diciembre de 2004), y se sustenta, no ya en las certezas sino en la ausencia de "motivo suficiente para remitir la causa a juicio", lo que habilita la aplicación del instituto cuando a pesar de llevarse adelante una completa investigación la hipótesis inicial atribuida al imputado no ha podido ser adecuadamente corroborada con el grado de probabilidad requerido por la ley. Esta norma viene a traspasar el sistema de control de la imputación, permitiendo verificar la suficiencia de los elementos de convicción aportados en el requerimiento fiscal de apertura del juicio. Si existe certeza o probabilidad negativa sobre la incriminación penal (o su análogo procesal llamado duda insuperable), corresponde el sobreseimiento del imputado (art. 323 incs. 2, 4 y 5). En cambio, si carecemos del nivel de conocimiento necesario para este auto conclusivo pero, tampoco logramos un cuerpo de datos que permita sostener una probabilidad positiva respecto de la responsabilidad penal de autor en el hecho o la existencia del hecho, también corresponde sobreseer (Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires Comentado, Héctor Granillo Fernández Gustavo A. Herbel, Edit. La Ley, Tomo II, 2da edición, pág.181). (...) En definitiva, no advierto que la conclusión del tribunal haya importado la violación a las normas que regulan la valoración de la prueba, por lo que corresponde el rechazo del recurso de casación. Se advierte, pues, que la causa transita un estado de duda insuperable que en virtud de los principios procesales del favor rei e in dubio pro reo, no permiten pasar los obrados a la siguiente etapa de juicio, toda vez que las diligencias investigativas se han acabado habiendo fenecido todos los términos previstos por el

art. 282 del C.P.P., y no previéndose la incorporación de nuevos elementos de cargo (Arts. 1, 106, 210, 323 inc. 4º y 6º, 373 y 532 del C.P.P.) ...".-

Sin perjuicio de la solución arribada, no puede obviarse la situación en que se ha visto inmerso el grupo familiar a partir del inicio de la investigación, que derivó en la separación de sus miembros con la menor alojada en un Hogar Convivencial, y el joven N.N., que tal como surge del informe psicológico realizado por la perito del Cuerpo Técnico Auxiliar (fs.212/214)vive prácticamente recluido en su domicilio, abandona la escuela, como también su práctica religiosa en la cual se desempeñaba como líder y organizaba actividades, sufre alteración sensoriales que llama "tics", transitando un trastorno en su estado de ánimo y cambio significativo respecto a su forma habitual de vincularse socialmente.-

Por ende, teniendo en consideración el nuevo paradigma de la legislación nacional e internacional relacionada con el fuero juvenil y el espíritu del que están imbuidas las normas que lo rigen, resulta sumamente atendible lo aconsejado en las conclusiones de la pericia psicológica-psiquiátrica practicada a la progenitora de los niños involucrados, en cuanto indica que "... se hace necesario e imprescindible la continuidad de los tratamientos especializados en curso, tendientes a fortalecer las estructuras psíquicas de cada uno y su funcionalidad en la dinámica relacional, así como el trabajo de revinculación y reconstrucción de los lazos (parentales y fraternales). No se descarta como conveniente un acompañamiento social periódico que garanticen cierta red de sostén, ordenamiento y apoyo ..." (cfr. informe de fs. 243/7), por lo que deberá intervenir el fuero de familia a los efectos pertinentes.-

Voto, en consecuencia, por la negativa.-

A la misma cuestión los Señores Jueces, Dres. GURIDI y MORALES, por análogos fundamentos votaron en igual sentido.-

A la SEGUNDA CUESTION la Sra. Jueza Dra. JURE dijo:

De conformidad al resultado habido al tratarse la cuestión precedente, estimo que el pronunciamiento que corresponde dictar es:

Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Sr. Defensor Dr. Vidal y en consecuencia revocar la resolución de fs. 288/99 y vta., disponiendo el sobreseimiento del joven N.N..-

Es mi voto.-

A la misma cuestión los Señores Jueces, Dres. GURIDI y MORALES, por análogos fundamentos votaron en igual sentido.-

Con lo que terminó el presente Acuerdo dictándose la siguiente

R E S O L U C I O N:

1) Hacer lugar al recurso interpuesto y en consecuencia revocar la resolución de fs. 288/99 y vta. disponiendo el sobreseimiento del joven N.N. cuyas demás circunstancias personales son de figuración en autos, por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, previsto en el art. 119 segundo párrafo en relación al cuarto párrafo inc. b del CP, en la IPP N° 9191/16 de trámite por ante el Juzgado de Garantías N° 1 departamental (arts. 323 inc. 6° y ccs. del CPP).-

2) Disponer que, desde la instancia de origen, se de inmediata intervención al Fuero de Familia a fin de que implementen las medidas necesarias para dar continuidad a los

tratamientos especializados en curso, tendientes a fortalecer las estructuras psíquicas de cada uno de los integrantes del grupo familiar y su funcionalidad en la dinámica relacional, así como el trabajo de revinculación y reconstrucción de los lazos (parentales y fraternales).-

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.-