

Cámara de Casación Penal - Resolución N° 256 – 28/10/2015 -

Causa: "**A., F. G. - Abuso sexual con acceso carnal agravado s/RECURSO DE CASACION**", Expte. N°267/15-F°39

(Año 2015- Jurisd.: Juzgado de Familia y Penal de Niños y Adolescentes de Chajarí)

Resolución N° 256

///-CUERDO:

En la ciudad de **Paraná**, capital de la Provincia de **Entre Ríos**, a los **veintiocho** días del mes de **octubre** del año **dos mil quince**, reunidos los señores Miembros de la **Sala N° 1** de la **Cámara de Casación Penal**, a saber: Presidente, Dr. **HUGO D. PEROTTI**, y Vocales, Dres. **RUBÉN A. CHAIA** y **MARCELA A. DAVITE**, asistidos por la Secretaria autorizante, Dra. **Claudia Geist**, fue traída para resolver la causa caratulada "**A., F. G. - Abuso sexual con acceso carnal agravado s/RECURSO DE CASACION**".-

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: Dres. **CHAIA, PEROTTI** y **DAVITE**.-

Estudiados los autos, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Son procedentes los recursos de casación interpuestos a fs. 214/253 vta. y 254/256?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué cabe decidir en materia de costas causídicas?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL, DR. CHAIA, DIJO:

I.- Mediante la resolución obrante a fs. 200/212 emanada del Juzgado de Familia y Penal de Menores de Chajarí -integrado en la oportunidad por la Dra. Mónica Liliana Olivi- se declara al menor imputado F. G. A., autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual con acceso carnal agravado -en perjuicio del menor S- D. M.- y se difiere la integración de la sentencia. Contra dicho decisorio, interponen recurso de casación el Dr. Jesús Edelmiro Díaz Vélez -Defensor del menor imputado, fs 214/253 vta.- y los Fiscales Dres. Eduardo Mondragón y Eugenia Molina -fs.254/256-.-

II.- a) En su escrito recursivo, el Dr. Díaz Vélez denunció una errónea valoración probatoria en la sentencia atacada, afirmando que la relación sexual investigada fue consentida. En autos, no se tuvo adecuadamente por probada la utilización de arma alguna, por lo que la calificación legal requerida por la acusación no tiene fundamentos. Finalmente, consideró que no se respetaron acabadamente los principios del Derecho penal juvenil.-

Por todo ello, solicitó la nulidad de la sentencia recurrida.-

II.- b) Por su parte, los Dres. Mondragón y Molina se agraviaron esencialmente por considerar infundada la calificación legal por la que se condena a A., por cuanto la Fiscalía había alegado por Abuso sexual con acceso carnal calificado por el uso de arma y privación ilegítima de la libertad con concurso real.-

III.- Al momento de llevarse a cabo la Audiencia, comparecieron la Dra.**LUCRECIA SABELLA** -a quien se le otorgó intervención en representación del Ministerio Pupilar por el imputado A. y el señor Procurador General de la Provincia de Entre Ríos, Dr. **JORGE A. L. GARCÍA**.-

Con la palabra el Dr. García, destacó que si bien existe recurso fiscal, expresamente desiste del mismo, por entender que estuvo motivado en discusiones dogmáticas relativas al concurso.-

En relación con el recurso de la Defensa, solicitó se confirme el fallo en crisis, por cuanto quedó claramente demostrado que los hechos existieron tal como los imputó la Fiscalía. Destacó que el tipo básico de los delitos contra la integridad sexual es no tener relaciones con menores, no deben ser objeto de ataques sexuales, existe a su respecto una protección mayor, paternalista, no hay posibilidad de considerar su consentimiento como válido ni mensurarlo como si fueran mayores. No solamente es una víctima especialmente protegida, sino que además es violentado, lo que constituye un plus de ilicitud. El relato de la víctima es absolutamente veraz, hubo aprovechamiento de su vulnerabilidad, y se le constataron lesiones.-

Luego de citar antecedentes, solicitó la confirmación de la sentencia en crisis.-

A su turno, la Dra. Sabella hizo propios parte de los argumentos esbozados en el recurso de la Defensa, en especial la gravedad de la falta de aplicación de todas las normas minoriles que rigen la materia, ni las de fondo ni las de forma, que se caracterizan por ser absolutamente garantistas y tutelares. No hubo participación del Ministerio Pupilar en el debate, la Fiscalía pidió su exclusión por mayoría de edad, y A. se encuentra sometido a proceso hace más de tres años sin régimen tutelar.-

Relató irregularidades en cuanto a la actuación del juzgado de Federal y el Copnaf, que llevaron a que A. sea finalmente juzgado como si fuera mayor de edad, sin tratamiento adecuado y sin considerarse su situación de vulnerabilidad. Hoy A. cuenta con 19 años, es otra persona, no es un niño, su situación de vida no es de las mejores, pero ha existido hasta aquí una omisión de intervención del Ministerio Pupilar. Citó jurisprudencia, y solicitó en base a todo lo expuesto, que se declare la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de remisión de causa a juicio.-

IV.- Resumidas las posturas de las partes habré de ingresar al tratamiento de los agravios expuestos por el recurrente.-

Teniendo especialmente en cuenta el desistimiento del recurso fiscal que se formuló al momento de la audiencia de informes en esta instancia, la cuestión a tratar se ha de limitar a los agravios planteados por la Defensa en su escrito promocional.-

a) Nulidad por falta de actuación del Ministerio

Pupilar: En esa faena, primeramente es de resaltar lo expresado en relación con la pretendida nulidad de lo actuado por la falta de intervención del Ministerio Pupilar en representación del menor imputado, planteada por el recurrente y sostenida en audiencia por la Representante de dicho Ministerio en esta instancia.-

Al respecto, es de recordar que el art. 59 del Código Civil -redacción anterior, según ley 340 y modificatorias- estipulaba que: "*A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación*".-

El actual Código Civil y Comercial -texto según ley 26.994-, en su art. 103 relativo a la actuación del Ministerio Público, establece que la misma, "*respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal*", aclarándose en el inc. a) que será complementaria "*en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto*".-

En autos, se observa que a fs. 95 obra Acta entrega del menor -de fecha 18/5/12, al otro día del hecho de marras-, el que es encomendado al Dr. Mandil como representante del Copnaf. Obran asimismo sendos informes de Copnaf -fs. 100 a 105, 107 a 111, 113 a 138, etc.-, que dan cuenta de la intervención del organismo respecto de A..-

Al momento de dictarse la prórroga de la internación -fs. 106, de fecha 18/6/12- intervino como representante del Ministerio Pupilar la Dra. Eugenia Molina, quien luego tendría intervención como Fiscal -por ejemplo, al momento de la extracción de sangre al imputado, y presentando el recurso de casación junto al fiscal Mondragón.-

En fecha 15/12/14 -fs. 16- se recibió el legajo en el Juzgado de Familia y Penal de Menores de Chajarí, dándosele intervención al Ministerio Pupilar; al momento de la Audiencia de remisión a juicio -fs. 8/10 vta.- actuó el Dr. Mandil por el Ministerio Pupilar, sin precisarse si lo hacía por el imputado o la víctima de autos.-

Finalmente, al llevarse adelante la audiencia de debate -acta obrante a fs. 159/163- no intervino el Ministerio Pupilar por el imputado. En la sentencia -fs. 200/212 vta.-, al momento de analizar la tercer cuestión, se pondera que a A. "*no se lo ha incorporado aún a tratamiento tutelar alguno*"; se especifica que ha tenido tratamiento tutelar incompleto, que no se ha cumplido con el año mínimo de intervención -lo que debe acreditarse en autos para valorar la necesidad de pena-, resolviéndose dar "*intervención a la asistente social de*

juzgado para su acompañamiento y supervisión". En el resolutivo, se ordena realizar las medidas socioeducativas que se le impongan, no obrando constancias sobre su cumplimiento o incumplimiento. -

Por lo tanto, no constando en autos la actuación del Ministerio Pupilar en la instancia de juicio -y considerando especialmente que dicha intervención no solo es a los efectos de ejercer la representación sino que se trata de un órgano de vigilancia y asesoramiento-, corresponde declarar la nulidad de lo actuado, debiendo reeditarse los actos viciados por dicha omisión, considerando asimismo que lo obrado sin dicha participación tampoco ha sido convalidado expresa o tácitamente en esta instancia; muy por el contrario, y remitiéndose al planteo de la Defensa recurrente, la Dra. Sabella en audiencia de casación interesó la **nulidad y el reenvío**, destacando una serie de aspectos que merecen un control específico por parte de quien debe cumplir esa función, más aún cuando estamos -como es el caso- frente a una sentencia inculminatoria respecto de un imputado menor de edad al momento del hecho.-

La doctrina ha precisado que la sanción de nulidad ante la falta de intervención del Ministerio Público *"es de carácter relativo; ello, en razón de que puede ser confirmada. Cuando hubieren sucedido actos disvaliosos en detrimento del representado, debe invocarse la nulidad. Estas nulidades solo pueden declararse a instancias de las personas en cuyo beneficio se establecen, que son las personas incapaces de ejercer sus derechos. En el caso de que el Ministerio Público tome conocimiento posterior de la realización de determinados actos sin su debida intervención, deberá invocar la nulidad de lo actuado, siempre y cuando el acto haya sido en detrimento de los intereses de la persona que se busca proteger y lo perjudiquen"* -CAMELO, G. y otros. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo I, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 218.-

Por lo tanto, atento a la mentada ausencia de representación suficiente por parte del Ministerio Pupilar en lo que al imputado respecta y sin importar si al tiempo del juicio ha alcanzado la mayoría de edad -recordando aquí, que es el acusado y no la víctima respecto de quien se ha admitido el cese de la representación promiscua-, puesto que se trata de juzgar actos anteriores, corresponde declarar la nulidad de lo actuado en esas condiciones, en consonancia con la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal provincial, *in re "L."* -sent. del 11/05/1995-, cuando estableció que *"tal omisión en ser llamado al debate ha implicado en la presente causa el máximo supuesto de indefensión de una 'parte legítima y esencial' del proceso (art. 59 cit.), que nulifica el mismo (arts. 59, in fine, y 494, C.C.) al haberse conculcado su derecho a la audiencia y a la prueba en forma total y absoluta"*. Ello así, por cuanto *"nos encontramos con una sentencia que ha resultado perjudicial para el menor interesado, la que ha sido dictada sin participación de la representación promiscua del Ministerio de Menores, imponiéndose ineluctablemente el dictado de la nulidad de los actos afectados"*.-

Asimismo, en autos "RJP" -sent. del 05/09/01-, el STJER declaró la nulidad *"... para permitir la insoslayable participación y control*

promiscuo de dicho órgano estatal de conformidad a lo establecido en las normas sustantivas de mención inobservadas. Como derivación del defecto sustantivo formal apuntado -que dejó fuera de la relación procesal en un momento decisivo a un sujeto esencial para el procedimiento ... donde los representantes del Ministerio Público de Menores debieron tomar cartas en el asunto, no solo para dictaminar, sino a efectos de aconsejar medidas probatorias y asistenciales y, en su caso correctivo" -del voto del Dr. Chiara Díaz-.-

b) Arbitrariedad de sentencia: Sin perjuicio de lo expuesto y de los efectos invalidantes sobre la resolución atacada, en atención al agravio expresado por la Defensa en su escrito recursivo, es dable remarcar que al momento de concretar la motivación requerida para sustentar un resultado condenatorio, esto es de evaluar el mérito de la prueba "reseñada", la sentencia arriba a una conclusión incriminatoria bajo una genérica afirmación, al tiempo de sostener: *"Lo que me lleva con el resto de las medidas descriptas y valoradas que a mi juicio aportan indicios claros, unívocos y suficientes sobre la responsabilidad penal del acusado"* (sic), ello sin observar que ese juego de palabras en realidad no puede ser sustento válido de dicha conclusión, pues en el fondo nada dice sobre la prueba a la que se refiere y que ha sido simplemente transcripta sin aditamento valorativo alguno, lo que a mi juicio termina por invalidar el razonamiento judicial atacado por cuanto, tal como lo ha señalado la Corte Federal: *"la falta de valoración de los elementos de prueba expresamente invocados y que pudieran tener una decisiva influencia en la resolución de la causa, priva de sustento a la sentencia recurrida"*, "VARANDO", CSJN, 02/12/04.-

Desde esta perspectiva, y dentro del modelo de construcción de verdades judiciales que hemos escogido en el marco del proceso penal, no es posible sostener que esta sentencia cumple acabadamente con su cometido de dar los "motivos" sobre los que asienta sus conclusiones teniendo en cuenta que la motivación exigida a los actos jurisdiccionales es el *"signo más importante y típico de la racionalización de la función jurisdiccional (Calamandrei, Proceso y democracia, p. 115 y ss.), obliga a enunciar el camino lógico recorrido por el juez para arribar a la solución, respetando los principios de razón suficiente, no contradicción y tercero excluido"* -"VERA", Sala Penal, STJER, 07/03/09- algo que no se ha cumplido en el presente.-

En este aspecto, no debemos perder de vista que el Estado se ha impuesto la obligación de motivar todas las decisiones jurisdiccionales como límite del accionar represivo y contracara del monopolio del ejercicio de la violencia. De esta forma, **la motivación no es sólo una garantía individual, es una garantía social en cuanto la justicia correctamente administrada permite el desarrollo en paz y la construcción de una sociedad integrada por hombres dignos, libres e iguales.-**

En este marco es dable esperar que cada vez que la justicia se pronuncie esgrima las razones que avalen sus decisiones, justifique la postura adoptada, motive la decisión tomada y con ello se impida que la decisión proceda exclusivamente de su poder, recordando que *"una sentencia para constituirse en un acto jurisdiccional válido no puede limitarse a un mero relato de circunstancias ofrecidas por el debate para derivar de ello la prueba de la participación delictiva del imputado,*

sino que tiene que interpretar y valorar el plexo probatorio exponiendo su motivación de modo coherente sin violentar los principios lógicos de razón suficiente, lo que no se cumple en el caso, por lo que corresponde declarar la nulidad de la sentencia con ese alcance" -CNCas. Penal, Sala IV, 23/2/00, "Gelmi, Mario A.", JA, 2000-IV-691.-

Así, y tal como enseñaba Rousseau, las organizaciones buscan normalmente legitimar sus decisiones y con ello consolidar su "poder" a través de algún tipo de "saber" sin acudir constantemente a la "fuerza" pues si fuera así, su uso intensivo las debilitaría. Tenemos entonces que, sea por mayor humanismo en evitar el uso de la violencia indiscriminada o por economizar energía, las sociedades buscan algún modo de consenso que dé cabida al "saber" como forma de resolver sus conflictos y dotar de "autoridad" a sus decisiones.-

Con ello es factible sostener que el saber prudencialmente exhibido en una sentencia más allá de configurar un deber republicano, resulta una inestimable contribución a la estabilidad y seguridad de las instituciones democráticas y un modo esencial de proveer el servicio de justicia y con ello de asegurar la paz interior. Se entiende entonces a la motivación como una conquista del pensamiento ilustrado que propone a la "razón" y no a la "fuerza" como principio de "autoridad" y legitimación de las resoluciones judiciales. En ese orden resulta vital que al dictar una sentencia el Tribunal exhiba el "saber" obtenido del juicio sin perder de vista que **la motivación opera como límite de toda decisión**, aspectos que como vimos, no se observan en la especie.-

De esta manera, reiterando lo ya expuesto, si bien los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por las partes, se consideran actos judiciales descalificables aquellos que omiten pronunciarse sobre cuestiones oportunamente propuestas y conducentes, o lo hacen mediante afirmaciones genéricas, meramente dogmáticas, sin referencia a los temas debatidos y sometidos a la apreciación del tribunal, actividad que importa lisa y llanamente la violación del debido proceso, tal como lo ha sentenciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en diversos precedentes, entre los cuales cabe mencionar los casos "PONCE", "RODRIGUEZ", "BENITEZ", "MARTINEZ", "CRESPIN" y otros tantos de igual tenor, llevando a sostener que la sentencia dictada en esos términos no constituye una derivación razonada del Derecho vigente con aplicación a las circunstancias de la causa.-

Por último quiero advertir que la motivación como garantía de garantías debe permitir verificar si se han cumplimentado los presupuestos esenciales del juicio pero además, comprobar si realmente las partes fueron "oídas" antes de la decisión y para ello es elemental contar con las razones que legitiman la hipotética condena, lo que -reitero- se muestra ausente en este fallo ante la adopción de una posición incriminante -materialidad y autoría- sin haber dado previa y eficaz respuesta a las hipótesis alternativas esgrimidas por la defensa en el plenario oral.-

En definitiva, la ausencia de motivación completa y exhaustiva de la condena y la falta de tratamiento de los planteos introducidos en debate por la parte acusada, en forma previa a dar por cierta la autoría material del hecho endilgado, hace que la respuesta expuesta en la sentencia no resulte "satisfactoria" o

"suficiente" desde el punto de vista argumental -CSJN, "CARRERA", 05/06/12- y con ello su nulidad se impone.-

Por todo lo dicho, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de la Defensa, y declarar la nulidad de la sentencia atacada, debiendo reenviarse las actuaciones a origen para que se reediten los actos y -mediando intervención adecuada del Ministerio Pupilar- se dicte un nuevo fallo conforme a Derecho.-

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta, el Señor Vocal, **Dr. PEROTTI** adhiere al voto que antecede.-

A su turno, la Señora Vocal **Dra. MARCELA A. DAVITE** expresa su adhesión al voto del Sr. Vocal, Dr. Chaia.-

A LA SEGUNDA CUESTION PROPUESTA EL SR. VOCAL, Dr. CHAIA, DIJO:

En relación a las costas, y atento a la decisión a que ha arribado este Tribunal, cabe que las mismas sean declaradas de oficio.-

Respecto de los honorarios, no corresponde su regulación en virtud de no haberlos petitionado el letrado interviniente -Dr. Díaz Vélez- en forma expresa.-

Así voto.-

A la misma cuestión propuesta, el Señor Vocal, **Dr. PEROTTI** adhiere al voto que antecede.-

A su turno, la Señora Vocal **Dra. MARCELA A. DAVITE** expresa su adhesión al voto del Sr. Vocal, Dr. Chaia.-

Con lo que no siendo para más, se dio por terminado el acto quedando acordada la siguiente **sentencia:**

HUGO D. PEROTTI

RUBEN A. CHAIA

MARCELA A. DAVITE

Paraná, 28 de octubre de 2015.-

SENTENCIA:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede;

SE RESUELVE:

I.- TENER POR DESISTIDO el recurso de casación interpuesto a fs. 254/256, atento a lo manifestado por el Sr. Procurador General de la Provincia en audiencia.-

II.- HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 214/253 vta. contra la sentencia de fs. 200/212 vta. -de fecha 05/03/2015-

, y en consecuencia, **ANULAR** la misma, reenviando las actuaciones a fin de que el Tribunal, debidamente integrado y renovando los actos pertinentes, proceda al dictado de nueva sentencia conforme a Derecho, art. 489 ss. y cc. del CPP.-

III.- DECLARAR las costas de oficio con excepción de los honorarios devengados por el Defensor particular del encausado Acevedo, los que serán a cargo exclusivo de su asistido.-

IV.- NO REGULAR los honorarios profesionales al letrado interviniente, por no haberlos petitionado en forma expresa -art. 97, inc. 1º Decreto Ley Nº 7046-.

V.- Protocolícese, **sirva la lectura de la presente sentencia en audiencia respectiva, como notificación válida** a todos los efectos por no encontrarse el encartado privado de su libertad personal; oportunamente, en estado, bajen.-