



**SE PRESENTA EN CALIDAD DE AMICUS CURIAE**

**A la Señora y Señores Ministros de la**

**Corte Suprema de Justicia de la Nación**

**S/D.-**

**Nicolás Laino**, DNI xxxxxx, y **Fernando Gauna Alsina**, DNI xxxxxxxx, en nuestro carácter de Vicepresidente 1° y Secretario General de la Asociación Pensamiento Penal respectivamente, con el patrocinio letrado de **Indiana Guereño** (XXXXXX) constituyendo domicilio en la calle XXXXXXXXXXXXXXXX de Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en formato electrónico en XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, nos presentamos en el expediente **CSJ 003987/2014-00 “DURAN, FAVIO GUSTAVO Y OTRO s/ABUSO SEXUAL - ART. 119 1° PARRAFO”** y decimos:

**I. OBJETO**

La Asociación Pensamiento Penal viene a expresar su opinión sobre el asunto debatido en este proceso, en los términos de lo dispuesto por la Acordada 7/2013 CSJN, esperando contribuir a la mejor resolución del caso.

Por un lado, porque se trata de la condena a 20 años de prisión impuesta a una mujer de 57 años y a su hijo de 31 años por delitos contra la integridad sexual en perjuicio de un niño y una niña respecto de los cuales no hay prueba contundente que hayan cometido. Al contrario, los elementos recolectados en la causa conducen a su absolución. Sobre todo porque solo se investigó a los imputados y se omitió investigar al ámbito familiar de los niños víctimas. Por el otro, las condenas fueron impuestas y confirmadas en el marco de un proceso penal en el que se vulneraron sendas garantías constitucionales.



## ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL

-Fabio Gustavo DURAN y su madre Lucía del Carmen OLMO fueron condenados por los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante calificado por la condición de guardador (varios hechos), en concurso real, en perjuicio de la niña D. A. N. y N. L. N.; y corrupción de menores calificado por la condición de guardador, dos hechos, en perjuicio de los menores D. A. N. y N. L. N., en concurso real, ambos delitos en concurso ideal (arts. 119 -segundo párrafo- en función del cuarto párrafo -inciso b- y art. 125 -tercer párrafo-, arts. 55 y 54 del código penal).

Ambos se dedicaban al transporte escolar de niños y niñas en la ciudad de Posadas, Provincia de Misiones. Esa actividad fue desempeñada sin problemas por la familia DURAN OLMO durante 15 años hasta que el día 17 de septiembre de 2007 fueron denunciados por Karina MONTEJANO y Néstor NUÑEZ. Los acusaban de haber abusado a sus hijos D. A. N. y N. L. N., de 4 y 5 años de edad respectivamente.

La niña, el niño y su hermano mayor N.N. eran transportados diariamente desde su casa hasta la escuela a la que concurrían por los imputados. Los supuestos abusos habrían sido cometidos durante ese traslado la mañana del día 14 de septiembre de 2007. Fecha en la que, según la denuncia, el niño y la niña no habrían asistido a la escuela pero sí habrían subido al transporte.

Karina MONTEJANO habría descubierto los abusos el día 16 de septiembre de 2007 cuando bañaba a los niños y notó que estaban lastimados en la zona genital. Las lesiones fueron constatadas por dos médicos el día 17 de septiembre de 2007. Según los profesionales, ellas podrían datar de 10 a 12 días atrás (fs. 5-6 y 583-585).

Actualmente, el denunciante de los abusos por los que fueron condenados DURAN Y OLMO, se encuentra acusado de cometer delitos similares en perjuicio de otras niñas.



En efecto, Néstor NUÑEZ, padre de L. y D., se encuentra imputado por el delito de abuso sexual calificado por el vínculo y abuso sexual calificado por la convivencia preexistente con una menor de 18 años.

Los hechos fueron denunciados el día 6 de julio de 2015 por Elvira Núñez, abuela de una niña que convivió con Néstor NUÑEZ cuando su madre, hoy fallecida, vivía con él. En el requerimiento de Instrucción la fiscalía señala que Néstor NUÑEZ abusaba tanto de la nieta de Elvira Núñez como de otra hija suya. La causa tramita en el mismo Juzgado de Instrucción Nº3 y Fiscalía de Instrucción actuante contra los transportistas condenados (Expte Nº: 75390/2015) aunque con una llamativa demora.

-En relación con las garantías constitucionales conculcadas, debemos decir que diversas irregularidades impidieron que Fabio Gustavo DURAN y Lucía del Carmen OLMO pudieran gozar del derecho a un **debido proceso**.

Si bien más adelante desarrollaremos con más profundidad las violaciones a las garantías constitucionales en las que se incurrió, entre las más significativas podemos mencionar:

**a.- la falta de imparcialidad de los jueces que impusieron la condena.** De la mera lectura de la sentencia condenatoria surge la manifiesta parcialidad del presidente del Tribunal Juan Enrique Calvo en contra de los imputados. Así el juez afirma *“Este caso no es uno más (...) porque en ellos vemos reflejados a todos aquellos niños que son sometidos a situaciones de abuso (...) además por la presión social que esta causa ha generado en los distintos ámbitos de nuestra sociedad (...) es menester hacer “JUSTICIA”, no sólo para las víctimas sino para la sociedad completa que tiene sus ojos puestos en estos señores jueces (...) esta debe ser una causa ejemplo (...) dejando de lado las motivaciones y pasiones personales”*. Se aduna a ello, la participación activa del juez para interrogar a los imputados. En total se efectúan 56 preguntas a OLMOS y DURAN. Lo mismo sucede con diversos testigos.



**b.- la falta de acusación clara y precisa sobre el delito y la participación de Fabio Gustavo DURAN y su madre Lucía del Carmen OLMO en el hecho juzgado.** La propia sentencia condenatoria admite la indeterminación e intenta suplirla violando el principio de congruencia al fallar sobre supuestos hechos que no fueron denunciados ni imputados;

**c.- la ausencia de prueba de cargo y la violación al principio de inocencia.** No hay pruebas contundentes en contra de Fabio Gustavo DURAN y su madre Lucía del Carmen OLMO. Por el contrario, la culpabilidad de ambos imputados fue construida a partir de una interpretación sesgada de los pocos testimonios que el tribunal decide valorar. En la sentencia condenatoria se han descartado al menos 20 testimonios relevantes contestes con la versión de la defensa. Todos ellos brindan datos relevantes que conducen a la absolución de los imputados.

**d.- la arbitrariedad de la sentencia condenatoria.** Como luego veremos en detalle, varios son los motivos que hacen arbitraria a la sentencia. Entre ellos debemos mencionar que el fallo se basa en los dichos vertidos por el niño y la niña en las entrevistas que les realizaron mediante una supuesta “cámara gesell”. En ellas los niños habrían nombrado como autores de los abusos a “Fabio y Lucy”. Sin embargo, de la transcripción textual de las entrevistas certificada por la Escribana Miriam Larrea en el ACTA DE CONSTATAACION. ESCRITURA NUMERO DOSCIENTOS UNO, de fecha 7/10/2011 -Escribanía Larrea. Calle Rivadavia 1642 Posadas Misiones-, surge que son las propias profesionales quienes introducen los nombres de los imputados en las entrevistas e inducen a los niños con preguntas sugestivas.

**e.- la violación al derecho de defensa.** Todo el proceso se efectuó bajo una evidente desigualdad de armas. Se ha denegado a la defensa la producción de más de 10 actos procesales relevantes. También se omitió notificarla de la realización de la Cámara Gesell antes y después de su realización. El propio Tribunal Superior reconoce tal extremo pero justifica la desigualdad del trato porque entiende que es parte del sistema procesal entonces vigente en la provincia de Misiones (textual).



**f.- la transgresión a la Convención sobre los Derechos del Niño.** L. y D. A. N. fueron sometidos a numerosos interrogatorios durante todo el proceso penal, en violación a sus derechos como niños. Como ejemplo debemos indicar que el mismo día en que Karina MONTEJANO efectuó la denuncia por el supuesto abuso en una comisaría de la Mujer, el niño N. L. N., de tan solo 5 años de edad, fue sometido en esa misma sede policial a un largo interrogatorio (surge del acta de debate que la policía lo retuvo “por horas”). Esta transgresión manifiesta a los derechos del niño fue ponderada en la sentencia condenatoria.

**g.- la transgresión a la determinación de la pena.** En la determinación de la pena impuesta de 20 años de prisión, los jueces efectuaron un inadmisibles derecho penal de autor y una doble valoración agravando la sanción mediante elementos ya contenidos en el tipo penal.

**h.- la violación al derecho a ser juzgados en un plazo razonable.** El proceso se inició hace 8 años y los imputados se hallan privados de la libertad desde entonces.

Por estas razones, solicitamos que se reconozca el interés general de este caso y se haga lugar al recurso de queja presentado por la Defensa Oficial, disponiendo lo que fuere necesario para que se resuelva favorablemente la situación de Fabio Gustavo DURAN y Lucía del Carmen OLMO; respecto de quién no hemos recibido financiamiento, ayuda económica de cualquier especie, ni asesoramiento para desarrollar esta presentación.

## **II. PERSONERIA**

Como lo acreditamos con la copia de los estatutos sociales y acta de distribución de cargos, que son fieles de sus originales y que se encuentran a su disposición, resulta que los suscriptos nos encontramos estatutariamente habilitados para obrar en nombre y representación de la Asociación Pensamiento Penal -(Resolución D.P.P.J. 9196) con domicilio legal en 111 Nro. 1716 de Necochea, provincia de Buenos Aires-.



### III. LEGITIMACIÓN

La APP es una entidad civil, sin fines de lucro, integrada por operadores del sistema penal (jueces, fiscales, defensores, abogados(as) de la matrícula, docentes y estudiantes) de todo el país, cuyos principales objetivos son la promoción, el respeto y resguardo de los derechos humanos. En este sentido, cabe traer a colación el artículo 2 del estatuto social de APP, que fija el objeto social de la entidad, y particularmente a sus incisos “a” (*Procurar mediante acciones positivas el afianzamiento de la justicia y de las instituciones democráticas del país*) y “e” (*Propender al progreso de la legislación en general y en particular la penal a fin que responda a la plena vigencia de los derechos humanos y el respeto de la dignidad individual*).

APP es responsable de la revista electrónica “Pensamiento Penal” ([www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar)) en la que se publican mensualmente materiales jurisprudenciales, doctrinarios, informes, etcétera, sobre la situación de los derechos humanos y de las personas privadas de su libertad, y otros temas relacionados íntimamente con el derecho penal en todas sus expresiones. También cuenta con un sitio web institucional ([www.pensamientopenal.org.ar](http://www.pensamientopenal.org.ar)) donde diariamente se publican las noticias relacionadas con el mundo penal y que son remitidas vía mail a unos quince mil contactos. Estas actividades tienen como objetivo ayudar, desde el espectro que le cabe abarcar, a la información de la población en general y de los profesionales del derecho en particular sobre derechos humanos y derecho penal, constitucional y penitenciario.

Como antecedentes más inmediatos y relevantes en este tipo de presentaciones, vale tener en cuenta los “*amicus curiae*” presentados ante esa Corte Suprema en los casos “**Verbitsky**” –acompañando la presentación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) denunciando el incumplimiento de la resolución dictada por ese Tribunal el 3 de mayo de 2005–, “**Tonore Arredondo**” y “**Jimenez Manrique**” –solicitando la



invalidez de las detenciones efectuadas por personal de Gendarmería nacional en zonas fronterizas de la República Argentina–.

Así también, los efectuados en los casos **“Penitenciarías de Mendoza”** –acompañando la acción promovida por las personas detenidas en situación de obtener libertad condicional, pero imposibilitados por haber sido declarados reincidentes, solicitando por acción declarativa de certeza la declaración de inconstitucionalidad de este instituto en la causa 93.267 del registro de la Corte Suprema de Mendoza–, **“Chena”** –acompañando el hábeas corpus colectivo presentado por el Defensor General de La Pampa ante el Tribunal de Impugnación pampeano por los traslados de personas privadas de la libertad dispuestos por el Servicio Penitenciario Federal fuera de la provincia– y **“Todarello”** –acompañando el habeas corpus colectivo promovido por la Defensoría General de la Nación a raíz de las paupérrimas condiciones de detención de las personas privadas de la libertad en la Unidad de Rawson–.

6

Entendemos que hemos demostrado el interés y la reconocida competencia de APP para intervenir como amiga del tribunal en esta causa, en virtud del constante compromiso, desde su constitución, con la lucha a favor de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho, el respeto irrestricto de las libertades ciudadanas y el resguardo de los derechos humanos. En especial, cuando se trata de la condena a 20 años de prisión impuesta a dos personas en forma arbitraria y en violación a vitales garantías constitucionales, que se encuentra en proceso y privadas de la libertad desde hace 8 años, por hechos gravísimos respecto de los cuales no hay prueba contundente que hayan cometido.

#### **IV.- HECHOS y PRUEBAS**



**IV.a) La condena.** Fabio Gustavo DURAN y Lucía del Carmen OLMO fueron condenados a la pena de 20 años de prisión por los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante calificado por la condición de guardador (varios hechos), en concurso real, en perjuicio de la niña D. A. N. y N. L. N.; y corrupción de menores calificado por la condición de guardador, dos hechos, en perjuicio de los menores D. A. N. y N. L. N., en concurso real, ambos delitos en concurso ideal (arts. 119 -segundo párrafo- en función del cuarto párrafo -inciso b- y art. 125 -tercer párrafo-, arts. 55 y 54 del código penal). Asimismo fueron condenados a abonar a los actores Karina MONTEJANO y Néstor NUÑEZ la suma de PESOS TREINTA MIL (\$ 30,000), en concepto de daño psíquico y moral.

**IV.b) Los abusos:** La sentencia condenatoria establece que el niño y la niña sufrieron abusos y ataques a su integridad sexual: *“ha quedado acreditado que los menores venían padeciendo el ultraje sexual desde el invierno del año 2007 aproximadamente, en atención a los datos que surgieran de las pruebas recolectadas. Se evidenció incontinencia de esfínter y descomposturas que los menores padecían, cambio actitudinal respecto de los mismos, temores, falta de interés de concurrir a la escuela, de alimentarse.- Todos ellos síntomas que denotan en las víctimas el sometimiento de índole sexual padecido”*. Se suma a los síntomas descritos, las lesiones físicas sufridas por el niño y la niña en la zona genital constatadas por dos profesionales médicos el día 17/09/07 que podrían datar de 10 a 12 días atrás (fs. 5-6 y 583-585).

**IV.c) Cómo se llega a los imputados:** el día 17 de septiembre de 2007 fueron denunciados por Karina MONTEJANO y Néstor NUÑEZ. Los acusaban de haber abusado a sus hijos D. A. N. y N. L. N., de 4 y 5 años de edad respectivamente. La niña, el niño y su hermano mayor N.N. eran transportados diariamente desde su casa hasta la escuela a la que concurrían por los imputados. Los supuestos abusos habrían sido cometidos durante ese





traslado el día 14 de septiembre de 2007. Karina MONTEJANO habría descubierto los abusos el día 16 cuando bañaba a los niños y notó lesiones en ellos.

**IV.d) La duda sobre la culpabilidad de Fabio Gustavo DURAN y su madre**

**Lucía del Carmen OLMO.** En todo proceso penal la inocencia se presume y no hace falta acreditarla porque es el juzgador quién debe probar la culpabilidad. En este caso, ocurrió lo contrario. El tribunal partió de la culpabilidad de los imputados, mientras que los imputados aportaron elementos que no fueron valorados y en algunos casos ni siquiera incorporados al proceso. De una lectura integral de las evidencias aportadas se comprueba que: el día 14 de septiembre de 2007 el niño y la niña no fueron transportados por los imputados (fs. 48 -53, 69, 75, 93-96); ambos realizaban su trabajo cotidiano en forma responsable y sin problema alguno (49-51; 65, 66); el niño y la niña sufrían diarreas y otros signos compatibles con abuso (48 -53, 56, 65-67, 90-95); la relación del padre y la madre con los niños llamaba la atención de los testigos (52, 56, 65-67, 93-95).

**IV.e) Cuestiones más relevantes que se omitieron investigar: la**

investigación estuvo conducida únicamente en una dirección, esto es: sólo se trabajó sobre la supuesta culpabilidad de DURAN Y OLMO omitiendo, de ese modo, investigar si en estas actuaciones se trató de un abuso intrafamiliar. A fs. 35 de la sentencia se reconoce este extremo cuando se afirma que en ningún momento la psicóloga interviniente se adentró en el ámbito familiar.

Tampoco se dio crédito a que la principal testigo en contra de los imputados, quien dijo ser Marisol GAMARRA y trabajar para Karina MONTEJANO y Néstor NUÑEZ, se presentó al proceso con una documentación adulterada en tanto bajo el DNI 18.138.384 se registra a la Sra. Lidia Pereyra. Durante todo el trámite no se ha podido establecer la verdadera identidad de quien dijo ser Gamarra. A pesar de ello, el tribunal no hizo lugar a la nulidad planteada por la defensa por entender que su identidad estaba



probada porque siempre se había presentado de la misma manera y que el estado civil se refiere a si es casado, soltero o divorciado pero no a su identidad.

Es claro que se siguió una sola línea de investigación y se descartó toda otra hipótesis posible.

**IV.f) Cuestiones que se omitieron valorar:**

Los siguientes testimonios (casualmente todos ellos, contradicen la sentencia) no fueron valorados:

1. Ana Laura Banffi, maestra L. (fs. 49) *“en marzo notó que Lian hablaba mal”*.
2. Maria Aurora Zarza, maestra de D. (fs. 52/53) *“Que el día viernes la nena no fue a clases, que preguntó a Fabio por la niña y dijo que no salió nadie en la casa. Que los transportistas siempre están al tanto de todo lo que sucede en la escuela. Que conoce a la familia de transportistas desde hace 6 años”*.
3. Patricia Lujan Mendez, ex maestra D. (fs. 65) *“La niña venía a veces sin bombacha, o la traía mal puesta o a veces el padre entregaba la bombacha para que se la ponga, Familia desorganizada, no se despegaba de su padre...”*.
4. Susana Beatriz Lacskeski, Vicedirectora (fs. 66) *“los miembros de la familia Durán, empresa semillitas tienen muy buen concepto, respetuosos y responsables, tienen comunicación diaria con el establecimiento sobre los menores, nunca tuvo quejas de los padres. En relación a D., el padre siempre la traía tarde, desalineada, la terminaba de vestir en la escuela”*.
5. Ramona Mabel Urbina, vicedirectora (fs. 67) *“Que la maestra Patricia Mendez, le relataba que cuando D. estaba en sala de 3 se despedía del padre con un beso en la boca”*
6. Hugo Daniel Zarza, Fotógrafo, (fs. 68) *“el día 14 llegó a la escuela el transporte conducido por Fabio y no vinieron los hijos de Montejano, si lo hicieron otros 3 niños”*.



7. Marta Cecilia Kasalaba Aveiro, madre niño transportado (fs. 69) *“el 14 de septiembre al acompañar a mi hijo a esperar el transporte veo que solo está Fabio, sin niños y le pregunto: “Fabio, se van solitos”, Fabio contestó “Si, los chicos de Itaembé, yo toqué bocina en la casa de ellos y no salió nadie entonces me vine”*
8. M. E. T., niño de 11 años (fs 75) *“hace más de un año viaja en el transporte semillitas, manejado por Fabio. Que allí viajan 6 chicos. Que el viernes 14 solo fueron 3 chicos en el transporte, que Fabio dijo que golpeó en su casa y no salió nadie”.*
9. Claudia Itati Acosta, madre niña transportada (fs. 93) *“el viernes 14 su hija no fue a la escuela, que ella conversó con Fabio y no vió a los chicos”*
10. Sebastian Matias Neese, kiosquero (fs. 96) *“D. y Lian no fueron a la escuela el viernes”*
11. Nérida Alicia Figueredo, madre niño transportado (fs. 209) *“su hijo viaja actualmente en el transporte. Que tiene total confianza en ellos, comportamiento intachable”*
12. Alba Alicia Duarte, madre niños transportados (fs. 211) *“conoce a Lucy desde hace mucho, sus hijos dijeron que nunca les retaron o hicieron algo”*
13. Elizabeth Georgina Sosa, madre niña transportada (fs. 212) *“se contactó con la empresa de Lucy por recomendación de otras madres. Que sus hijos nunca se quejaron de nada”*
14. Claudia Andrea Janssen Harms, Profesora de inglés de N.N. (fs. 219) *“el día 14 el estuvo ausente, que ella trabajó con colores y el no estuvo”.*
15. Gladis Beatriz Polis, trabajó en la casa de Montejano y Nuñez (fs. 254) *“el marido nunca trabajó, siempre dormía o miraba tele, jugaba de manera extraña con los chicos, al manoseo, gallito ciego o la ropa escondida. Que cuando los chicos iban al baño él les atendía y me mandaba que yo haga mis actividades, la limpieza.*



16. Graciela Elena Montero, vecina de Olmo, (fs. 948) *“el día 14 de septiembre vió a Lucy a las 10 de la mañana regando las plantas”*

17. Ruben Hillebrand, pileta natación, (fs. 964) *“Fabio el día viernes 14 paso por la pileta...”*

18. Melina Judith Feliu, vecina de Montejano (fs 951) *“conoce a los transportistas y son gente muy buena, que ella nunca tuvo problemas y sus hijos no comentaron nada, que sus hijos los querían mucho porque los trataban muy bien. Que veía en la escuela a los niños Montejano, que el niño era muy retraído, que cuando llegaba Nuñez este chico era como que le tenía miedo, que esto observó en el patio de la escuela.”*

19. Graciela Virginia Silva, madre de niño transportado (fs. 990) *“le recomendaban varias familias diciendo que eran buenas personas. Que nunca tuvo problemas con ellos.*

20. Mirta Elizabeth Baez Ubeda, madre de niña transportada (173-175) *“según la empleada el día 14 Lucy vino sola a buscar a su hija, no había otros niños en el transporte”.*

-Además no se tuvieron en cuenta los informes ambientales de Fabio Duran y de Lucia Olmo, ambos normales.

#### **V.- FUNDAMENTOS:**

A partir de los hechos y pruebas mencionados en el punto anterior, aportaremos nuestro punto de vista sobre las garantías constitucionales vulneradas en este proceso penal.

**V.a)** En relación con las garantías constitucionales conculcadas, debemos decir que diversas irregularidades impidieron que Fabio Gustavo DURAN y Lucía del Carmen OLMO pudiera gozar del derecho a un **DEBIDO PROCESO**.

Entre las más significativas podemos mencionar:



**a.- Violación a la garantía de IMPARCIALIDAD.** De la mera lectura de la sentencia condenatoria surge la manifiesta parcialidad del presidente del Tribunal Juan Enrique Calvo en contra de los imputados.

Desde el inicio, el juez parte del presupuesto de culpabilidad de los imputados, y no de la inocencia. Así el juez afirma *“Este caso no es uno más (...) porque en ellos vemos reflejados a todos aquellos niños que son sometidos a situaciones de abuso (...) además por la presión social que esta causa ha generado en los distintos ámbitos de nuestra sociedad (...) es menester hacer “JUSTICIA”, no sólo para las víctimas sino para la sociedad completa que tiene sus ojos puestos en estos señores jueces (...) esta debe ser una causa ejemplo (...) dejando de lado las motivaciones y pasiones personales”*.

Luego, el juez se erige en psicopedagogo, psicólogo y erudito de otras ciencias, a punto tal que se menciona a sí mismo como “maestro”. En la sentencia expresa *“las apreciaciones técnico jurídicas que he hecho en los párrafos pertinentes no son sino en el arte de construir una sentencia en que me he convertido primeramente en un aprendiz y luego en un maestro al expresar sinceramente lo aprendido, por ello vaya mi profundo agradecimiento a los bibliotecarios que me facilitaron el material y a los compañeros de trabajo que han dedicado su tiempo y su labor para que este fallo sea como quiere la ley y la sociedad...”*

Por otro lado, la vulneración a la garantía en cuestión se advierte en la desigualdad de oportunidades que se le otorgó a la defensa vedando su participación en actos probatorios fundamentales para su ejercicio. Se aduna a ello, la participación activa del juez para interrogar a los imputados. En total se efectúan 56 preguntas a OLMOS y DURAN. Lo mismo sucede con diversos testigos.



**b.- FALTA DE ACUSACIÓN CLARA Y PRECISA sobre el delito y la participación de Fabio Gustavo DURAN y Lucía del Carmen OLMO en el hecho juzgado.**

La propia sentencia condenatoria admite la indeterminación e intenta suplirla violando el principio de congruencia al fallar sobre supuestos hechos que no fueron denunciados ni acusados.

En función de que las pericias realizadas al niño y la niña, junto a diversos testimonios, darían cuenta que los abusos presentarían visos de cronicidad, el tribunal de oficio suma como supuestos hechos, los que habrían acontecido en otras fechas en agosto de 2007 pero sin especificar cómo, dónde ni en qué circunstancias habrían ocurrido.

Los imputados son llevados a juicio por hechos ocurridos el día 14 de septiembre del 2007 y luego fueron condenados por “varios hechos” que no fueron denunciados. Así el Juez *“induce” ...“como probables fechas en que se produjeron los hechos investigados el 15, 16, 17, 29 y 30 de agosto de 2007”*. Ello sorprendió a la defensa ya que en ningún momento pudo realizar su descargo al respecto, en tanto se trata de fechas que no fueron mencionadas ni en la indagatoria ni en el procesamiento o requerimiento de elevación a juicio como tampoco lo hizo el fiscal de juicio.

**c.- AUSENCIA DE PRUEBA DE CARGO Y VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE INOCENCIA.**

No hay pruebas contundentes en contra de Fabio Gustavo DURAN y su madre Lucía del Carmen OLMO. Por el contrario, la culpabilidad de ambos imputados fue construida a partir de una interpretación sesgada de los pocos testimonios que el tribunal decidió valorar. Vale decir, que en la sentencia condenatoria se han descartado al menos 20 testimonios relevantes contestes con la versión de la defensa. Todos ellos brindan datos relevantes que conducen a la absolución de los imputados.

Por otra parte esa culpabilidad se funda en dos yerros. El primer error fue tomar como válida la declaración del niño y la niña tomada en sede policial, primero, y luego en entrevistas realizadas bajo la denominación de “Cámara Gesell”, que no respetaron ni sus



formas, procedimientos, ni espacio adecuado. El segundo error surge de tomar como cierto el hecho de que L. y D. no hayan ido a la escuela la mañana del día 14 de septiembre de 2007 y que su hermano N.N. sí lo haya hecho. Esta circunstancia, al tomarla como cierta, le otorga al juez la posibilidad de afirmar que los imputados habrían cometido los abusos al quedarse solos con los niños esa mañana. Sin embargo, un análisis pormenorizado de la prueba demuestra que los tres niños faltaron a clase y no subieron al transporte ese día.

Veamos.

#### **c.1 Análisis de las entrevistas tomadas en “Cámara Gesell”:**

La sentencia condenatoria se basa en los dichos vertidos por el niño y la niña en las entrevistas que les realizaron mediante una supuesta “cámara gesell”. En ellas los niños habrían nombrado como autores de los abusos a “Fabio y Lucy”. Sin embargo, de la transcripción textual de las entrevistas certificada por la Escribana Miriam Larrea en el ACTA DE CONSTATAción. ESCRITURA NUMERO DOSCIENTOS UNO, de fecha 7/10/2011 -Escribanía Larrea. Calle Rivadavia 1642 Posadas Misiones-, surge que son las propias profesionales quienes introducen los nombres de los imputados en las entrevistas e inducen a los niños con preguntas sugestivas. Además, se les hizo una promesa de que si se proporcionaban algunos datos, la entrevista *“sería más corta y podrían irse lo antes posible a su casa”* (fs. 35 de la sentencia). A su vez, las propias profesionales reconocieron que no preguntaron ni ahondaron respecto del ámbito familiar del niño y la niña, ni la relación con su padre y madre.

Como si lo expuesto no alcanzara para cuestionar la validez de los supuestos dichos, debe tenerse en cuenta que al no encontrarse legislada la denominada “cámara gesell” en la Provincia de Misiones al momento de llevarse a cabo las entrevistas, ellas se tomaron a través de una “cámara gesell” improvisada. Esto es:



-sin personal idóneo ni protocolo de actuación;

-5 meses más tarde de ocurridos los supuestos hechos;

-sin las condiciones edilicias adecuadas, pues, algunas se realizaron dentro de una oficina común, no en la oficina forense, sin la tecnología correspondiente. Otra se realizó en un consultorio médico donde no sólo no había los objetos necesarios para la realización de este tipo de actos procesales, sino que además había objetos que el niño no podía tocar (vg. camilla y objetos médicos);

-una de las entrevistas debió ser interrumpida por las falencias del lugar. Los ruidos de la calle no permitían crear un ambiente adecuado. Además el niño veía las cámaras y se inquietaba por ello. En la declaración de la Licenciada Lacour, psicóloga del Cuerpo Médico Forense, se advierte dicha situación. Tanto es así que al deponer expresa *“yo trataba de repetir lo que escuchaba de él (refiriéndose al niño) decía porque pasaban los autos y se escuchaba aunque era de siesta”....“En la entrevista anterior se ve un vidrio, pero pudimos observar que el espacio continuo era muy chiquito para la gente y además se escuchaba, se sentía que había gente en ese lugar...Es llamativo como el niño mira a las cámaras en la primera entrevista...”*

- la Licenciada Mariela Rodríguez menciona también que el lugar no era el más adecuado, pues, no había juguetes ni colores. Al punto tal de decir que *“los chicos tal vez dibujaron de color azul el piso de la casa porque era el único color de fibra que teníamos para que dibujen”*

Todos los testigos que participaron en dicha experiencia son contestes con la situación antes descrita.

### **c.2 Equivocación sobre la fecha en la que se habrían cometido los hechos:**

La sentencia condena a los imputados tomando como fecha del hecho principal el 14 de septiembre del 2007, día en el que supuestamente L. y D. no habrían concurrido a la escuela





cuando su hermano N.N. sí lo habría hecho. Según la mamá de los tres niños, Karina MONTEJANO, esa mañana los habría preparado para que el transporte los pase a buscar y se enteró que los más pequeños no fueron porque las maestras de N.N. le dijeron que él sí fue a la escuela. Sin embargo, las maestras reconocieron que se confundieron de niño cuando le informaron sobre la asistencia de N.N. (declaraciones de Ana Laura Banffi, María Aurora Zarza, Patricia Luján Méndez, Susana Beatríz Laczeski). Además las declaraciones de los imputados y los testigos son contestes en que el 14 de septiembre de 2007 los niños no fueron a la escuela (ver más arriba **IV.f) Cuestiones que se omitieron valorar**). A pesar de ello, el tribunal condena en base a que los niños habrían estado solos con los imputados ese día a la mañana.

-En síntesis, la condena a los imputados desconoce que el estado de inocencia solo puede ser desvirtuado por prueba fehaciente y no por un conjunto de indicios ni premisas falsas (Fallos: 329:5628).

#### **d.- ARBITRARIEDAD DE LA SENTENCIA CONDENATORIA.**

La sentencia condenatoria es arbitraria no solo porque en ella se omite valorar más de 20 testimonios; se funda en nulas declaraciones de los niños y se toma como cierta una fecha de los supuestos hechos sin fundamento; sino que también lo es por basarse en conclusiones que el propio juez que lidera el acuerdo denomina científicas pero que no tienen tal rigor.

Por solo citar un ejemplo, a fs. 29 el juez utilizando terminología propia de otras ciencias concluye *"...las ansiedades persecutorias no podría atribuir las exclusivamente sobre la figura del padre del menor, creo sí que había elementos para pensar que el niño se sentía juzgado o descalificado ya que debe señalarse la importancia de las identificaciones con el mismo sexo, refuerza ello la presencia del pantalón, del pez espada dibujado por el padre, así como también la presencia de sentimientos de culpabilizarse, las que también se han*



*manifestado en el video porque en su inconsciente estaba la necesidad de un castigo y ello se patentiza también, la necesidad de un castigo, ante la imposibilidad e impotencia de ayudar a su hermanita D., cuando era abusada en su presencia”.*

Todas estas cuestiones son propias de una materia ajena al derecho penal. A pesar de ello, el Juez se erige en psicoterapeuta infantil. Así relata cómo funciona el inconsciente en un niño de 5 años; qué significado debe otorgársele al dibujo del pez espada, cuáles son los sentimientos de “culpabilizarse” (textual) y posteriormente efectúa un extenso relato de cuáles son los niveles de representación y transformación simbólica que tiene un niño de 5 años.

**e.- LA VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA.** Todo el proceso se efectuó bajo una evidente desigualdad de armas. Se ha denegado a la defensa la producción de más de 10 actos procesales relevantes. También se omitió notificarla de la realización de la Cámara Gesell antes y después de su realización. Además en varias oportunidades se le impidió ver el expediente. El propio Tribunal Superior reconoce tal extremo pero justifica la desigualdad del trato porque entiende que es parte del sistema procesal entonces vigente en la provincia de Misiones (textual).

**f.- LA TRANSGRESIÓN A LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.** L. y D. A. N. fueron sometidos a numerosos interrogatorios durante todo el proceso penal, en violación a sus derechos como niños. Como ejemplo debemos indicar que el mismo día en que Karina MONTEJANO efectuó la denuncia por el supuesto abuso en una comisaría de la Mujer, el niño N. L. N., de tan solo 5 años de edad, fue sometido en esa misma sede policial a un largo interrogatorio (surge del acta de debate que la policía lo retuvo “por horas”). Esta transgresión manifiesta a los derechos del niño fue ponderada en la sentencia condenatoria.

**g.- LA TRANSGRESIÓN A LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.** En la determinación de la pena impuesta de 20 años de prisión, los jueces efectuaron un inadmisibles derecho



penal de autor y una doble valoración agravando la sanción mediante elementos ya contenidos en el tipo penal.

**h.- LA VIOLACIÓN AL DERECHO A SER JUZGADOS EN UN PLAZO RAZONABLE.** El proceso se inició hace 8 años y los imputados se hallan privados de la libertad desde entonces (Fallos 272:188).

**VI.- PETITORIO:**

Por las razones expuestas, solicitamos al Tribunal que reconozca el interés público y general de este caso.

Que en función de ello, tenga por presentada a la Asociación Pensamiento Penal en calidad de Amicus Curiae, en tanto esta presentación reúne las exigencias previstas por la Acordada 7/13 de la CSJN.

Y que al momento de resolver, tenga en consideración lo manifestado, haciendo lugar al recurso de queja interpuesto por la defensa, disponiendo lo que fuere necesario para que se resuelva favorablemente la situación de Fabio Gustavo DURAN y Lucía del Carmen OLMO.

Nicolás Laino  
Vicepresidente 1°

Fernando Gauna Alsina  
Secretario Gral.

Indiana Guereño