PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

AUTOS: "S. S., P. M. s/Abuso sexual“ (expte. 21.309-72-2008).---

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 19 días del mes de octubre del año 2009, se reunió en Acuerdo en la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, presidido por el señor Ministro Alejandro Panizzi e integrado con los señores Ministros Jorge Pfleger y Fernando Salvador Luis Royer, para dictar sentencia en *"S. S., P. M. s/abuso sexual" (Expte. 21.309-Folio 72-T.II-2008)*.

El orden para la emisión de los votos que resultó del sorteo es el siguiente: Pfleger, Panizzi y Royer.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

**I.** Por consecuencia de la impugnación deducida por la Defensa Pública, ha venido a consideración de esta Sala la sentencia emitida por el Tribunal Colegiado de la ciudad de Comodoro Rivadavia, órgano que el 26 de febrero de 2008 condenó a D. Z. a la pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas de proceso.

La sanción fue el resultado de la determinación que lo halló autor material y penalmente responsable del delito de Abuso Sexual Simple agravado por el vínculo, un hecho, cometido en perjuicio de su hijo B. G. Z. en el domicilio de la calle P. nro. *** (Arts. 119, primer y último párrafo, en función del inc. b) del cuarto párrafo, 12 y 29 inc. 3ro. todos del C.P.)

**II.** Contra ella se alzó el Defensor Público, doctor Eduardo Marcelo Cerda, quien denunció, en

sostén de su recurso, que el Tribunal del juicio había realizado una nueva y sorpresiva construcción fáctica para alcanzar la condena, inobservando la indispensable correlación entre la acusación y la sentencia.

Afirmó que la "a quo" de manera: "... *inesperada, impensada, insospechada, imprevista...*", modificó la base fáctica que le posibilitó llegar a la punición de su asistido, contraviniendo la correlación que obligadamente debió existir entre la acusación y la sentencia.

Sostuvo que el menor hizo referencia, a lo largo de toda las entrevistas y en la Cámara Gessell, que su padre le había introducido el dedo en la cola, y tal circunstancia era conocida por los acusadores; pese a ello, ni en la acusación, ni durante el debate, hicieron referencia a dicha circunstancia, a pesar de contar con la anuencia de la normativa procedimental para poder incorporarla (arts. 291, 3er. párrafo y 322 del C.P.P.)

Consideró, con cita de Ángela Ledesma, que el nuevo hecho había conformado una acusación jurisdiccional que puso en jaque la imparcialidad del tribunal.

Puso énfasis en resaltar la claridad y precisión que debía contener la acusación que fijaba el objeto del juicio y permitiese el control del principio de congruencia derivado del de inviolabilidad de la defensa en juicio, consagrado en la Constitución.

Afirmó que no se pudo ejercer ese derecho porque

el Tribunal condenó por un hecho distinto que construyó en la sentencia y no fue impuesto al incuso durante el debate.

Recalcó que esa variación de la plataforma fáctica al momento de sentenciar agraviaba la máxima de la inviolabilidad de la defensa porque significó una sorpresa, ya que implantó datos trascendentes sobre los cuales el imputado y el defensor no pudieron expedirse.

Culminó, previa reserva que hizo del caso federal, peticionando que se anulara la sentencia impugnada y que se dispusiera la absolución de su asistido.

El señor Defensor General de la Provincia sostuvo esa posición durante la audiencia del art. 385 del C.P.P.

**III.** Al contestar el traslado que oportunamente le fuera conferido, la Fiscalía repelió la postura defensista, pues sostuvo que, en modo alguno, la calificación legal escogida por el Tribunal menoscabó el derecho de defensa, pues de suyo tanto el Ministerio Fiscal cuanto la querella imputaron al encartado el delito de abuso sexual “... (delito contra la integridad sexual) cometido en perjuicio de su hijo menor, B. Z., de 6 años de edad en un período determinado de tiempo y en el interior del domicilio del imputado, en ocasión que el niño iba de visita a la casa de su padre...”.

Si bien reconoció que se había acusado la penetración por vía anal y que la “a quo” se había

inclinado por el abuso sexual simple, recalcó en la amplitud de la acusación fiscal que contenía necesariamente acciones "... por las que a la postre se ha decidido su condena, encontrándose el hecho finalmente acreditado para los sentenciantes incluido por Ministerio de la Ley en la calificación de la figura más gravosa...".

Refirió, también, que el recurrente no había apuntado las defensas dejadas de usar por la aparente mutación, lo que, a su juicio, era obligatorio si se pretendía la anulación del fallo, pues no bastaba la expresión genérica. En este punto hizo hincapié en que en la generalidad de los casos, un abuso sexual comienza con tocamientos de contenido lúbrico que encuadran dentro del primer párrafo del art. 119 del C.P. y que, de no haberse logrado el acceso carnal, han de configurar el abuso sexual simple, o bien, de haberse continuado con ellos y cometer ilícitos de mayor gravedad contenidos en el art. 119 han de encuadrarse en el 2° ó 3° inciso del art. 119.

Desarrolló esa tesis en los párrafos que siguieron.

De allí siguió que al entenderse que no se había provocado el acceso carnal, se concluyó en que hubieron actos que menoscabaron la integridad sexual del niño y mencionó los sufragios de los doctores Pintos y Montenovo.

Citó doctrina en abono de sus dichos en cuanto a que el objeto de protección de ambas normas del art.

119 del C.P. es idéntico y por ende el autor puede ser responsabilizado por los actos cometidos durante el proceso ejecutivo.

Aludió, además, que el nuevo ordenamiento procesal permite expresamente en la norma del art. 332 variar la calificación del hecho al Tribunal de Juicio, siempre que no sobrepase los límites de la acusación, imponiendo la sola restricción de que no se lo condene por un precepto penal más grave o bien por un delito que no hubiere podido resistir la imputación.

Por fin, alegó que no había existido una variación manifiesta de la plataforma fáctica que acarree la nulidad por vulnerar las garantías del atribuido.

**IV.** Hecha esta semblanza de las posiciones que se han sostenido, pasaré a emitir mi voto que, lo adelanto, será proclive a la revocación de la sentencia.

Daré razones.

**IV. a.** Creo que un punto primordial en la inspección del caso lo constituye verificar si acaso se ha trasgredido, por el Tribunal “a quo”, el principio de congruencia; aquél que, protegiendo el ejercicio del derecho de defensa, exige correlación fáctica y jurídica entre intimación, acusación y sentencia.

Con relación a la ajustada coincidencia que debe existir respecto del hecho base del juicio, desde la imposición inicial que se realiza antes del

ejercicio de la defensa material del sospechado, pasando por la acusación, y culminando con la sentencia, ya me he expedido en causas anteriores

Al respecto tengo dicho desde antaño que no había disvalor procesal en que se hubiera constreñido la base de hechos de la imputación, lo que resultaba posible si así sobrevenía del debate y de la deliberación ulterior, sencillamente por que no causaba gravamen alguno. Empero, advertí, que lo grave -y sancionable- era expandir el aspecto atinente a los hechos sin que se dieran las previsiones del Código Procesal, por que ello vulneraba, sin dudas, el derecho a defenderse que posee el imputado.

Sostuve en el caso "L., S. y otro- A., D. A." (Expte. 92- folio 112- año 2003- Letra "A), que el principio de congruencia importa que el fallo se expida sobre el hecho y las circunstancias contenidas en la acusación que han sido debidamente intimadas y sobre las que – básicamente- tuvo ocasión de ser oído el atribuido, lo que implica vedar que aquél se extienda a hechos no contenidos en el proceso que garantiza el derecho a audiencia, sintetizado en la regla de correlación entre la acusación y la sentencia (claramente, al respecto, Julio B. Maier en su "Derecho Procesal Penal" T I. Pág. 568). Referí, en el caso, a la cita con la que el autor mencionado consignaba la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando exponía: "...La Corte Suprema Nacional, en sus

sentencias, parece requerir, como condición para casar el fallo, no solo la indicación puntual del elemento sorpresivo que se incluye en él, sino también las defensas concretas que se hubieran opuesto de no mediar la sorpresa y, en especial, los medios de prueba omitidos por esa circunstancia..”.

**IV. b.** La importancia de esta cuestión en el presente me ha obligado a formular un repaso sobre la jurisprudencia y la doctrina que estimo más ilustrada para resolver con justeza.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el carácter constitucional del principio de congruencia, como expresión de la defensa en juicio y del derecho de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos(ver M 1823 XXXII; Martínez, Marcelo y otros s/ infr. ley 11.723 y 22.362 - causa n° 27.009 17/03/1998.T. 321, P. 469).

Antes, la minoría había establecido que resultaba descalificable el pronunciamiento que - al afectar la congruencia que es necesaria entre el hecho comprendido en la acusación y el que fue considerado en la sentencia - no cumple la necesaria armonía que debe haber entre la declaración del derecho aplicable y los hechos verdaderamente comprobados (Disidencia de los Dres. Eduardo Moliné OConnor y Guillermo A. F. López en F 125 XXXII; Motta, Carlos Pedro. Fiscal s/ av. delito expte. n° 58.615.01/04/1997T. 320, P. 431)

La Corte ha señalado también que, si bien en orden a la justicia represiva el deber de los magistrados, cualesquiera que fuesen las peticiones de la acusación y la defensa o las calificaciones que ellas mismas hubiesen formulado con carácter provisional, consiste en precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, este deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyeron la materia del juicio ( en S. 710. XXXVI. "Silvera, Néstor Raúl y otros s/ p.s.a. de omisión de evitar tortura, seguida de homicidio y tortura cometida por negligencia, ciudad -causa N° 10/98 Voto de los Dres. Carlos S. Fayt, Adolfo Roberto Vázquez y Juan Carlos Maqueda 11/05/2004. T. 327, P. 1437).

Y en la misma línea que el principio de congruencia se vincula con la garantía de la defensa en juicio, ya que como regla el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos es incompatible con las garantías constitucionales, pues el juzgador no puede convertirse en la voluntad implícita de una de las partes, sin alterar el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria (ver Fallos 327 p. 1607).

**IV. b.** Los Tribunales internacionales han sentado criterio sobre este tema.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fermín Ramírez contra Guatemala" resulta

una herramienta útil para comprender la significación del instituto en lo que a nuestra materia concierne y marca un sendero que, por imperativo de nuestra filiación constitucional y los tratados a los que el Estado ha adherido, debe observarse.

Al respecto, se definió que: “...Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la “acusación” en el debido proceso penal *vis-à-vis* el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación.. El llamado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación.. Por constituir el

principio de coherencia o correlación un corolario indispensable del derecho de defensa, la Corte considera que aquél constituye una garantía fundamental del debido proceso en materia penal, que los Estados deben observar en cumplimiento de las obligaciones previstas en los incisos b) y c) del artículo 8.2 de la Convención...”

Luego de formular una semblanza del asunto y de las normas sustantivas y procesales aplicadas, la Corte Interamericana señaló que “...observa que, en la sentencia de 6 de marzo de 1998, el Tribunal de Sentencia no se limitó a cambiar la calificación jurídica de los hechos imputados previamente, sino modificó la base fáctica de la imputación, inobservando el principio de congruencia..Se pasó de la calificación de Violawción Agravada a la calificación de Asesinato..No coincide la dirección del dolo en ambos supuestos: en el primero, el *animus* es de
mantener acceso carnal, del que resulta la muerte del sujeto pasivo; en el segundo, es de matar, en alguna de las formas o a través de alguno de los medios que la ley prevé a título de agravantes. El Tribunal de Sentencia dio por demostrados hechos no contenidos en la acusación: la muerte dolosa producida por “asfixia mediante estrangulamiento” y la posibilidad del acceso carnal posterior a la muerte. No podría entenderse que esto significa un simple cambio en la calificación jurídica del delito, sino implica hechos diferentes de los que

constituyen Violación Agravada (artículo 175 del Código Penal). Así, se modificó la base fáctica establecida en la acusación, sin que el señor F. R. pudiera ejercer defensa alguna al respecto. Esta modificación sustancial trajo consigo la posibilidad de imponer, como efectivamentese hizo, la pena capital...”

Sobre el final de este punto que trató, se dejó sentado en la sentencia cuyos extractos se han copiado, que: “...El respeto al conjunto de garantías que informan el debido proceso y significan el límite a la regulación del poder penal estatal en una sociedad democrática, se hace especialmente infranqueable y riguroso cuando venga al caso la imposición de la pena de muerte...” (ver fallo en extenso en la página oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

**IV. c** Nuestra doctrina, desde antiguo se ha pronunciado en el mismo sentido.

El maestro Alfredo Velez Mariconde en su “Estudios de Derecho Procesal” Imprenta Universidad Nacional de Córdoba, Ed. 1956, páginas 116 a 124, al considerar la tópica de la “Correlación entre la Acusación y la Sentencia” vierte conceptos notables por su agudeza, síntesis y perennidad.

Considera que la regla “ne procedat iudex ex officio” tiene como correlato la máxima “ne est iudex ultra petita partium”, o sea que el Juez no puede condenar al acusado por un hecho diverso del que fuera objeto de la imputación formulada y sobre

el cuál versó la defensa. Y recalca: "...La sentencia debe referirse al mismo hecho imputado, al mismo acontecimiento histórico que el actor presupone, a la concreta conducta humana puesta en tela de juicio..." tratándose de una "...noción naturalística; de una entidad que está en el supuesto mundo de la naturaleza, que abraza todas las modalidades de esa conducta (incluso todas las relaciones espaciales y temporales), todo lo que puede dar base a la decisión judicial; de una noción procesal y no de derecho sustantivo...". Al respecto, destaca más adelante que "...Una cosa es afirmar la existencia de un hecho, de una conducta humana, de un acontecimiento histórico determinado que se presupone que tuvo realidad, y otra es evaluarlo calificarlo, ponerlo en relación lógica con la ley penal..." pues "...el Tribunal no juzga sobre la corrección del juicio jurídico penal

El ilustre catedrático precave no obstante que: "...no es preciso que exijamos una identidad absoluta o matemática entre los dos términos de la correlación, hasta el extremo de que deba referirse a las menores modalidades de la conducta humana, las cuales deben excluirse siempre que sean indiferentes o no puedan acarrear limitaciones ilícitas a la defensa; vale decir que la identidad de que se trata es natural mente relativa..." y con cita de Manzini estatuye sobre los criterios de aplicación en estos términos: "...No puede especificarse a priori en qué casos resulta modificado en su esencia, dependiendo

todo de la noción de los singulares delitos y de las contingencias concretas...” siempre que se asegure al imputado la posibilidad de defenderse con la plenitud de sus facultades respecto de todo elemento relevante de la imputación en forma de que se excluya cualquier sorpresa.

Esta unidad esencial, advierte Vélez, “...no se exige por amor a la simetría, sino para asegurar la defensa del acusado, para evitar que a este se lo condene por un hecho que no tuvo en cuenta...”; sólo se puede condenar al imputado, sin violar esta regla, por un delito más leve del que fue objeto de acusación, siempre que ésta se encuentre en él comprendido (las hipótesis menos graves que nuestro autor vierte citando a Massari).

**V.** Realizada esta semblanza, necesaria al menos para mí, iré al caso.

Según se desprende de la lectura de las acusaciones y del acta misma de la audiencia de debate, éste giro alrededor del sometimiento sexual del menor por parte del imputado, con acceso carnal. Ese hecho constituyó el reproche fáctico.

Persistieron el Ministerio Fiscal y la querella en que el niño había sido penetrado por el órgano viril de su padre en las circunstancias temporales y espaciales que, por otro lado, aceptó la sentencia.

Si bien es cierto que, interrogado en debida manera, el niño relató que “Q.” le había “metido el dedo en la cola”, los acusadores interpretaron, e insistieron repetidas veces, en que no había sido

el dedo de la mano sino el pene del imputado el que había horadado el orificio anal.

Hicieron hincapié en que el niño afirmaba que era el dedo sólo porque esa realidad escapaba al conocimiento de la víctima, tanto porque no había estado en posición de ver qué se le había introducido, cuanto por la ignorancia misma que por sus escasos seis años mantenía sobre las prácticas sexuales, lo que le impedía identificar la maniobra a la que había sido sometido.

Así, la declaración del niño en cuestión fue adunada como elemento de cargo, de carácter indiciario, para demostrar la perpetración del acceso carnal tal cual estaba contenido en la acusación.

Es más, la defensa negó, constantemente, la ocurrencia de ese hecho o cualquiera otro y debatió sobre la no producción de algún abuso sin que asomara – por su vía- otra alternativa.

Luego, la naturalidad, el hecho real puesto en polémica, mantuvo esos contornos que, en términos de recriminación, se sostuvo- como dije- a lo largo del debate.

La Cámara "a quo", valiéndose de la prueba ya referida y de la ausencia de identificación del semen que se había encontrado en la deposición fecal de la víctima, construyó la declaración que se puso en crisis.

Mutó, sin dar otras razones, la hipótesis que había fracasado, asumiendo otra que consideró

exitosa, pero que no había sido impuesta.

No brindó un argumento plausible que explicara esa mutación y cometió un error que debe ser enmendado, tal se verá más abajo.

Una digresión.

Pongo de resalto la aceptación fiscal del pronunciamiento que soslayó lo que aparece como una potente evidencia de violación anal: la aparición del semen, más allá de ignorarse su origen.

Si la posición se mantuvo inalterable, el actor público o la querella debieron articular los remedios extraordinarios para lograr la revisión adecuada sobre el modo de valorar la prueba; pero no lo hicieron.

Porque el semen, cualquiera su fuente, es producto de la eyaculación, fenómeno físico que importa la expulsión espermática del órgano sexual y que, naturalmente, solo se da en algunos animales machos y en el hombre.

Entonces, es de toda lógica que el ano de B. estuvo en contacto con un pene que pasó por las fases previas al fenómeno que produjo la impronta.

No acudieron, el Ministerio Fiscal y la querella, a adoptar una posición minorante en el alegato conclusivo, ni procedieron a formular una acusación alternativa que permitiera confutar sobre otro aspecto durante el juicio.

No ha de olvidarse que el Código Procesal Penal estatuye en el art. 291 a que el Fiscal y la querella, obligados a una relación clara, precisa y

circunstanciada del hecho punible, también pueden "...indicar alternativamente "...aquellas circunstancias del hecho que permiten encuadrar el comportamiento del imputado en una figura distinta de la ley penal, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica...".

Tampoco soslayarse que en el prólogo de la audiencia de juicio, declarado abierto el debate, se impone solicitar al fiscal y al querellante que expliquen sus pretensiones y señalen con precisión el o los hechos por el que acusan (art. 320 CPP) y que "...Durante el debate, el acusador podrá ampliar la acusación, por inclusión de un nuevo hecho que modifica el significado jurídico o la pena del mismo hecho objeto del debate...cuando ellos no hubieren sido mencionados en la acusación o el auto de apertura..." (art. 322 CPP), todo cuanto no se realizó en el caso allegado.

Y vuelvo a la sentencia.

Zanjar la duda sobre el hecho de la violación, para llevar las cosas al distrito del tocamiento como hecho natural, sin que- persisto- ello obedezca al logro de la defensa que consigue una mejor posición, rompe con el principio de correlación cuyo alcance he tratado de precisar en el punto **IV.**

No se trata, lo acontecido, de algunas de las hipótesis en que la mutación es aceptable pues no se altera un elemento esencial de la naturalidad con proyección jurídico penal; lo que aquí ha sucedido

es el rechazo de una hipótesis procesal y el cambio por otra, construida por el Juzgador al descartar el juicio de autoría sobre la primera, ajena a cualquier obra de la defensa.

Se me ocurre, para justificar el predicado, que, por ejemplo, pudo haber ocurrido violación y abuso en tiempos sucesivos. La introducción del pene o de un dedo en distintos momentos por un mismo autor u otros diferentes.

El Ministerio Público tomó la chance de cargar al atribuido con la comisión de un suceso que la “a quo” dio por probado en su materialidad, pero hesitó en términos de autoría, asumiendo otra de las factibilidades que hasta ese momento estaba excluida. He allí el yerro, según mi entendimiento.

Es cierto que en ambos preceptos jurídicos, el de la imputación y el de la sentencia, hay una identidad de bien jurídico protegido y el ánimo de “compromiso sexual” guía al autor de ambos injustos, pero debe entenderse que el plano de análisis no ha de verificarse en este aspecto que es ulterior a la determinación de los hechos.

Dos cosas hubieran permitido, a mi juicio, convalidar lo referido. Uno la ausencia de datos palmarios de agravio carnal. Otro la circunstancia de que la defensa no provocó la aparición de la circunstancia que cambió las cosas.

**IV.** Por lo expuesto, propongo se haga lugar a la impugnación interpuesta, se anule el pronunciamiento en cuestión sin costas, y se

absuelva al atribuido en relación con el hecho por el que fuera acusado, disponiéndose su inmediata libertad (art. 386 del CPP).

**Así sufrago y voto.**

El Juez **Alejandro Panizzi** dijo:

Los antecedentes del caso, los agravios contenidos en la impugnación y el relato de los hechos juzgados, han sido minuciosamente desarrollados por mi colega preopinante. De manera que, con el propósito de no cometer repeticiones ociosas, me remito a lo que anotó en el voto antecedente el doctor Jorge Pfleger.

Sin embargo, discrepo de la conclusión a la que arribó mi ínclito colega preopinante, porque estimo que la postulación defensiva, en cuanto a que la sentencia construye un nuevo y sorprendente hecho, establece una desmesura.

A Z. se le insimuló un hecho con la suficiente precisión de los detalles de tiempo, modo y lugar: penetró al niño en su ano. Lo hizo con algo, el pene, un dedo o un elemento romo. Es verdad que la acusación no especificó que fuera con el pene, lo hizo vagamente o de un modo que luego no pudo probar. Esa imperfección o falta de completitud no convierte a la acusación en ineficaz para que los jueces arribaran a la condena del modo en que lo hicieron.

Temo que el argumento defensivo es: la imputación es por un acceso carnal (un acceso carnal con el pene), pero los jueces tuvieron por

acreditado que se trató, en rigor, de un acceso digital, de modo que no ha sido posible ejercer defensa alguna. No es cierto. ¿Qué privó a la defensa de repudiar que el abuso sexual (en cualquiera de sus formas) se hubiera cometido?

Respuesta: nada.

Dicho de otro modo: la justificación contra la sentencia es que acusaron a Z. por acceso carnal (con el pene) y lo condenaron por acceso lascivo o lujurioso con un dedo. No se vislumbra el déficit para el ejercicio del derecho que se alega conculcado.

Acaso la defensa discrepó con el hecho que su contraria postuló y no probó íntegramente (no lo hizo con respecto a la totalidad del suceso porque no se acreditó que hubo acceso con el pene), pero esa divergencia no puede ser válida para desacreditar la porción del hecho de la acusación que los jueces tuvieron por efectivamente probada y la resolución que adoptaron en consecuencia. Y menos, para esgrimir que una defensa correcta no pudo ser ejercida en tales circunstancias.

De manera que hay correspondencia entre las pretensiones de las partes acusadoras formuladas en el juicio y los pronunciamientos del fallo. Porque el relato que se estableció en sendas acusaciones, aunque aparezca en fragmentos, incompleto o inacabado, coloca al acusado en el lugar y en el tiempo de los hechos y que, efectivamente, se tuvieron por probados. Como quedó claro, la

existencia de un abuso sexual en contra de la víctima es un hecho que no puede impugnarse con argumentos ni razones válidos.

En síntesis, voto en dirección a que el remedio defensivo debe ser desestimado y la sentencia confirmada en todos sus términos, con costas.

**Así voto.**

El Juez **Fernando Royer** dijo:

I. De acuerdo con el último párrafo del artículo 25 del Código Procesal Penal –Ley 5478– emitiré mi sufragio, con exclusión de toda referencia a los antecedentes del caso y a los agravios esgrimidos por el recurrente, merced a la minuciosa síntesis efectuada por el Juez Pfleger.

II.- Respondiendo al agravio planteado por la defensa de la violación al principio de congruencia, adelanto que habré de rechazar el mismo.

III.- La plataforma fáctica del juicio la constituyó la acusación efectuada por la Fiscalía y la querella, la cual se describió de la siguiente manera: *´… el imputado D. Z. en el período comprendido entre el 21/12/06 y el 17/02/07 y en ocasión de días de fines de semana (oportunidad en que era visitado por su hijo B. G. Z., de seis años de edad) de acuerdo a un régimen de visitas acordado, en el domicilio sito en P. n° *** de esta ciudad, pernoctando en un colchón en el suelo y en habitación destinado a tal fin, le tapó la boca, le bajó los calzoncillos y lo accedió carnalmente por vía anal, siendo la última oportunidad el 17/02/07,*

*presentando fisuras en hora seis y hora doce dicho orificio anal; subrayando el Acusador Público la presentación de sangrado a la hora de defecar, cambios de hábitos del niño en la escuela, etc., y el Acusador Privador amén de las fisuras anales, la realización de hisopado que arroja la presencia de espermatozoides; …´* (v.fotocopias de fs. 40/vta. y 41 de la sentencia obrante en autos).

El Tribunal, en cambio, teniendo en cuenta la misma plataforma fáctica consideró que se habían acreditado las lesiones anales en el período mencionado en la acusación; que el relato del niño es sincero y verosímil, y que no ha sido inducido por la madre ni por la psicóloga que estuvo a cargo de la audiencia en Cámara Gesel; que existe coincidencia entre el testimonio aportado por la víctima y las lesiones descriptas por el médico policial.

Tampoco albergaron dudas respecto de la autoría, basándose también en la declaración del niño, que dirigió directamente la imputación contra su padre, diciendo que le había introducido el dedo en el ano. Que esta indicación directa se encuentra avalada por el indicio de oportunidad, ya que quedó acreditado que el mismo concurría a la casa de su progenitor y que ambos dormían juntos en un colchón en el piso.

De esta manera, en un primer análisis del hecho, los jueces consideraron que D. Z., en el período mencionado en la descripción del hecho, estando

solos en su domicilio, le provocó lesiones anales a su hijo menor de edad.

Ahora bien, cuando tuvieron que evaluar el elemento que provocó las lesiones, consideraron que había un déficit probatorio en perjuicio de la acusación fiscal y de la querella, ya que ni del informe psicológico ni de la declaración de la víctima surge cuál es la capacidad del niño para reconocer o no las características del aparato genital masculino, siendo que además no han escuchado que B. explique que él no ha visto el "dedo" al que se refirió.

Así, tomaron literalmente los dichos del menor, y consideraron que el mecanismo productor de las lesiones han sido los dedos, más allá de la prueba aportada que la consideraron inválida para conformar la certeza requerida en el tipo.

Los jueces concluyeron que el imputado cometió las conductas sexualmente abusivas contra su hijo, provocándole lesiones, pero, no habiendo certeza respecto al acceso carnal con su miembro viril, descartaron este supuesto, y confirmaron la existencia de introducción de dedos, como la misma víctima lo había sostenido.

Esta variación del elemento productor, a mi juicio, no provocó una mutación esencial del hecho llevado por la acusación.

En primer lugar, que las lesiones hayan sido provocadas con el pene o con el dedo no restringió la posibilidad de presentar pruebas según el caso, o

comprometió la estrategia defensiva, desde que la misma se basó en negar la existencia del hecho y autoría del imputado.

Por otro lado advierto que si bien los acusadores siempre mantuvieron la existencia del acceso carnal, esta cuestión ha sido debatida en el proceso, desde que el interés ha sido demostrar que cuando el niño decía “dedos” en realidad era “pene”. Es decir, en la decisión de los jueces estaba incluida la posibilidad de determinar si las lesiones fueron provocadas con los dedos, como lo sostenía la víctima, o por el pene como lo afirmaban el Fiscal y la querella. Al final de este debate, lo que el Tribunal tuvo por probado, además de la existencia del hecho y la autoría, ha sido la introducción de dedos.

El hecho que conformó la base del juicio dirigido contra Z. y el que se tuvo por acreditado al finalizar éste es el mismo, variándose, a favor *rei*, la calificación, imponiéndose el primer supuesto de la misma figura jurídica requerida por la acusación.

Este cambio de calificación no provocó indefensión alguna, ya que no significó un cambio brusco, imponiéndose otra variante del mismo precepto jurídico.

Coincido con el doctor Panizzi que la descripción efectuada por los acusadores no es del todo feliz, pero la misma alcanzó para arribar correctamente al pronunciamiento condenatorio por el

mismo suceso, bajo una significación jurídica menor.

Siendo ello así, deberá rechazarse la impugnación interpuesta por la Defensa Oficial, con costas, confirmándose la sentencia venida en crisis.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

**---------- S E N T E N C I A ----------**

**1°) Rechazar** la impugnación deducida a fs.67/73, con costas.

**2°) Confirmar** la sentencia dictada por el Tribunal Colegiado de la ciudad de Comodoro Rivadavia dictada el día 26 de febrero de 2008 y que en fotocopia obra a fs. 40/65.

**3°) Protocolícese** y notifíquese.

Fdo: Pfleger, Panizzi, Royer.-