En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 31 días del mes de julio del año 2013, los miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia, ministros: Daniel Alejandro Rebagliati Russell, Jorge Pfleger y Alejandro Javier Panizzi, se reunieron en Acuerdo, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados "**F., A. L. s/ Dcia. abuso sexual r/v hija menor s/ impugnación**" (Expediente N° 22.713 - Letra "F" – Año 2012).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo practicado de fs. 409: Rebagliati Russell, Panizzi y Pfleger.

El juez **Daniel A. Rebagliati Russell** dijo:

I. Llega a conocimiento de esta Sala la presente causa en virtud de las impugnaciones extraordinarias articuladas por la parte Querellante y la Defensa respecto de distintas sentencias dictadas en este proceso.

II. La primera fue interpuesta por la Querellante Particular, contra la sentencia protocolizada bajo el número 43/11 emitida por el Tribunal Colegiado de la ciudad de Comodoro Rivadavia, el día 4 de julio de 2011, y en relación al punto II del fallo que dispone condenar a O. N. por los delitos de abuso sexual

///

agravado por ser cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma y estupro agravado, en concurso real, a la pena de ocho años de prisión de cumplimiento efectivo.

III. La segunda impugnación fue interpuesta por la Defensora Pública, Dra. Viviana Barillari, y fue dirigida contra la sentencia N° 04/2012 de la Cámara en lo Penal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, que rechazó la impugnación ordinaria deducida y confirmó la sentencia en todas sus partes.

IV. El Tribunal de Mérito tuvo por acreditados los siguientes hechos: *1° ´…que entre los meses de septiembre del año 2005 y mayo de 2006, cuando A. G. contaba con 11 años de edad, su padrastro, aprovechando la situación de convivencia, mientras su cónyuge se encontraba fuera del hogar trabajando en el casino, entre las 20 hs., y las 5 horas, y los hermanos durmiendo en el interior del dormitorio conyugal del domicilio sito en calle H. N° **** del barrio P., de esta ciudad, le tocó los pechos y la vagina; 2° …que el día 13 de noviembre de 2009, cuando la menor A. G. tenía 15 años de edad, su padrastro, aprovechando la situación de convivencia con la joven, y que su esposa se*

///

*encontraba en la ciudad de Buenos Aires, en el domicilio de la calle H. N° **** del barrio P. de esta ciudad, en horas de la noche, mientras su abuela y sus hermanos dormían, ingresó a su dormitorio, encontrándola durmiendo en la cucheta de abajo, la destapó, le tocó los pechos y por la fuerza le bajó el pantalón. En el momento en que el imputado salió de la cama para ver si alguien se había levantado, A. aprovechó la oportunidad para subirse el pantalón. Al volver a la cama de la menor, le bajó nuevamente el pantalón, se le subió encima e intentó besarla, accediéndola carnalmente por vía vaginal. A consecuencia de este abuso, A. gestó un embarazo que fue interrumpido en marzo de 2010…´* -v.fs. 150 y 151-.

V. El principal agravio de la acusadora particular es la calificación escogida por los jueces de mérito en el hecho fijado como ocurrido el día 13 de noviembre de 2009 en perjuicio de A. G. y al que se califica como Estupro agravado, pretendiendo que se lo califique como Abuso Sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra una menor de 18 años aprovechando la convivencia preexistente con la víctima (Art. 119 3er y 4to párrafo inc. “f” del C. Penal).

///

Sostiene en su libelo que han acreditado plenamente los modos comisivos que la figura del Art. 119 del C.P. requiere y que los sentenciantes, merced a una arbitraria, contradictoria y deficiente valoración de la prueba han pretendido forzar su interpretación para no encontrarlos acreditados y justificar entonces la calificación que finalmente han escogido.

Describe que las acciones que enumera el 1° párrafo del artículo 119 del Código Penal aluden, en general, a medios que menoscaban la libre voluntad de la víctima a participar del acto sexual.

Argumenta que el fallo en crisis ignora los elementos constitutivos del tipo penal escogido por esta parte, y ni siquiera hace un análisis exhaustivo de la relación de poder que unía a la víctima y victimario.

Sólo considera dos modos comisivos de la totalidad de los enumerados en el artículo 119: la violencia o vis absoluta y la intimidación o vis compulsiva.

De la lectura del fallo en el punto que se ataca, observo que los jueces han dado respuesta acabada a cada uno de los extremos de la queja.

///

En efecto, en la sentencia se tuvo por probada la cópula entre sujeto pasivo y sujeto activo que, como producto de aquella, se produjo el embarazo de la menor y posteriormente su interrupción, todo ello con el soporte pericial correspondiente que avala la vinculación genética entre el imputado y el feto extraído. Dicho extremo además, no ha merecido cuestionamiento alguno por parte de la aquí impugnante.

El encuadre legal que fuera reclamado en el debate por las partes acusadoras no fue acogido por entender los integrantes del Tribunal que no se habían acreditado los extremos relativos a los medios comisivos que la figura legal exige.

En efecto, del voto del segundo sufragante, Dr. Nicosia, al tiempo de tratar la calificación del delito enrostrado, expresamente consigna que, las probanzas rendidas por los acusadores, no han poseído la potencia suficiente como para acreditar en grado de certeza aquellos modos comisivos especiales de la norma. Esto es, el abuso sexual coactivo o intimidatorio surgido en el contexto de una relación de dependencia, de autoridad o de poder como se reclamaba.

Ello así pues si bien se admite la relación de preeminencia entre la menor y el imputado, por las razones que allí se describen y que

///

fundamentalmente hacen a su condición de sostén y conductor del hogar, no menos cierto es que los magistrados unánimemente han exigido la acreditación además, de una forma de violencia o amenaza por la cual la víctima cede a la pretensión del autor y que siempre constituyó el elemento objetivo del acceso carnal no consentido.

Los sentenciantes se han apoyado en la doctrina que sostiene que la reforma introducida por la Ley 25.087 no ha modificado el requerimiento de la existencia de violencias o amenazas que antes se exigía para el delito de violación y han entendido con razón que dichos extremos también deben estar presentes en la modalidad actual del acceso carnal aún cuando exista esa relación de dependencia, autoridad o poder.

He sostenido en los autos ***"PROVINCIA del Chubut c/ V., A.- P., H.- M., A. s/ Impugnación"*** (Expediente N° 22.191 - F° 20 – Letra "P" - Año 2010) que la mera discrepancia doctrinaria no es motivo de agravio ni de instancia extraordinaria. En el caso la solución cuenta con el aval de la mayoría de las opiniones al respecto y su aplicación normativa al caso concreto no implica

///

violentar la aplicación de la ley sustantiva.

Por otro lado, observo que en el fallo se han analizado aquellas circunstancias que podrían haber influido en la voluntad de la menor al tiempo del concúbito, tales como las relaciones de familia, hechos violentos con terceros, pero cierto es que ante la ausencia de una clara demostración de su oposición a yacer con el imputado, provoca un serio interrogante respecto del asentimiento en que aquél pudo haber interpretado y que lo motivaban a continuar en una actividad sexual que ya había tenido comienzo de ejecución, aún con distinta modalidad, mucho tiempo atrás. El hecho de emitir un chistido, no puede ser tomado como intimidatorio, máxime si se tiene en cuenta la cercanía de terceras personas que podrían haber acudido en su auxilio. Si bien podrán existir los casos en que en virtud de la coacción, el sujeto pasivo tolera pero no conciente, en el caso no se ha demostrado de manera clara y contundente las razones por las cuales, en ausencia del consentimiento, la víctima estaba obligada a tolerar.

El comportamiento de quitar prendas con la clara intención de tener relaciones sexuales, luego alejarse para verificar si alguien se había

///

levantado y retornar a la cama para continuar con la actividad que conllevaba al mismo objetivo, sin advertir ningún signo de rechazo por parte de la menor, resultan ser circunstancias que desmerecen el dolo que debe primar en la voluntad del autor y en consecuencia torna razonable la exigencia formulada por los jueces respecto de los elementos objetivos que debían estar presentes en la conducta típica atribuida.

El extremo relativo al croquis de la vivienda y el modo en que la impugnante denuncia que los jueces lo han valorado, en modo alguno desmerece la conclusión que aquellos han extraído, y es acerca de la existencia de personas que podrían haber acudido al llamado de quien se siente sometido sexualmente sin el concurso de su voluntad.

No ha existido en autos fragmentación de la prueba de cargo como se denuncia, por el contrario la valoración correcta del entramado probatorio ha estado presente y basta para ello la lectura de los argumentos dados para acreditar el primero de los hechos, en tanto que en el segundo también el análisis lógico de la prueba ha verificado, pero que en modo alguno puede pretenderse que se proyecte hacia elementos objetivos que no han sido fehacientemente

acreditados.

Se insiste reiteradamente en el recurso de la impugnante la falta de atención por parte de los jueces de aquellos indicadores traídos por expertos y que debían haberse atendido para inferir que la menor no consintió el concúbito venero, pero omiten relacionar el modo en que tales indicadores debían estar presentes en el conocimiento y voluntad del autor al tiempo del hecho, circunstancia que insisto, no se ha logrado.

Por lo demás, la sentencia cumple con los estándares de logicidad y apreciación correcta de la prueba colectada durante el juicio, motivo por el cual voto por el rechazo del recurso interpuesto.

VI. Impugnación extraordinaria de la defensa:

En este caso la Defensora Pública, y por expresas instrucciones de su representado, funda el recurso contra la sentencia de la Cámara en lo Penal de esa ciudad, que confirma la sentencia condenatoria.

Vuelve a plantear los mismos argumentos que en la impugnación ordinaria, ellos son: - imprecisión del hecho de la acusación, en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar; - violación al principio de congruencia.

///

En relación al primer agravio dice que la Cámara en lo Penal no ha podido sortear la imprecisión temporal en cuanto al primer hecho imputado y que en todo momento la defensa ha reclamado. Luego agrega la normativa vulnerada por esta omisión.

En cuanto al segundo agravio, sostiene que el tribunal revisor efectuó una errónea interpretación del artículo 332 del C.P.P., y que se ha conculcado el derecho de defensa de su asistido.

Agrega que de haber mediado una acusación alternativa por el delito de estupro, distintas hubieran sido las estrategias de defensas.

Termina afirmando que ni en la apertura de la investigación, ni en la audiencia preliminar, ni en la acusación, ni en la rectificación de la acusación, el Sr. N. fue imputado del delito de estupro por el cual ahora es condenado.

Responderé a dichos agravios en el mismo orden que se han consignado ut supra.

a) La alegada imprecisión temporal del primero de los hechos imputados y la consecuente vulneración del derecho de defensa, no es tal. La Cámara en lo Penal ha respondido la misma queja de modo acabado y ha brindado razones sólidas

///

para su rechazo, que la Defensa no ha superado aquí.

Expresó el Tribunal la índole de la conducta reprochada y llevada a cabo en la intimidad familiar impedía establecer la exactitud, pero que el líbelo acusatorio poseía sí parámetros temporales precisos que otorgaban al imputado la debida información para que ejerciera su derecho de defensa y que, al haberlo conocido acabadamente en actos previos y concomitantes al debate, de modo alguno menoscabó dicho ejercicio.

Es por ello que el agravio así formulado debe ser rechazado.

b) En lo referente a la correlación fáctica del segundo de los hechos y la atribución de una calificación distinta a la impetrada en la acusación, debe correr igual suerte.

En primer lugar porque también estos puntos fueron debidamente tratados por el Tribunal de la impugnación ordinaria, y esta instancia extraordinaria no es una tercera instancia que habilita su tratamiento con la mera reiteración.

Constituiría un menoscabo al meticuloso análisis que efectuaron los jueces de la instancia inferior la pretendida revisión de la queja.

///

No ha existido ninguna violación al principio de congruencia contenido en el Art. 332 del C.P.P. Los hechos son los mismos en su esencia, en su faz objetiva, es decir el acceso carnal en sí, circunstancia que no se ha modificado en un ápice desde el inicio de la investigación.

La modificación de la calificación que el Tribunal de juicio realizó respecto de la pretendida por la parte acusadora si bien debía contar con el extremo relativo a la "inmadurez sexual" de la victima, tal como lo exige la figura del Estupro (Art. 120 del C.Penal), dicho extremo fue posible debido a que las partes han autorizado el ingreso de esa información al debate y una vez en él, la apreciación de esa circunstancia formó parte de la facultad soberana de los jueces de apreciarlo en su juzgamiento.

Este aspecto también ha sido abordado por la Cámara en lo Penal en su función revisora y en la que ha reflejado a modo de ejemplo cuales han sido las probanzas que han avalado la inexperiencia sexual de la víctima, extremo que no conculcó ningún derecho del imputado pues éste ha estado en conocimiento de ello durante el curso del juicio y en consecuencia con plena posibilidad de aceptarlo o contradecirlo.

///

No existiendo mayores argumentos que permitan desvirtuar el razonamiento que al respecto realizó el tribunal de la impugnación ordinaria, propicio que el recurso deducido también sobre esta cuestión sea desestimado.

Así voto.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Como anotó el doctor Rebagliati Russell, dos son los motivos que movilizan a esta Sala a examinar la cuestión.

Efectuaré una breve reseña de ellos, sin exponerlos en detalle merced a la prolija enunciación realizada por mi colega del primer sufragio, a cuyos términos me remito.

II. Por un lado, en las hojas 228/235 vuelta, luce agregada la impugnación extraordinaria de la parte querellante. Ésta atacó la sentencia del Tribunal Colegiado de Comodoro Rivadavia en cuanto condenó a O. N. a sufrir la pena de ocho años de prisión por los delitos de abuso sexual, agravado por ser cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con ella y estupro agravado, en concurso real.

Por el otro, a fojas 366/374 obra el recurso extraordinario de las abogadas de la Defensa Pública. Las letradas arremetieron contra el

///

pronunciamiento número 4/2012, emitido por la Cámara en lo Penal de Comodoro Rivadavia, que confirmó en todas sus partes la sentencia condenatoria.

III. Examinaré en primer término la impugnación interpuesta por el acusador particular.

En lo que respecta a la legitimación del Querellante para recurrir ante esta instancia, es dable advertir que el artículo 379 del ceremonial determina que aquél podrá impugnar la condena *cuando la pena aplicada fuere inferior a la mitad de la pena pretendida*. En los presentes, como el Querellante en la acusación peticionó 20 años de prisión y el imputado fue condenado a 8 años de encierro de efectivo cumplimiento, corresponde tener por habilitada la instancia.

El principal motivo de agravio esbozado por la Querella lo constituye la calificación jurídica escogida por los jueces del Tribunal de Juicio respecto del ataque sexual sufrido por la menor A. G. el día 13 de noviembre de 2009, del que resultó un embarazo.

La acusadora particular afirmó que se hallaban plenamente acreditados los modos comisivos previstos en la figura del artículo 119 del Código Penal. Adujo que los sentenciadores de

///

modo arbitrario, contradictorio y deficiente, forzaron la interpretación de los elementos probatorios para justificar la calificación que finalmente seleccionaron.

Apuntaron que se había demostrado por medio del juicio oral que el acceso carnal que sufrió A. G., del cual derivara su embarazo y posterior aborto terapéutico, fue cometido mediante el abuso intimidatorio o coactivo de la relación de poder que detenta N. con respecto a la joven.

Tras una detenida lectura de la sentencia inspeccionada, juzgo que no se ha condicionado la apreciación de la prueba que la Querella denuncia, sino que los magistrados han proporcionado una exposición lógica para justificar su decisión.

El tribunal de grado tuvo por probada la unión sexual entre O. N. y A. G., de la cual derivó el embarazo de la adolescente y su posterior interrupción terapéutica. También, sobre la base de los resultados arrojados por la pericia genética realizada al feto, se estableció la paternidad del atribuido.

Los sentenciadores consideraron que no se habían verificado en el hecho los medios comisivos exigidos por la figura pretendida.

///

Así, juzgaron que no se había acreditado por parte de N. amenaza o violencia alguna contra A. Los magistrados consideraron que un simple chistido no bastaba para anular la resistencia de la víctima. Para ello, indagaron la personalidad de la adolescente y examinaron el croquis de la vivienda el cual constataba la presencia próxima de terceras personas que pudieron haber auxiliado a la joven.

En otro orden, los jueces anotaron que el pretendido temor invocado por A., supuestamente motivado en el carácter violento del padrastro, tampoco se probó. Los magistrados señalaron que la circunstancia de desempeñarse como policía y de portar un arma reglamentaria, no constituían indicadores de violencia. A más de ello, señalaron que A. había manifestado que consideraba al incuso su papá y que él la trataba con mucho respeto.

Así las cosas, ante la falta de prueba acerca de la existencia de la violencia o intimidación para tener por perfeccionada la figura del artículo 119 del Código Penal, los jueces unánimemente consideraron que correspondía encuadrar la conducta del inculpado en el estupro agravado por ser cometido contra una menor de 18

///

años, aprovechando la situación de convivencia preexistente.

Es decir, los jueces entendieron que existió por parte de N. un aprovechamiento de la inmadurez sexual de la adolescente, originada en la relación de preeminencia del imputado por sobre aquélla.

De esta manera, juzgo acertada la conclusión a la que arribaron los magistrados en punto a la configuración del estupro agravado en lo que respecta al segundo hecho investigado.

Los jueces analizaron todo el material probatorio ventilado en el debate y argumentaron correctamente su decisión de desechar la existencia de la violación.

Por lo dicho, voto porque la impugnación extraordinaria de la querella sea rechazada, con costas y además, propicio que la sentencia N° 43/2011 del Tribunal Colegiado de Comodoro Rivadavia, del 4/7/2011, sea confirmada.

IV. En orden al recurso extraordinario de la defensa, advierto que las recurrentes repitieron las mismas objeciones que formularon al tiempo de interponer la impugnación ordinaria.

No obstante ello, juzgo que en el caso, los magistrados del Tribunal a quo exploraron y fiscalizaron en toda su dimensión la labor desplegada por los jueces del debate y respondieron íntegramente los puntos de agravio

///

vertidos, brindando fundamentos sólidos para decidir como lo hicieron.

Es decir, la inspección cumplida por la Cámara en lo Penal es la adecuada y, por lo tanto, el embate de la defensa no autoriza una nueva revisión ni habilita variar la suerte de la causa.

En conclusión, la impugnación extraordinaria de la defensa también deberá desestimarse, con costas, correspondiendo confirmar el pronunciamiento de la Cámara en lo Penal de fojas 318/359.

Así voto.

El juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Prólogo.

1. Tócame emitir el tercer sufragio en este proceso venido a conocimiento de la Sala por vía de las impugnaciones extraordinarias articuladas por la parte Querellante y la Defensa del imputado.

La primera intenta la revocación de la decisión de los Jueces del Tribunal de Juicio en lo que atañe a la condena aplicada a O. N. como autor del delito de Estupro agravado (art. 120 párrafo segundo en función del art. 119 párrafo cuarto inciso “f” y 45 del C.Penal) por el hecho

///

ocurrido el día 13 de Noviembre de 2009 en perjuicio de la menor A. G.

La otra se yergue en desmedro de la decisión de la Cámara Penal de Comodoro Rivadavia que confirmó la sentencia de mérito que había condenado a O. N. a la pena de ocho años de prisión por reputársele autor penalmente responsable de los delitos de "…Abuso sexual agravado, por ser cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma (arts. 119 párrafo primero y quinto en función del cuarto párrafo inc. "f" y 45 del C.P.), por un hecho ocurrido entre los meses de setiembre de 2005 y mayo de 2006, aproximadamente, en el interior de la habitación matrimonial de la vivienda sita en la arteria H. N° **** del Barrio P… y estupro agravado (art. 120 párrafo segundo en función del 119 párrafo cuarto inc. "f" y 45 C.P.) por el hecho ocurrido el día 13 de Noviembre de 2009, en la habitación de la menor A. G., en la vivienda referenciada, ambos en su perjuicio y en concurso real (art. 55 C.P.) a la pena de ocho años de prisión de cumplimiento efectivo (art. 26 C.P.) accesorias legales y costas (art. 241 C.P.P.)…" (El texto entre comillas es el de la sentencia

///

43/2011, que está entre las hojas número 143 a 199).

2. Mis pares que ya han dado su posición al respecto materializaron un trabajo descriptivo acerca del contenido de las sentencias en clave de hechos y derecho y, además, una semblanza de los remedios que recalaron en la instancia que corre.

Así me permiten sustraer de mi discurso de justificación toda referencia al respecto, pues hacer lo contrario implicaría incurrir en el defecto de la demasía.

Iré con derechura al asunto.

II. El recurso de la parte querellante

1. De igual manera en que lo hice en numerosos precedentes de la Sala señalo que el camino impugnatorio de la querella, habilitada, es estrecho, angosto y demarcado estrictamente por los presupuestos de la ley.

No tolera la reedición de ciertas discusiones y el que peticiona debe alegar y demostrar nítidamente el agravio que el pronunciamiento le ha inferido.

Como lo señalé en el precedente citado por el doctor Rebagliati, la condición o cualidad de "extraordinario" de este recurso hace a su limitación y para que sea acogido debe verterse,

///

en su texto, un argumento consistente que demuestre los errores de procedimiento, de derecho o de determinación de hechos (con grandes límites) que emponzoñan la sentencia de los Magistrados de la instancia recurrida.

En otras palabras, que éstos se hubieren apartado de modo grotesco o grosero de la normatividad adjetiva o sustancial.

Es por ello que, tratándose de errores de determinación de los hechos y por consecuencia de calificación jurídica, la adopción de un criterio razonable que no altera la doctrina legal sentada por la Sala en materia de arbitrariedad o interpretación de los preceptos jurídicos, no permite que la queja progrese.

De este modo me pronuncié, quizás con otras palabras, en autos "**PROVINCIA DEL CHUBUT c/ A. G. C. s/ Impugnación**" (Expte. N° 21587), sentencia emitida el diez de mayo del corriente; criterio al que me atengo pues en nada ha variado la posición.

2. Comparto los argumentos dados en el primer voto a los que también ha adherido fundadamente el segundo en punto al hecho calificado como estupro agravado.

Los Jueces del Juicio asentaron, con rigor, la comprobación del trato sexual objeto de la imputación y su contexto de tiempo y espacio.

Y cuando se apartaron de aquello que abastece a la figura enarbolada por la acusación

///

pública y privada lo hicieron adecuadamente, dando fundamentos sólidos y razonables.

La ponencia del doctor Nicosia desarrollada a partir de la consideración de la pericial de la psicóloga A. M.A. sobre el imputado y la relación de la conclusión experta con los testimonios de Aurora L. F., K. M. G. y A. G. en punto a la relación del grupo y la figura parental, es atinado y carece de estigmas que puedan descalificarlo.

El examen ha sido prolijo y racionalmente fundado, sin notas de error en lo que atañe a la aplicación de reglas interpretativas o de arbitrariedad en las especulaciones sea por acción u omisión, según se mire.

La desvaloración de la opinión de la licenciada G. A. fue consecuencia de la ponderación de un elemento opuesto: la descripción de C. G. M., de manera que ni en ese trance se cometió desliz censurable.

De allí que el apartamiento parcial de un aspecto del relato atributivo ha sido muy consistente y, por ende, aceptable.

El tema del ámbito espacial, estimado acertadamente por el Magistrado Nicosia con excelente uso del lenguaje, es un elemento de peso considerable a la hora de la minoración que significa el cambio de calificación legal. Nada

///

puede objetarse a las reflexiones vertidas sobre el punto.

Tienen también especial mérito- por la calidad de su trabajo- los doctores Casal y Gutiérrez, quienes al abordar el tratamiento de la segunda cuestión desplegaron una batería argumental irrefutable para llegar a la correlación entre el hecho específico real y la hipótesis legal adoptada.

3. En suma resulta correcta la decisión del Tribunal cuando consideró que los ingredientes de violencia o amenazas propios del abuso sexual con acceso carnal no fueron acreditados por los acusadores, tomando en consideración la personalidad del incuso, el cuadro espacial del suceso y el modo en que se produjo la relación sexual.

4. Por el contrario, la posición de la impugnante no logra articular un retruécano potente en los términos que hemos considerado en la inauguración de este trabajo.

La diferente manera de valorar la prueba, ya se ha dicho, no necesariamente abre las puertas del ceñido ámbito del remedio de excepción.

Y la calificación jurídica tiene íntima relación con esa disidencia, por lo que las cosas han de quedar como están.

///

No diré más pues mis distinguidos pares han dado cuenta del caso y se han expedido de manera coincidente.

Voto entonces por el rechazo de la impugnación deducida.

III. El recurso de la defensa.

1. Los motivos y fundamentos del recurso instalado por la defensa han sido desarrollados ya, como dije, por el primer sufragista con toda precisión. A ellos me atengo, así como al método de exposición.

2. Coincido con el doctor Rebagliati Russell en lo que hace a la solución dada al primer agravio.

Es que la erguida alegación de que fue imprecisa la determinación del hecho de cargo primero, vulnerándose así el derecho de defensa, no ha sido suficientemente nutrida mediante una clara expresión de los porqués.

En efecto, creo que los Jueces de la Cámara Penal dieron respuestas muy adecuadas al planteo que la parte no ha podido confutar con éxito.

Es acertada la cita del doctor Pintos en cuanto recuerda a Roxin, y, desde ello, a la función que cumple la acusación en el proceso penal y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de Alemania al respecto. Posición

compartida por el doctor Montenovo que refirió, también con tacto, a las características de estas descripciones en el proceso penal por delitos sexuales contra menores.

3. Sin embargo, y a los fines de atender a la pretensión, señalaré- de modo breve- algunos conceptos vinculados con el principio de congruencia, que es –sin dudas- el que está en juego.

A más de lo que gentilmente el doctor Pintos aludiera en su voto (la referencia al Maestro Vélez Mariconde) evocaré lo que fue escrito en otros precedentes en el sentido que lejos de implicar un mero amor procesal a la simetría, el fundamento en cuestión constituye uno de los pilares del debido proceso legal, pues asegura el ejercicio pleno del derecho a una defensa material eficaz al estipular la correlación que ha de existir entre la imputación, el retruécano y la sentencia.

Así se ha dicho que "…La base de la interpretación [del principio de congruencia] está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa, todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual

///

el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente)" (Maier, Julio B.J.: Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto, 2° edición, Buenos Aires, 1999, p. 568). (Voto de la doctora Ledesma, en "Peralta, Diego Martín y otros s/ recurso de casación" - CNCP - SALA III - 26/03/2008 (El dial.com. El dial Express).

Es entonces que viola ese principio toda incompatibilidad o ausencia de adecuación entre el hecho que impulsa el proceso y el resultado de la sentencia; mutación que ha de ser esencial en la medida en que implique un menoscabo a la capacidad de refutación del imputado o su asistente técnico (paráfrasis del voto de la doctora Ledesma en el mismo proceso).

No lo son, a nuestro juicio, las pequeñas inobservancias o variaciones que fluyen del curso del debate adonde el caso adquiere su contorno definitivo, cuando no causan daños sustanciales a los derechos fundamentales y pueden ser soslayadas ("harmless error" para la Ley Federal de Procedimientos, regla 52, U.S y la jurisprudencia de Estados Unidos de América).

Y este es el caso.

///

Si la Cámara hubiera estimado la extensión del plazo o acogido una declaración que superara el marco de la acusación, se estaría frente a una vulneración.

Pero cuando lo que sucede es una contracción, una disminución del rango producto de los avatares de la audiencia de debate, nada puede censurarse.

Tanto y más cuando la defensa no indicó, claramente, cuál fue la entidad del perjuicio, qué alegaciones dejó de formular o pudo hacer o qué prueba pudo o dejó de producir.

Ya digo, la Cámara fue muy prolija al considerar esta tópica y nada puede descalificar el pronunciamiento en ese sentido.

4. Igual suerte tendrá el convite para discutir la adecuación penal de estupro calificado, que la "a quo" homologó, desechando que en su determinación se hubiera provocado daño.

Coincido con el doctor Pintos en que el art. 332 del C.P.P prescribe claramente la posibilidad de que el Tribunal dé al hecho una calificación legal distinta, y asiento en su modo de abarcar la cuestión metódicamente para llegar a la conclusión desestimatoria del agravio que trató en su voto.

///

Del mismo modo lo hago con las expresiones del doctor Montenovo en lo que atañe a la opción del Tribunal de mérito que realizó un balance adecuado entre el principio de verdad real y las garantías.

En ocasiones me he permitido censurar lo que he dado en llamar el "paroxismo garantista" que no es, ni más ni menos, que una exaltación de aquéllas sin contenido alguno. Esta posición logra un efecto paradojal. La noción de "garantía" se degrada, se diluye, y es aprovechada por los epígonos del autoritarismo para descalificar su importancia como contención al poder del Estado, en salvaguarda de la libertad.

Por eso, otra vez, cuando la mutación de la calificación legal consiste en reemplazar otra que en términos nucleares se compadece con aquella variada y se ha discurrido en el debate sobre los aspectos que integran la segunda, no se puede ver – y peor cuando no se ha alegado explícitamente- qué efectos perniciosos provoca.

Es muy correcta, en ese sentido, la reflexión que preside el sufragio de la doctora García que aludió, de modo inteligente y fundado, a la ausencia de sorpresa que causó la variante.

///

No agregaré más pues la sentencia, repito, posee las cualidades que no ha desmerecido la impugnación.

5. Por todo lo expuesto acompaño a mis colegas y pares en el criterio de rechazar el recurso extraordinario.

Así me expido y voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) Rechazar la impugnación extraordinaria de la Querella (folios 228/235 vta.), con costas.

2°) Confirmar la sentencia N° 43/2011 del Tribunal Colegiado de Comodoro Rivadavia, de fecha 4 de julio de 2011 (fojas 143/199 vta.).

3°) Rechazar la impugnación extraordinaria de la defensa (hojas 366/374), con costas.

4°) Confirmar el pronunciamiento N° 4/2012 de la Cámara en lo Penal de aquella misma ciudad (fojas 318/359).

5°) La presente es firmada por dos miembros por encontrarse en uso de licencia el ministro Pfleger.

6°) Protocolícese y notifíquese. Fdo. Daniel A. Rebagliati Russell-Alejandro Javier Panizzi- Ante mi: José A.Ferreyra Secretario – registrada bajo el n° 33 del año 2013.- Conste-

///