En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los catorce días del mes de marzo de dos mil doce, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Martín Roberto MONTENOVO**, en su carácter de Presidente, **Daniel Luis María PINTOS y Nelly GARCIA**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 25.661**, **carpeta individual n° 2.913**, de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal General Dr. **Carlos Adrián Cabral**, la Sra. Funcionaria de Fiscalía, Dra. **Lorena Garate**, la Parte Querellante, Sra. A. L. F., con el patrocinio letrado de la Dra. **S. E. G.**, la Sra. Defensor Pública Dra. **Viviana Andrea Barillari** y la Sra. Adjunta de la Defensoría Pública Dra. **L. Pettinari** y el imputado **O. N.**; y

----------**CONSIDERANDO**:----------

---- Que el día veinticuatro de febrero del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del artículo 385 del Código Procesal Penal, presidida por el Doctor Martín Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la

Defensa técnica del imputado O. N., por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de O. N. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Daniel Luis María Pintos, en segundo lugar el Dr. Martín Roberto Montenovo y finalmente la Dra. Nelly García.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- Ha concitado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por las integrantes de la Oficina de la Defensa Pública, en ejercicio de la asistencia técnica del imputado **O. N.**, contra la sentencia Nº 43/11, de fecha 4 de julio de 2011, por la que se declarara al nombrado autor penalmente responsable de los delitos de Abuso sexual agravado por ser cometido contra una menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma, en concurso real con Estupro agravado (artículos 45, 119 primer y quinto

párrafo, en función del párrafo 4° inciso f) y 120 en función del 119, párrafo 4° inciso f) del Código Penal), por los hechos ocurridos entre los meses de septiembre de 2005 y mayo de 2006 aproximadamente, y 13 de noviembre de 2009 todos en perjuicio de A. G., y se lo condenara a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas (artículos 12 y 29 inciso 3° del cuerpo legal citado).-

1) La recurrente, en su libelo impugnativo, se agravia en primer término, de serias irregularidades procesales que han acaecido durante la instancia de debate, a partir de la resolución emanada del Tribunal de juicio de fecha 10 de junio de 2011, en la cual resolvió la no incorporación de la Cámara Gesell producida con fecha 27 de agosto de 2010. Tal resolución, señala, fue emanada tras analizar un recurso de impugnación interpuesto por el Dr. C. en la etapa preliminar. Indica que tal cuestionamiento se refería a que el Ministerio Público Fiscal y la querella habían solicitado como anticipo jurisdiccional de prueba la producción de la Cámara Gesell para rectificar las deficiencias que el Juez de garantías (durante la audiencia preliminar) advirtió sobre la primera acusación, a la que calificó como deficiente y ordenó consecuentemente su rectificación. Sin embargo, y no dándose ninguno de los supuestos legales en el art. 279, el Juez subrogante (el Dr. Juárez) -durante el plazo que la

juez natural les había acordado a los acusadores para únicamente rectificar los hechos de la acusación- ordena producir la Cámara Gesell. Así puesta la escena, destaca, el Tribunal oficiosamente durante pleno debate, decide no incorporar la mencionada Cámara Gesell y ordena producir otra nueva. Tal producción se realizó cuando ya habían depuesto todos los testigos de cargo. Habiendo este Ministerio asistido a la producción de la primera Cámara Gesell pudimos corroborar que durante la segunda declaración, la menor introdujo elementos que habían sido develados durante el debate. Es claro que el testimonio de la menor se encontraba contaminado, poniendo en sus palabras expresiones que habían sido vertidas por profesionales en sus deposiciones.-

Denuncia que así nos encontramos en las instancias finales de juicio sin acusación pública y privada válidas, dejando a nuestro asistido desprovisto de la posibilidad de rebatir un hecho concreto, determinado y circunstanciado tal cual lo prescribe el art. 291 inc. 2) del CPPCh. Es decir, para despejar toda duda -continúa-, la acusación del Ministerio Público Fiscal y de la querella, al no basarse sobre una prueba producida por los canales procesalmente correspondientes, había perdido la virtualidad jurídica que el código de rito le daba. Destaca que nuestro ordenamiento jurídico prevé que la etapa de ofrecimiento de prueba culmina con la

acusación; la prueba se discute en la audiencia preliminar, y es el juez de garantías quien decide, cuál prueba deberá producirse según la proposición de cada una de las partes. Aduce que las partes ante la decisión del Juez de garantías de que no se incorpore una de las pruebas propuestas, tienen la posibilidad de volverla a solicitar al inicio del debate, alegando que este no fue el caso, poniendo de relieve que la prueba cuestionada no fue ofrecida ni por el órgano acusador ni la querella en la audiencia preliminar. De haberlo hecho así nada podría rebatir esta Defensa. Sin embargo, las partes mencionadas ofrecieron como testimonio de la menor la Cámara Gesell realizada como anticipo jurisdiccional de prueba de fecha 27/08/2010, y ésta era la autorizada a producirse en el debate tal cual surge del acta de apertura a juicio. Esto despeja toda duda respecto a que no podía solicitarse al inicio del debate.-

Puntualiza que el principio de preclusión no permite retrotraer a etapas anteriores y menos en perjuicio del imputado pues, así, se afecta a las claras las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso (arts. 1, 2, 3, 9 del CPPCh; arts. 42 a 53 del CProvincal; art. 18 y 75.22 de la CN), violando el principio de preclusión, progresividad, inmediación, contradicción, igualdad de partes y de legalidad. Como conclusión de este primer agravio, manifiesta que el

Tribunal les ha dado a los acusadores una concesión que el código procesal no permite, máxime cuando tal concesión fue en detrimento a nuestro defendido.-

Como segundo motivo de agravio, expone que respecto al primer hecho, se ha condenado vulnerando el principio de determinación del hecho de la acusación, es decir cuando no se describe el hecho en sus circunstancias de modo tiempo y lugar específico (art. 8.2 inc b) de la CADH).-

Interpreta que la acusación pública y privada hacia su asistido se basa sobre sucesos acaecidos aproximadamente entre el mes de septiembre del año 2005 y septiembre de 2006, cuando A. G. contaba con once años de edad; el imputado aprovechando la convivencia y la relación de poder, mientras la progenitora de A. se encontraba fuera del hogar trabajando en el casino, en el horario comprendido entre las 20 horas y las 5 horas, y los hermanos de la menor se encontraban durmiendo en el domicilio que compartían en el domicilio sito en calle H. XXXX del Barrio P. de esta ciudad, en horas de la noche, en al menos dos ocasiones, una en el dormitorio que dormía el imputado y una en el dormitorio que dormía la menor, N. tocó los pechos y la vagina de la menor. En una de esas

ocasiones, el imputado le dijo a la menor víctima que no le dijera nada a su madre porque se iba a enojar.-

Alega que producido el debate y escuchada la prueba testimonial aportada por la Defensa, el Tribunal condena por un solo hecho circunscribiendo el mismo en un período temporal distinto al de las acusaciones públicas y privada, dando por probado el hecho "*ocurrido entre los meses de septiembre del 2005 y mayo del 2006 aproximadamente en el interior de la habitación matrimonial*". Luego de transcribir tramos de los votos emitidos por los integrantes del Tribunal de juicio sobre el punto, señala que no se puede soslayar que ninguno de los votos transcriptos, explica de qué manera han arribado a la condena del hecho ocurrido para los sentenciantes "entre septiembre de 2005 a mayo de 2006", sorteando la imprecisión temporal que se advierte y que ellos mismos reconocen. Máxime cuando el Ministerio Público Fiscal y la querella lo han ubicado, tanto en su pieza acusatoria como en su alegato final, en un plazo diferente que es el de

"septiembre del año 2005 a de septiembre del 2006".-

Entiende que con esta imprecisión temporal tanto del hecho acusado como el condenado, se ha impedido a la defensa (material y técnica) ejercer debidamente el derecho consagrado constitucionalmente

de defensa en juicio y debido proceso, toda vez que su Ministerio probó en juicio que durante un tiempo comprendido en el período que sindicó el acusador público y la querella, **N.** no se encontraba pernoctando en el domicilio en el cual los jueces tienen por probado el primer hecho traído a juicio. Es decir, los jueces al considerar cierto lo manifestado por el testigo aportado por la defensa el Sr. S., han acotado el plazo y lo han reubicado en otro distinto. Apartándose ampliamente de la regla in dubio pro reo, ya que si el titular de la acción pública y la querella lo habían ubicado en un momento que la Defensa probó que no puedo haber ocurrido, ¿por qué sí tiene que dar por cierto en el plazo que resta?.-

Con cita de Sancinetti señala que estamos ante un hecho en el cual la víctima contaba con once años de edad, su madre estaba embarazada, trabajaba en el casino en un horario determinado, su padrastro hacía adicionales dado su función de policía, agregando que además cuando supuestamente ocurriera el hecho endilgado la menor le refiere automáticamente a su progenitora lo que había sucedido. Aduce que llama la atención que la Sra. A. F. teniendo todos estos elementos no haya podido precisar con más claridad el día y la hora en el que supuestamente acaeciera el hecho (situación advertida por los sufragantes y particularmente por el Dr. Pasutti en la medida autosatifactiva llegada al Superior Tribunal de

Justicia de la Pcia.); asimismo sorprende aún más que la querellante y el MPF (regido por el principio de objetividad) no hayan podido con todo este marco probatorio, al menos delimitar una franja temporal más precisa y no acusar por un plazo tan indeterminado como lo es el de un año. De haberlo hecho, este Ministerio podría haber presentado prueba de descargo contundente a rebatir tal postulación. Sin embargo, al quedar probado que durante un plazo N. no estuvo en el domicilio cuando la menor contaba con 11 años (circunstancia acreditada por los testimonios de la menor A. G., K. G., A. F., P. S.), y que el Ministerio Público Fiscal y la querella siguieron insistiendo en que el plazo era el de un año, siguiendo la sana critica racional y la lógica que debe reinar en la sentencia los jueces deberían haber aplicado el principio de favor rei.-

El tercer agravio que esgrime se vincula al segundo hecho, alegando que se ha condenado inobservando las reglas relativas a la correlación entre la acusación y la sentencia. Denuncia que ante la indudable inexistencia de los medios comisivos del art. 119 primer y quinto párrafo en relación al cuarto párrafo inc. f) del CP que el Ministerio Público Fiscal y la querella durante el debate no pudieron probar, y la ineludible absolución de mi defendido que ello acarreaba, el Tribunal de juicio acude a otra figura penal distinta (estupro agravado art. 120, párrafo segundo, en

función del art. 119, párrafo cuarto, inc. f) para condenarlo. Entiende que, para posibilitar tal desenlace jurisdiccional, debieron el acusador público y privado recurrir a la oportuna ampliación de la acusación (art. 322 del CPPCh.), y no solo al no hacerlo, sino que al sostener en su alegato final que el hecho acusado no podría nunca encuadrarse en el delito de estupro dado que lo único que tenía el presente caso del estupro era la edad de la menor, el Tribunal de juicio se apartó del principio de imparcialidad, posesionándose en la actividad propia de los acusadores escogiendo la figura del estupro y condenando por tal, cuando debió decidir la absolución de mi defendido.-

Destaca que la persona imputada de un hecho delictivo, para ejercer plenamente su derecho de defensa debe conocer los hechos y el derecho del que se le acusa, a los fines de poder concretar eficazmente su defensa material. Describe que al Sr. O. N. tanto la Fiscalia y la querella le reputan como infringido el tipo penal de abuso sexual con acceso carnal agravado, se comprende mínimamente que a la Fiscalía y la querella le haya correspondido probar la existencia material de los elementos requeridos por el tipo, y así establecer, como proposiciones fácticas: a) Que existió acceso carnal, b) mediando violencia; c) amenazas, c) abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de

poder, d) con una menor de 18 años, e) aprovechando la situación de convivencia preexistente.-

Interpreta que los acusadores sólo pudieron probar la primera proposición, es decir el acceso carnal. Las demás fueron rechazadas. Denuncia que, aún así, los jueces trajeron de modo sorpresivo una nueva proposición de hecho, no articulada por los acusadores ni sospechada por la Defensa: a) aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, b) relación de preeminencia. Luego de extractar un fragmento del voto del Dr. Nicosia, aduce que la modificación del objeto procesal, con violación del principio de congruencia, acarrea la nulidad de la sentencia de condena, invocando en apoyo de su postura citas de Ricardo Núñez, "Código Procesal Penal", Lerner, 196, nota 4 al artículo 358; y Julio B. Maier, "Derecho Procesal Penal", T. 1, pág. 568/571, Ed. Del Puerto, año 1996.-

Alega que si la Defensa hubiera conocido la intención del Tribunal, habría ofrecido prueba sobre este punto, o al menos tenido en cuenta este elemento no incluido en el tipo de abuso sexual con acceso carnal agravado de art. 119 del CP, al tiempo de controlar y ofrecer la prueba por la Fiscalía y querella en la audiencia preliminar. Asimismo, en contra de lo manifestado por los sentenciantes, su ministerio no pudo

debatir, contradecir e interrogar a los testigos de cargo durante el debate sobre el punto referido a los elementos constitutivos del art. 120 del CP, toda vez que los mismos nunca fueron incluidos en la acusación y fueron expresamente excluidos por el MPF y querella en sus alegatos finales.-

Sostiene por ello, que el nuevo escenario fáctico, que impone el sentenciante, cancela la posibilidad de defensa reconocida constitucionalmente.-

Señala que la afirmación por los magistrados de que la víctima resultaba inexperta sexual (elemento del tipo del Estupro del artículo 120 C.P) al momento del hecho, fue una construcción subjetiva y una elaboración propia, inferida de datos y elementos tangenciales que surgieron en el juicio oral al discutir el tipo penal del art. 119 del CP. Tales elementos no fueron ni siquiera puestos en crisis ya que los mismos no hacían a los elementos constitutivos del tipo penal que estábamos resistiendo.-

Memora lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en oportunidad de expedirse sobre el particular concluyo que se había violado los arts. 8.2.b) y 8.2.c) de la Convención, por cuanto: “El Tribunal de sentencia no se limito a cambiar la calificación jurídica de los

hechos imputados previamente, sino que modifico la base fáctica de la imputación, inobservando el principio de congruencia". (Caso "Fermín Ramírez vs. Guatemala", sentencia del 20 de Junio de 2005).-

Sostiene que la variante que el fallo introduce revela debilitamiento en el ejercicio de la defensa material y técnica garantizadas en todo debido proceso (C.N. art. 18, Const. Pcial. art. 44, CPP. art. 5 CPPCh.), y por lo tanto la sentencia no puede ser confirmada. Concluye, en lo concerniente a este tercer agravio, que la variación fáctica introducida por el Tribunal en la sentencia, inobservó, claramente, la indispensable correlación que debe existir entre acusación y sentencia, y por ello solicitó la anulación de la sentencia impugnada y la absolución de su defendido, formulando para el supuesto de que la Excma. Cámara en lo Penal no acoja favorablemente las pretensiones de este Ministerio, expresa reserva de caso federal, en el convencimiento de que el decisorio impugnado y todo pronunciamiento confirmatorio, vulneran principios y garantías de raigambre constitucional como lo son la inobservancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia, en que el la defensa en juicio que es un corolario del mismo, y el rol que le cabe al tercero imparcial que en él decide (Arts 18, 31, 75 inc 22 de la CN; Art. 11 inc. 1 Declar. Universal de

Derechos Humanos; Art. 14 Pacto Intern. de derechos Civiles y Políticos; Art. 8 incs. 1 y 2 Pacto de San José de Costa Rica; Ley 48 Art. 14).-

2) A su turno la Fiscal General en su responde de fs. 251/258, destaca que a su criterio debe rechazarse la vía impugnativa intentada por la Sra. Defensora del imputado O. N. contra la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Colegiado, y en consecuencia, solicito que se confirme la condena por Abuso Sexual Simple agravado ocurrido en perjuicio de A. G. entre los meses de Setiembre de 2005 y Mayo de 2006 resuelto en la condena, se declare la plena validez de la Declaración en Cámara Gesell brindada por A. G. durante el juicio oral y se declare que no ha habido violación del principio de congruencia entre acusación y sentencia en la condena por Estupro dispuesta por el Tribunal de Juicio, rechazando, a la postre la nulidad de la sentencia dictada en autos y la absolución de N. propiciada por la Sra. Defensora.-

Deja constancia de haber impugnado la sentencia dictada en autos mediante impugnación extraordinaria ante la Sala Penal, que se encuentra reservado, por no compartir la calificación de Estupro agravado que el Tribunal de Juicio ha dado al hecho padecido por A. G. el día 13 de Noviembre de 2009 y cometido por el imputado N., agravios que se mantienen sin perjuicio de la petición realizada en el párrafo anterior. Ello por cuanto, si bien no comparte la suscripta la calificación escogida por los

sentenciantes, la misma no ha violado el principio de congruencia entre acusación y sentencia, y por ende no deviene inválida como ahora lo pretende la Defensa.-

En lo que se refiere al primero de los agravios esgrimidos, relata las vicisitudes de la audiencia de debate al respecto como así también la audiencia preliminar, recordando que en ésta, la Sra. Juez interviniente hace lugar a un planteo de la Defensa acerca de la deficiencia de la pieza acusatoria en cuanto a la descripción de los hechos y los modos comisivos atribuidos al imputado. Señala que a raíz de ello otorga un plazo a los acusadores a fin de subsanar los mismos. En dicho lapso, y a los fines de cumplir con la manda de la magistrada de la manera más objetiva posible y evitar incurrir en relatos de hechos que luego pudieran ser modificados por la declaración de la víctima, en dicho lapso solicitó al Sr. Juez de Garantías se ordene la realización de dicha medida, conforme lo autoriza el art.193 del C.P.P. El juez la autorizó, lo que mereció la interposición de un pretendido recurso por parte de la Defensa, que no encuentra respaldo en la norma del art. 370 del C.P.P. Así, agrega, el Sr. Juez rechazó la vía impugnativa intentada por el Sr. Defensor y la declaración de la víctima fue llevada a cabo conforme el art. 193 del C.P.P. Se reformuló la acusación con posterioridad y se realizó finalmente la

audiencia preliminar, donde se ofreció la declaración de la menor ya recepcionada en Cámara Gesell, sin objeciones por parte de la Defensa y la Sra. Juez admitió dicha prueba.-

Agrega que al encontrarse admitida la incorporación de la declaración de la menor víctima en Cámara Gesell este Ministerio Fiscal no realizó ninguna petición especial al respecto al comienzo del debate, como así tampoco la Defensa solicitó que la misma no sea incorporada. Al finalizar la incorporación de la prueba testimonial, y cuando solo faltaba el testimonio de la Lic. G. A., que se encontraba fuera de la zona, se dispuso por parte del Tribunal dar comienzo a la escucha y exhibición del video con la declaración de A. G.. En ése momento es cuando la Defensa comienza con cuestionamientos a que se exhiba la declaración. Hace alusión a que quiere que previamente deponga la Lic. A., como así también tangencialmente parece cuestionar la validez de la Cámara Gesell mencionando aquel recurso interpuesto por el Sr. Defensor y denegado por el Juez.-

Entiende que tan ambiguo, confuso y amplio fue el planteo de la Defensa en tal oportunidad que, al contestar el mismo y por la posibilidad de que lo solicitado por la Defensa fuera la nulidad de la declaración ya brindada por la menor, se opuso enfáticamente a la misma, afirmando la validez de aquella declaración, e indicando que si el Tribunal

consideraba que aquel recurso intentado por la Defensa debía tener acogida y ser tratado ahora por los magistrados, para el caso que se invalidara o cuestionara dicha declaración, en subsidio solicitaba se ordenara nuevamente la deposición de A. en la instancia de juicio, que, aunque revictimizante para la niña, podía perfectamente autorizarse. Ello porque tal prueba había sido ofrecida por su parte y admitida por la Juez de la audiencia preliminar. De manera que, si a la postre se invalidaba la misma dicho acto podía perfectamente reproducirse en el debate conforme la norma del art. 314 inc. 1 del C.P.P.-

Señala que los Sres. magistrados, con argumentos que no comparte, y ocasionando una grave revictimización a A. G., deciden en resguardo de las garantías del imputado hacer lugar a aquella impugnación interpuesta, y no autorizar la incorporación de la Cámara Gesell previamente recepcionada. Pero, en el entendimiento que la declaración de la joven había sido ofrecida por ella en la acusación y Audiencia Preliminar y aceptada por la magistrada de la misma, y la petición en subsidio que efectuara al respecto, ordenan la nueva declaración de A..-

Aduce entonces que el planteo respecto de la Cámara Gesell fue interpuesto por la Defensa, que en una fundamentación confusa provocó la decisión que ahora cuestiona. No resulta cierto, destaca, que

oficiosamente el Tribunal ordenara la prueba: lo hizo a raíz del cuestionamiento que la Defensa incorpora extemporáneamente al debate y atento la petición en subsidio que efectúa el Ministerio Fiscal.-

Reitera que la declaración de la víctima, fue ofrecida tanto en la acusación como en la audiencia preliminar y aceptada por la magistrada actuante. No se ha pretendido sorprender con la producción de prueba no ofrecida ni aceptada. Pero tampoco resultaba posible que los magistrados, cuando deciden no incorporar la declaración ya prestada, privara a ésta parte de la producción de la misma, cuando había sido ofrecida y aceptada y por los principios que rigen el proceso penal y lo normado por los arts. 314 inc. 1° y 325 4° párrafo era absolutamente procedente la producción de dicha prueba. Aduce que no ha habido una concesión por parte del Tribunal a éste Ministerio Fiscal que el ritual no permita, sino que ha respetado la prueba ofrecida en tiempo y forma y aceptada también oportunamente. Las razones apuntadas claramente ponen de manifiesto la absoluta improcedencia del planteo de la Defensa en el punto, el que por lo indicado ut supra deben ser totalmente desechado.-

En lo concerniente al segundo de los agravios expuestos,

alega que al tratarse de diversos hechos sucedidos en el tiempo y que la víctima contaba con 11 años de edad resulta imposible precisar con mayor exactitud el momento de ocurrencia de los mismos. El Ministerio Fiscal los fijó en ese período de tiempo originalmente teniendo en cuenta que habían sucedido cuando A. tenía 11 años y tomando en consideración entonces el día de nacimiento de la niña (3 de Setiembre de 1994).-

Señala que la menor los relata de dicha manera sin poder precisar con mayor exactitud las fechas, lo cual torna más verosímil su relato, pues podría generar suspicacias o sospechas si la niña hubiera precisado exactamente los días de ocurrencia de ellos, salvo que hubieren estado relacionados con algún acontecimiento personal o familiar que le permitiera determinar más precisamente los hechos en dicho período de tiempo.-

Por otra parte, pone de relieve que la Sra. F. admitió que en dicho período hubo una separación temporal del Sr. N.. Por su parte el testigo P. S., aportado por la Defensa, indicó que N. vivió durante 8 meses en su casa por haberse separado de su Sra. y hasta dice recordar que hasta el 16 de Febrero de 2007 duró el alojamiento del nombrado en su domicilio.-

Más allá de la inconsistencia del testimonio de S., cuya

veracidad pone en duda, atento la memoria selectiva que demostró el testigo en su deposición. A pesar de ello sí recuerda que el tiempo que vivió en su casa el imputado fue de 8 meses y lo más llamativo fija el día en que volvió **N.** al domicilio familiar como el 16 de Febrero de 2007. Aduce que aún cuando quiera creerse en la veracidad de lo indicado por S. resulta entonces de dicha deposición que N. vivió aproximadamente 8 meses con él, que fue a vivir en Junio de 2006 y que culminó el 16 de Febrero de 2007. En tales circunstancias el hecho imputado era plenamente posible de ocurrir, circunscripto ahora, y tal como lo adujo en Ministerio Fiscal en su alegato y los resolvieron los Magistrados de juicio, como ocurrido entre los meses de Septiembre de 2005 y Mayo de 2006.-

Destaca que no se ha podido, a pesar de los esfuerzos realizados, precisar con mayor exactitud el momento de ocurrencia de los hechos, pero sí se ha determinado el período de tiempo más aproximado posible. Los sentenciantes han hecho lugar a la prueba ofrecida por la Defensa, por lo que mal pueden indicar que ésta imprecisión les ha impedido ejercer la defensa material, de hecho lo han realizado y hasta con éxito. Pero no pudieron en modo alguno desacreditar la acusación en el restante período de tiempo en el que N. vivió con el grupo familiar, por lo que la condena al respecto deviene absolutamente ajustada a derecho, no

solo no ha violado el derecho de defensa del imputado sino que lo ha acogido con plenitud y ha tenido por acreditados los hechos en el lapso de tiempo que con fundamento en lo antes indicado y lo esgrimido por la Defensa ha sido plenamente posible la ocurrencia de ellos.-

Por las razones señaladas, entiende que no asiste razón a la defensa y que debe confirmarse el fallo condenatorio por Abuso Sexual Simple agravado por la Convivencia (art. 119 1 y 5 párrafo en relación al 4° párrafo inc. F y 45 del C.P.) ocurrido entre los meses de Setiembre de 2005 y Mayo de 2006 cometido por O. N. en perjuicio de A. G..-

En lo que se vincula al tercer agravio -falta de correlación entre la acusación y la sentencia-, interpreta que en modo alguno ha habido en la sentencia en crisis vulneración a garantías o derechos del imputado, que acarreen la nulidad de la sentencia por violación al principio de congruencia. Destaca que, si bien es cierto ha habido diferencias entre el hecho descripto en la acusación y lo dispuesto por los sentenciantes, los mismos han dado razón en sus votos no solo de las causas por las cuales se han apartado de la calificación legal escogida por el Ministerio que representa y la querella (con fundamentos que no comparte), sino que además han indicado que han modificado precisamente eso: la calificación legal, trasnscribiendo parte de los votos al respecto.-

Señala que si bien existen algunas diferencias entre la acusación formulada por los acusadores y la sentencia, dichas diferencias en modo alguno pueden calificarse de esenciales, sino todo lo contrario, por lo que ellas han de ser toleradas. No puede pretenderse una identidad absoluta en los términos de acusación y sentencia, pues las vicisitudes propias del juicio oral en la mayoría de los casos van a modificar las circunstancias fácticas descriptas primigeniamente en la acusación. Pero esas diferencias, en modo alguno alteran el núcleo del hecho imputado y son la razón del juicio.

Puntualiza que en la pieza acusatoria se ha endilgado al imputado N. el acceso carnal a la joven A. G. que contaba con 15 años de edad, con quien el imputado convivía por ser esposo de la madre de la niña, quien detentaba una relación de poder dentro del núcleo familiar y obviamente la edad de N., ostensiblemente mayor que la víctima A.. Pero asimismo, de la pieza acusatoria se desprende también que la joven no salía a bailes, que nunca había antes había mantenido relaciones sexuales, como así tampoco que no había tenido novio. Todas estas circunstancias que claramente hablaban de una inmadurez sexual de la víctima fueron previamente conocidas por el imputado y la Defensa.-

Alega que no puede pretender la Defensa que el hecho se

circunscriba con estrictez a la relación del hecho de la acusación, pues de lo contrario la norma del art. 332 C.P.P. perdería sentido. Sabido era para la Defensa que podían los Magistrados otorgar una calificación jurídica distinta, y entre ellas, atento las características de los hechos, la calificación de estupro era una posibilidad. Debe advertirse que, en ambos casos, (art. 119 y art. 120 del C.P.) el bien jurídico protegido resulta idéntico -la integridad sexual de la víctima-, el modo comisivo -acceso carnal- también resulta idéntico, y la edad de la víctima también permitía la calificación finalmente escogida por los sentenciantes.-

Señala que no se advierten ni tampoco se mencionan, en la crítica que efectúa del fallo la recurrente, qué actividades concretas en pos de la defensa de su pupilo ha dejado de poder realizar ante el hecho atribuido en la sentencia a N.. No se mencionan las actividades concretas que no pudo realizar, sencillamente porque no ha existido menoscabo real al ejercicio de defensa que se pretende conculcado.-

Destaca que más allá de los argumentos vertidos, el nuevo ordenamiento procesal autoriza expresamente, en el art. 332, a proceder como lo ha hecho el *a quo*. Así, al autorizar el artículo citado al Tribunal a condenar lo condiciona a que dicha condena no sobrepase los límites de la acusación. Asimismo, en el segundo párrafo, la mentada norma permite

que el Tribunal en su condena dé al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación, imponiendo para ello la restricción que no se lo condene a un precepto penal más grave o bien por un ilícito que no hubiere podido resistir la acusación.-

Como conclusión, y por las razones invocadas precedentemente, se opone expresamente éste Ministerio Fiscal a la petición de la defensa a que se anule el fallo en crisis, y más aún todavía al pedido de absolución de su pupilo, el que a todas luces devendría arbitrario a la luz de lo manifestado en el presente y lo indicado por este Ministerio Público en su impugnación extraordinaria.-

3) La patrocinante de la parte querellante, en respuesta a la vía recursiva articulada, señala que a su criterio debe rechazarse la vía impugnativa articulada y confirmarse la sentencia emitida por el Tribunal de juicio.-

En relación al primero de los puntos de agravio, sostiene la menor no presencio el debate, por lo que mal podría haberse contaminado su testimonio poniendo en sus palabras expresiones vertidas por profesionales en sus deposiciones. Entiende que este argumento está desprovisto de toda sustanciación jurídica y sin ninguna prueba que sustente el agravio. Vinculado al segundo vicio denunciado, aduce que

resulta imposible precisar con exactitud el momento de ocurrencia de los hechos. Entiende y admite que a pesar de los esfuerzos realizados, no se ha podido precisar con mayor exactitud el momento de ocurrencia de los hechos, pero destaca que se ha determinado el período de tiempo más aproximado posible.-

A todo evento, señala que no se ha podido desacreditar la acusación en el restante período de tiempo que el acusado vivía con el grupo familiar, por lo que la condena al respecto deviene ajustada a derecho. Por consiguiente, entiende que debe confirmarse el fallo en lo que a este punto se refiere.-

En lo relativo al tercer vicio denunciado, interpreta que no ha habido en la sentencia vulneración a garantías o derechos del imputado que acarreen su nulidad por violación al principio de congruencia.- Sostiene que si bien existen algunas diferencias entre la acusación formulada por los acusadores y la sentencia, tales discrepancias en modo alguno pueden ser calificadas de esenciales, por lo que pueden ser toleradas. Puntualiza que no puede pretenderse una identidad absoluta en los términos de acusación y sentencia, ya que las vicisitudes propias del juicio oral en la mayoría de los casos modificarán las circunstancias fácticas descriptas primigeniamente en la acusación.-

Pone de relieve que el art. 332 del CPP autoriza a proceder como lo ha hecho el órgano sentenciante, agregando que en su párrafo 2°, la citada norma permite dar una calificación legal distinta a la contenida en la acusación, con la restricción de que no se lo condene a un precepto legal más grave. Sobre la base de tales argumentaciones, reclamó el rechazo de la impugnación deducida y la confirmación del pronunciamiento.-

4) En ocasión de celebrarse la audiencia prevista a tenor del art. 385 del CPP, las partes mantuvieron oralmente las posturas reseñadas. Además, la parte querellante solicitó que, para el caso de confirmarse el pronunciamiento recurrido, se decrete la prisión preventiva del imputado **N.** expresando. Sobre esta petición puntual, ejerciendo el derecho a réplica y corrida vista a la Defensa, dictaminó que no están dadas las condiciones para adoptar una medida tan gravosa; aún cuando la parte requirente no haya expuesto argumentación alguna, interpreta que basaría su requerimiento en un eventual peligro de fuga. Ello no es suficiente para imponerla, pues **N.** ha comparecido a todas las citaciones que se le formularon. Destacó que debe probarse el riesgo alegado, citando en su apoyo las disposiciones contenidas en las Reglas de Tokio y la CIDH, que exigen probar concretamente el motivo que se esgrime; y no están dadas

tampoco las exigencias establecidas en la Constitución Nacional, la Provincial, en los Pactos Internacionales ni el principio *pro homine*, donde se establece que es una medida a la que debe acudirse como *última ratio*, y sus condiciones de procedencia, además de no verificarse en la especie, no han sido expuestas ni probadas. El imputado estuvo presente toda vez que se lo requirió, aún conciente de que afrontaba la posibilidad una severa pena. Entonces, no se puede pedir la medida sin esgrimir fundamentos serios.

Los Representantes del Ministerio Público Fiscal, concedida que les fuera la palabra en lo atinente a esta solicitud, no formularon ninguna manifestación.

De conformidad a las normas que regulan el desarrollo del debate por analogía, se concedió la posibilidad de expresarse, finalmente, tanto a la parte querellante como al imputado.

II.- La competencia de esta Cámara en lo Penal, de conformidad a las disposiciones de los arts. 369 y ccs. del C.P.P., está ceñida a "los puntos de la resolución a que se refieren los motivos del agravio…".-

1) El planteo defensista plasmado en el primer agravio,

nos remite al tema de la gran relevancia que tiene, en el modelo de enjuiciamiento oral, la prueba testimonial, y más aún en el caso puntual del denominado "testigo-víctima" cuando el delito juzgado es de los calificados como "clandestinos".-

Sobre el particular, reiteradamente, hemos puesto de resalto la suma importancia de que en el proceso penal se le dé un lugar adecuado a la voz de la víctima –niña o adolescente-, y en un marco idóneo desde lo técnico, que permita valorar del modo más pertinente todo cuanto expresan sus discursos. Para ello, existe consenso en que la modalidad de entrevista en Cámara Gesell, conducida por un profesional de la Psicología, satisface dichos requerimientos.-

En apoyo de lo expuesto, leemos en los "Cuadernos de medicina forense", año 4, n° 2 (7-10): "Rol del psicólogo forense en las declaraciones de niños y adolescentes víctimas en el fuero penal –Ley n° 25.852. La psicología forense, el menor víctima y su testimonio", por Ana María Barchietto, que: "...Siempre nuestro objeto de estudio es la subjetividad humana en donde ésta se despliegue. El testimonio de un niño expresa una realidad subjetiva... en su relato hay señales, signos, indicadores expresivos y objetivos que debemos aprehender con los procedimientos científicos congruentes a este objeto de estudio. Nuestra

tarea es conducir el espacio intersubjetivo para crear las **condiciones apropiadas** para que se produzca el hecho de discurso... **Debemos sostener la palabra del niño o el adolescente donde ella se produzca**, ... Para ello tenemos que ... conocer los procedimientos adecuados para aprehender y diagnosticar los fenómenos psicológicos que se expresan en el discurso. Aquí incorporamos **todo el conocimiento** de la clínica psicopatológica, más los aportes de la lingüística estructural ...” (el destacado me pertenece).-

Por su parte, la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de nuestra Provincia entiende, en orden a las audiencias que se realizan en la Cámara Gesell, que: “…El complejo de leyes protectivas condiciona las prácticas judiciales en este sentido. Se opta por **lo más útil**. Se ha impuesto así la ‘Cámara Gesell’ y un interrogador calificado como ámbito y modo de realización del acto procesal que, por lo demás, es controlado por las partes y materializado en presencia del Juez … comunicándose las preguntas que se formulan al interlocutor del testigo. Por consiguiente **no trasiega norma ninguna** el hecho de que las cosas hubieran pasado como pasaron en la medida en que: a. **no se ha vulnerado el ejercicio de derecho de defensa en juicio**, pues se ha podido controlar y confutar los testimonios … b. **no se ha damnificado a los niños** que

pudieron exponer sin mella de la especial consideración que merece al orden jurídico" (cfme. autos caratulados: "M., C.A. s/ Abuso sexual de menor de ** años mediante intimidación con acceso carnal por vía oral…", expediente n° 21.095, folio 33, año 2007, sentencia n° 8/09, dictada el 3 de febrero de 2009, el destacado ha sido agregado al original).-

2) En el presente caso, la Defensa se queja por la decisión tomada por el tribunal de juicio, en el sentido que "de oficio" habría dispuesto la medida de prueba consistente en la deposición de la víctima en Cámara Gesell, en aquella etapa procesal. Ahora bien, del propio recurso de la Defensa se desprende –y lo destaca el Ministerio Público Fiscal en su responde-, que los motivos que han llevado a los Jueces del debate a adoptar esta determinación, se vinculan de modo directo con un planteo defensista, formulado oportunamente en la etapa de la audiencia preliminar.-

Si tenemos en cuenta, por otro lado, que el art. 299, último párrafo, C.P.P. prescribe que: "La decisión del juez que admite o que rechaza un medio de prueba no vincula al tribunal del debate"; y, como ya se anticipara, había existido previamente un cuestionamiento a la primera declaración de la niña víctima en Cámara Gesell, se advertirá entonces con claridad que no es posible sostener que lo actuado por el Tribunal de juicio,

pueda constituir una “irregularidad procesal” en perjuicio de la Defensa -todo ello, con independencia del acierto o error de la decisión, dado que en principio se procura siempre que este tipo de medidas de prueba se realice una sola vez, y no que se reproduzca en los sucesivos momentos del proceso-.

Una vez esclarecido este marco general relativo al tema que cuestiona la impugnante, resta considerar por último que la decisión del Tribunal de juicio sobre la oportunidad de la declaración dentro de la propia etapa –es decir, si se recepcionaba esta prueba al comienzo de la audiencia, durante su desarrollo, o al final-, tampoco puede cuestionarse en términos de “irregularidad”; sino que, por el contrario, debe apreciarse como comprendido dentro del marco de discrecionalidad con que cuenta el Tribunal del debate, para ordenar la secuencia de los distintos actos que lo integran.-

3) Finalmente, a una solución semejante, en el sentido que no se verifica ninguna irregularidad procesal, merece arribarse en relación con el planteo referido a una presunta “contaminación” del testimonio de la víctima, quien podría haberse valido en su deposición de expresiones y contenidos, tomados de otros declarantes en el juicio oral. Y es que esta cuestión, corresponde sea merituada al momento de la valoración final del

testimonio, pero no puede afirmarse seriamente que por ello se coloque en riesgo a la validez del mismo; por lo demás, la Defensa tampoco ha demostrado que en la merituación de esta deposición de cargo, el Tribunal incurriera en arbitrariedad.-

4) Corresponde en definitiva rechazar el presente agravio.-

III.- 1) El gravamen que sigue a continuación, comienza por denunciar una presunta vulneración al principio de "determinación del hecho de la acusación", con cita del art. 8.2 inc. b de la CADH, en virtud de una "imprecisión temporal"; para luego pretender, que, ante el resultado de la prueba producida durante el debate, en la medida en que el tribunal de juicio tuvo por acreditado un lapso menor, debió haber operado el principio *favor rei*, en vez de la condena del acusado O. N. por el primer hecho calificado como –según la sentencia, punto II del fallo-: "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 párrafo cuarto inciso 'f' y 45 del Código Penal), 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° XXXX del Bo. P. de esta ciudad".-

2) En primer término, se advierte que la forma en que se han presentado los hechos de la acusación, respeta los lineamientos que son usuales en estos casos; es decir que, tratándose de sucesos acaecidos en el seno de la intimidad familiar, en un tiempo bastante anterior al inicio del proceso, se procura describir los hechos con la máxima precisión posible, aunque forzosamente relativa, por las particularidades de los mismos.-

Al respecto, cabe recordar en este punto que: la acusación fiscal cumple fundamentalmente una "función informativa", por lo cual sólo cuando ella no permita "percibir claramente el reproche que contiene", para que el imputado se pueda "defender en forma adecuada", la apertura del procedimiento debe ser rechazada. Particularmente, en casos similares al presente, de una "pluralidad de abusos sexuales contra niños", Roxin cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán, en el sentido que para que concurran los requisitos de la necesaria determinación de los hechos, se considera suficiente a título ejemplificativo con que: "se señale la víctima del hecho, las características principales del modo de comisión, un determinado espacio de tiempo en el que se cometió y el número máximo de hechos punibles reprochados" (cfme. aut. cit., en su obra "Derecho Procesal Penal",

edit. del Puerto, pág. 339).-

3) Por su parte, en lo concerniente a que la sentencia tuvo por probado un hecho, cuya ubicación temporal corresponde a un período más corto que el original de las acusaciones, tampoco ello puede poner en riesgo la validez del pronunciamiento; sobre todo, si tenemos en cuenta que ello obedeció a la actividad probatoria de descargo de la Defensa, receptada favorablemente por el Tribunal en su fallo.-

En apoyo de todo cuanto se viene exponiendo, hemos de citar la opinión de Langevin en su obra: "Nuevas formulaciones del principio de congruencia: Correlación entre acusación, defensa y sentencia", (edit. Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires 2008, capítulo IX, pág. 90), cuando enseña que: "Para la comparación entre acusación y sentencia no sirve por restringido el mero concepto que brinda el tipo legal. Ni siquiera la determinación misma de único hecho o pluralidad de hechos debe realizarse según las valoraciones jurídicas que brinda el Derecho Penal, sino que debe tomarse el suceso en el sentido natural de acontecimiento histórico con todas sus modalidades temporales y espaciales... que vienen determinadas por la noción de objeto procesal. **No es preciso una identidad absoluta**, pues atañe **solamente** a los elementos fácticos **relevantes** para la defensa, que se erige así como un criterio

corrector por fuera de los hechos, ya que lo que se pretende es asegurar al imputado la posibilidad de defenderse con la plenitud de sus facultades respecto de todo elemento relevante de la imputación, en forma que se excluya cualquier sorpresa" (el destacado no pertenece al original).-

En el mismo sentido, cabe citar lo expuesto por Dr. Alfredo Vélez Mariconde en su obra "Estudios de Derecho Procesal" (Imprenta Universidad Nacional de Córdoba, Ed. 1956, páginas 116 a 124), citado por el Ministro Pfleger en la sentencia n° 56/09, de la Sala penal del STJ, al considerar la tópica de la "Correlación entre la Acusación y la Sentencia", en la cuál reseña: "...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 naturalmente 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.-

Retomando ahora la opinión del autor antes mencionado (Langevin), él mismo también cita en su obra (pág. 209 y s.s.) jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, acerca de la forma como debe interpretarse la labor de la acusación a lo largo del proceso, en los siguientes términos: "En el ámbito de un trámite procesal de naturaleza inquisitiva, la acusación fiscal es de muy distinta factura que en el marco de un proceso acusatorio... En el segundo, **el centro de gravedad finca en el debate**, respecto del cual la instrucción tiene mero carácter preparatorio de un complejo acreditante que, salvo medidas irreproducibles, recién **adquirirá contornos definitivos en el curso de la audiencia**. Es así como en la ley ..., enrolada en la corriente acusatoria, el pronunciamiento fiscal solicitando la elevación a juicio sólo tiene carácter de conclusión provisoria…" (causa:

"R.G.", del 13/11/2003 –el destacado me pertenece-).-

"En las etapas **previas** al juicio, **no** podría exigirse al órgano acusador ni al Tribunal un conocimiento absoluto y detallado sobre cada una de las circunstancias y particularidades del suceso, de modo que todas aquellas precisiones contenidas en la sentencia pero ausentes en actos

anteriores, como en el caso, en la acusación, **no** implican por sí solas detrimento a garantía alguna si al incluirlas **no se excede la primitiva extensión del hecho** y con ello **sólo se introducen variaciones** que derivan de un conocimiento **más profundo e intensivo** del mismo" (causa: "L.C.", del 20/12/2001 –el destacado ha sido agregado al original-).- 4) El agravio debe rechazarse también en este caso.-

IV.- 1) De acuerdo a la reseña practicada en el apartado I, se advierte que la Defensa sostiene que al haber concluido el Tribunal de juicio en la "inexistencia de los medios comisivos del art. 119 … del CP", devenía "ineludible" la absolución del acusado O. N.. En esta misma línea de argumentación, también pretende la impugnante que los jueces del debate se apartaron del principio de imparcialidad,

"posesionándose en la actividad propia de los acusadores", condenado por la figura de Estupro, cuando en cambio debieron haber decidido la absolución de su defendido. Corresponde entonces analizar si resulta razonable tal petición, teniendo en cuenta que el Tribunal concluyó que no podía condenar por la calificación jurídica habida en la acusación; pero, en cambio, que el hecho imputado sí se subsumía en otro tipo penal, cuyo disvalor era relativamente correspondiente.-

A fin de contestar este planteo comenzaremos por reseñar,

brevemente, la forma en que los sentenciantes han fundado la solución por la que optaran en el decisorio. Así, a título ejemplificativo, leemos en el voto del Juez penal Nicosia a la primera cuestión: "…en el caso no se han probado … parte de las proposiciones fácticas traídas al juicio por las acusadoras, … la falta de acreditación suficiente de los medios comisivos que el tipo penal seleccionado demanda (violencia o amenazas, ínsitos dentro de la modalidad de abuso coactivo de una relación de poder) ocluyen la adecuación del comportamiento endilgado dentro del tipo penal previsto en el artículo 119 en sus párrafos primeo y tercero… No obstante, hemos coincidido … en que, aún con las parcelas del hecho en que las partes acusadoras sí han tenido éxito en su empresa probatoria, resulta que las acciones materia de reproche aún configuran una infracción penal que, aunque distinta a la pretendida por las requirentes, posibilita la subsunción de la conducta endilgada dentro de la figura delictiva propia del artículo 120 del Código Penal, sin que esta modificación de la significación jurídica de los hechos enjuiciados –**más beneficiosa** para el imputado- implique un menoscabo a su derecho de defensa por considerar que el mismo pudo resistirla eficazmente durante el transcurso del **proceso en concreto**, se ha acreditado no solamente que la víctima contaba al momento de hecho con quince años de **edad**… sino también que el **comprobado acceso carnal**

del imputado respecto de A. lo ha sido mediando **aprovechamiento** de su inexperiencia o inmadurez sexual **en razón de** su mayoría de edad y relación de preeminencia con la víctima. Ya he tenido oportunidad de exponer los argumentos bajo los cuales mediaban en el caso una relación de ascendencia entre N. y A., como asimismo se encuentra debidamente acreditado que el mismo resultaba ser mucho mayor en comparación con la menor agraviada, … Asimismo, y aún cuando no fuera incluido de manera expresa en la plataforma fáctica materia de acusación, la **inexperiencia sexual de la ofendida** … fue ampliamente debatida y probada merced a las **testimoniales rendidas en juicio bajo las reglas de contradicción procesal** por parte de la propia víctima, su hermana K. G., su amiga J. A. y su progenitora A. L. F.. Ello desde luego era de conocimiento directo del imputado en su **condición de padrastro y guardador de la menor**, y configura a mi juicio una figura típica del artículo 120 del catálogo represivo, en tanto y en cuanto, la verificación de una de las acciones previstas en el párrafo tercero del artículo 119 del mismo cuerpo legal – acceso carnal por vía vaginal- lo ha sido **mediando** el aprovechamiento de parte del imputado de la inmadurez sexual de la víctima de quince años de edad, en razón de su relación de preeminencia

con la misma y su mayoría de edad" (el destacado ha sido agregado al original).-

Por su parte, en su posterior sufragio a la segunda cuestión, el referido magistrado añadió: "…aún cuando respecto del segundo de los hechos que fueran materia de imputación voto por encuadrar el mismo en una figura penal distinta de aquella que fuera objeto de requerimiento por parte de los acusadores …, descarto en la especie cualquier clase de menoscabo al principio de congruencia en virtud de ésta tipificación, pues **el acceso carnal, la mayoría de edad del sujeto activo, la situación de convivencia constitutiva de la preeminencia exigida, y la inmadurez sexual de la víctima** siempre estuvieron presentes aún de manera tangencial dentro de la plataforma fáctica atribuida, siendo extremos que formaron parte de las alegaciones en el transcurso del debate, y a todo evento, no deja de ser por ello un cambio de calificación **favorable**, pasible de ser incluido dentro de los alcances del aforismo latino '*iura novit curia*' y cuya resistencia en debate no se advierte como de imposible consecución por parte de la defensa técnica del inculpado en la forma reglada por el artículo 332 párrafo segundo del CPP…" (el destacado ha sido agregado al original).-

Podemos afirmar que existe mayoría en la sentencia

inspeccionada, en torno al punto, si tenemos en cuenta la opinión del Juez penal Casal, al respecto, en su voto a la segunda cuestión: "… he sostenido… que esta probado el **acceso carnal** entre el imputado y A. cuando ésta contaba con 15 años de **edad**. Ergo, conforme lo hemos acordado en la deliberación, la figura aplicable es la de estupro que prevé el art. 120 sustantivo. El art. 332 … faculta al tribunal a dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación … es facultad del tribunal asignar la calificación jurídica aplicable al hecho, que en la especie, como lo señalé es la de estupro o lo que es lo mismo abuso sexual con aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima. No asiste razón a la parte acusadora en el sentido de que la figura exija la seducción de la víctima, como históricamente se la había concebido (citas D' Alessio Andrés, Código Penal II, pág. 186…) …En consecuencia, **existiendo** acceso carnal con una menor de 16 años, aprovechándose de su inmadurez sexual, hay estupro. Lo que la ley requiere es que ese **aprovechamiento se origine** o bien en la mayoría de edad del autor, o en una relación de preeminencia o en otra circunstancia equivalente. **Esta relación de preeminencia** es lo que entiendo primó en el

aprovechamiento de la inmadurez sexual de A., la que, en mi opinión, se encuentra prístinamente acreditada merced a los **testimonios de C. P. C.,**

de J. NA., de su hermana K., de su progenitora, de sus propios dichos y de los de G. Á.. Consecuentemente, califico este hecho como Estupro agravado por ser cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma en los términos del art. 120, segundo párrafo en función del 119 párrafo 4 inciso ‘f’ del Código Penal (el destacado ha sido agregado al original).-

2) Un repaso suscinto de la prueba testimonial citada por

los Magistrados, según la reseña del apartado precedente, nos ha confirmado que el temperamento adoptado por los mismos, se corresponde con el contenido de dichas declaraciones.-

Al solo título ejemplificativo, y cuidando de no ingresar en transcripciones que puedan resultar demasiado extensas, tengo en cuenta en el entendimiento apuntado, que la Sra. Psicóloga forense subrogante, Lic. E. G. Á. fue interrogada durante la audiencia de debate acerca de los conocimientos que la niña víctima tenía sobre sexualidad, explicando la experta que el mismo solo consistía en el saber adquirido en la escuela, sin que haya tenido tampoco novio; todo ello, según lo que la profesional pudo recabar en oportunidad de la declaración de la joven en

Cámara Gesell, como así también en ocasión de entrevistas privadas, en el marco de su intervención técnica en el caso. Por otra parte, cabe destacar respecto a esta deposición, que la perito oficial fue interrogada por la Defensa de N. -precisamente-, respecto a la metodología y las técnicas empleadas en su intervención, lo que nos confirma que se han respetado las reglas del contradictorio en este punto –tal como lo pusieron de resalto los jueces del juicio, según ya lo reseñáramos *ut supra*-.-

En cuanto al testimonio de la hermana de la víctima, K. G., podemos destacar que esta joven confirmó que el trato del acusado hacia la Sra. F. era violento, siendo habitual por ejemplo que luego de algún episodio de esta naturaleza, se llevara a sus hijos biológicos del hogar, con la obvia finalidad de afectar a su esposa. Todo ello hizo que la testigo K. comprendiera que su hermana no quisiera revelarle a su mamá lo que ocurría con su padrastro, a fin de evitar que la revelación afectara aún más las relaciones intra-familiares y en perjuicio de su madre. Otro aspecto muy relevante de esta deposición, ha sido el relativo al arma de fuego reglamentaria portada por N., como una circunstancia que evidentemente también ha influido sobre la víctima para sentir temor por lo que pudiera ocurrirles a su mamá y sus medio-hermanos, en caso de un develamiento.

Puntualmente, la joven K. relató que su hermana le respondió, ante su admonición: “hubieras gritado”, lo siguiente: “sabés que tiene el arma”, y que tenía miedo por su madre y sus hermanos –además, K. también relató un episodio del que fue testigo, en el cual el imputado exhibió el arma de fuego reglamentaria a la Sra. F., con motivo de un incidente que se suscitó por la presencia de un tercero, en las afueras de la vivienda-. Finalmente, también esta testigo ratifica que su hermana no había tenido novio ni experiencia sexual, porque de haber sido así ella se hubiera enterado porque son muy confidentes.-

Por último, similares datos pueden extraerse de la testimonial bajo juramento de la joven J. A.; es decir, que la víctima no había tenido novio, ni tampoco relaciones sexuales; y en cuanto al perfil de N., corrobora la existencia de problemas de violencia doméstica, en cuanto a que en una oportunidad el mismo “le tiró con una plancha, a la mamá de su amiga A.”.-

3) En primer término, corresponde destacar que no puede cuestionarse el fundamento ritual que los miembros del tribunal de juicio le han dado a su decisión de encuadrar el hecho en la figura penal del art. 120

CP; desde que, el art. 332, segundo párrafo C.P.P. prescribe claramente que: “En la condena, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella indicada en la acusación …”.-

Pero también es cierto que, modernamente, las elaboraciones teóricas que se utilizan para conceptualizar los requisitos de la sentencia –y, en particular, el principio de congruencia-, en líneas generales coinciden en que la mera invocación del principio *iuria novit curia*, en la formulación de la doctrina nacional, a veces no resulta suficiente para atender debidamente planteos como el que ha traído, en el caso, la impugnante.-

Como vemos, el tema resulta bastante complejo en su abordaje y, además, el estándar que se recomienda tener en cuenta para corregir y precisar los alcances de *iuria novit curia*, es decir el criterio denominado como de “desbaratamiento de la estrategia defensiva” –CSJN (Fallos, 319:2959, voto de los Dres. Petracchi y Bossert; dictamen del Procurador Fiscal ante la CSJN, en autos: “Antognazza”, 28/3/06, pto. III, sentencia de la CSJN del 11/12/07)-, no siempre brinda pautas precisas, ni a las partes, ni a los tribunales, acerca de cuáles han sido las circunstancias específicas en que se produjo tal “infracción”.-

En el presente, hemos acordado en la deliberación, que

resultará dirimente para la solución del recurso, y la conclusión en orden a si medió o no violación al principio de congruencia, por un lado, la forma en que los jueces de juicio han motivado la calificación legal del hecho, en cuanto a los requisitos del art. 120 CP; en particular, el elemento típico "…aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente…" –vinculándolo a lo que se acreditó en el debate-; y, por el otro, la posición de los acusadores frente a la sentencia de condena, según lo han expuesto en esta instancia.-

Al respecto, se advierte que el Ministerio Público Fiscal, en su responde al emplazamiento del art. 384 CPP –y también en la audiencia del art. 385 CPP-, en el que solicita se rechace la impugnación, y se confirme la sentencia, destacó –en línea con el decisorio- que, oportunamente, "…en la pieza acusatoria se ha endilgado al imputado N. el acceso carnal a la joven A. G. quien contaba con 15 años de edad, con quien el imputado convivía por ser esposo de la madre de la niña, quien detentaba una relación de poder dentro del núcleo familiar y obviamente la edad de N., ostensiblemente mayor que la víctima A.. Pero asimismo de la pieza acusatoria se desprende también que la joven no salía a bailes, que nunca había antes … mantenido relaciones sexuales como así tampoco que

no había tenido novio. Todas estas circunstancias que claramente hablaban de una inmadurez sexual de la víctima fueron previamente conocidas por el imputado y la Defensa. Ha de merituarse asimismo que el análisis de la cuestión no puede ceñirse exclusivamente a la descripción del hecho imputado, pues la acusación cuenta con otros elementos, que también son dados a conocer al imputado y su defensa para ejercer plenamente esta. En este punto los fundamentos de la acusación ilustran sobre los elementos probatorios de los que va a intentar valerse la fiscalía para probar su caso, y es precisamente en ellos que estas cuestiones mencionadas ut supra se encontraban relatadas".-

La lectura del escrito titulado: "Formula acusación rectificada", nos confirma, siempre a título meramente ejemplificativo y sin ánimo de excedernos en las transcripciones, que en rubro "Fundamentos de la imputación" se incluyeron: el informe de la Lic. E. G. Á., la declaración de J. L. A., etc.; entre los "medios probatorios" propuestos, las testimoniales de: -entre otros- A. L.

F., progenitora de la víctima; K. G., hermana de la víctima; Lic. G. Á., psicóloga del ETI; la menor J. A., amiga de la víctima; etc.-

4) También pone de resalto la parte acusadora pública,

que una interpretación contraria a lo precedentemente expuesto, determinaría que la norma del art. 332 CPP perdiera sentido; agregando que era sabido para la Defensa que: "…podían los Sres. Magistrados otorgar una calificación jurídica distinta, y entre ellas, atento las características de los hechos, la calificación de estupro era una posibilidad. Debe advertirse que, en ambos casos (art. 119 y art. 120 del CP) el bien jurídico protegido resulta idéntico – la integridad sexual de la víctima-, el modo comisivo –acceso carnal- también resulta idéntico, y la edad de la víctima también permitía la calificación finalmente escogida por los sentenciantes…".-

Si bien el Ministerio Público Fiscal no lo refiere con esta denominación, pareciera ser que está utilizando como argumento para rebatir al impugnante, el principio de homogeneidad de los delitos que aplica mucho la jurisprudencia española. Así lo enseña, entre nosotros, Langevin en su obra ya citada, (págs. 95 y ss.): constituye una excepción al régimen general de la correlación entre la acusación y la condena, por entenderse que no se vulnera el principio acusatorio "cuando el juzgador condene por un delito distinto del que ha sido objeto de la acusación, siempre que aquel sea homogéneo".-

El autor citado, profundiza el punto explicando que los

supuestos de homogeneidad y heterogeneidad han sido establecidos, por la jurisprudencia, en forma casuista; pudiendo afirmarse de modo general, que se permiten los cambios de calificación en los siguientes casos: “a) Si la condena impuesta lo es por un delito de igual o menor gravedad que los acusados, b) Cuando existe identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya el supuesta fáctico de la calificación de la sentencia; c) Todos los elementos fácticos del segundo tipo aplicado por el juzgador deberán estar contenidos en el tipo delictivo objeto de la acusación; y d) El delito objeto de la acusación y el delito objeto de la sentencia son de la misma naturaleza, o bien homogéneos; por tratarse de tipos penales cuyo supuesto fáctico es sustancialmente el mismo”.-

No obstante todo lo expuesto precedentemente –que a mi entender, lleva a concluir que en nuestro caso se han respetado las pautas reseñadas-, agrega Langevin que lo relevante en definitiva, a los efectos de poder apreciar si se ha vulnerado el principio acusatorio, no es la falta de homogeneidad formal entre el objeto de la acusación y el objeto de la condena; sino si, en las circunstancias concretas del caso, el recurrente pudo contradecir la totalidad de los elementos que integran la valoración jurídica, o tipificación de los hechos efectuados en la resolución judicial.-

Tal como ya se ha puesto de manifiesto en el apartado IV.- 2), soy de la opinión que este último requisito también se ha observado en el supuesto que nos ocupa; si tenemos en cuenta lo expuesto precedentemente, acerca de las probanzas que el Tribunal tomó especialmente en cuenta para encuadrar el caso en el art. 120 CP, y la oportunidad que tuvo al respecto la Defensa para ejercer el contradictorio, según lo detalláramos *ut supra*.-

Por último, y a mayor abundamiento en apoyo de todo lo expuesto, los procesalistas españoles resumen lo que se ha configurado como una "sólida doctrina" -en esta materia que nos ocupa- del Tribunal Supremo, del siguiente modo: como regla, los tribunales no pueden penar un delito distinto al que ha sido objeto de acusación, aunque la pena de una y otra infracción sean iguales, o incluso, la correspondiente al derecho innovado sea inferior a la del delito objeto de la acusación, "a menos que reine entre ellos una patente y acusada homogeneidad"; de manera entonces que, en definitiva, se concluye que "… la vinculación del Tribunal es absoluta respecto de los hechos y relativa en cuanto a la calificación, en tanto la variación en la misma suponga alteración del hecho en su esencialidad" (cfme. Armenta Deu,

Teresa, en su obra: "Principio acusatorio y derecho penal", edit. J. M. Bosch,

Barcelona, págs. 132 y ss.). No es lo que ocurre en el presente caso, por lo tanto (argumentación a contrario): la sentencia recurrida ha respetado la debida correlación con la acusación.-

5) Finalmente, cabe destacar que el art. 332 C.P.P. citado, primer párrafo *in fine* establece la exigencia de advertir al acusado de "la modificación posible del significado jurídico de la imputación", en casos de aplicación de un precepto penal más leve, solo cuando se verifica "la imposibilidad de haber resistido esa imputación en el debate"; lo cual, como quedó demostrado a lo largo de todo lo expuesto precedentemente, no ha sucedido en el presente.-

De este modo, se deja perfectamente en claro que el criterio empleado por el tribunal de juicio en la solución del caso, no ha contrariado la jurisprudencia de la CIDH; que, en el fallo "Fermín Ramírez vs. Guatemala", estableció que la calificación jurídica de los hechos puede ser modificada por el Tribunal de Sentencia, sin variar aquellos, cuando se observen las garantías previstas por la ley para llevar a cabo esa modificación -que, se reitera, en el supuesto que nos ocupa, fueron acatadas por el Tribunal de juicio-.-

Una interpretación diversa, que llevara a la declaración de

nulidad del procedimiento adoptado por los sentenciantes, más la reedición del debate, constituiría sin duda un exceso de ritualismo que debe evitarse. Tengo en cuenta, en este particular, la opinión que indica que: “"Las **decisiones de los jueces y las acciones que ordenan** en el ejercicio de sus facultades no pueden resolverse sin apelar, explícita o implícitamente, a principios éticos, y sin **considerar las consecuencias para los afectados por sus decisiones**...Al aplicar una norma (aún suponiendo que la aplicación al caso es formalmente correcta), al obedecerla e imponer la obediencia de la misma a otras personas, el juez asume un compromiso personal y moral que debiera poder justificar ante su propia conciencia. Una razón importante, que forma parte de esta justificación es, lógicamente, la vigencia y la legitimidad de la ley que está aplicando, pero esta justificación legal necesaria no es, sin embargo suficiente, porque su propia decisión de obedecer la ley y de aplicarla al caso particular, no se puede deducir de la ley misma. Aún el juez que se ha formado en el positivismo jurídico debería **poder distinguir y separar** la teoría sobre el origen y el concepto del derecho positivo de la praxis judicial y de **su responsabilidad por la justicia o la injusticia de sus propias decisiones y acciones**, de las que él tiene que hacerse cargo como sujeto moral…”

(cfme. De Zan, Julio: “Ética y función pública”, en la publicación “Ética e Independencia del Poder Judicial. Sesiones de Jueces de Superiores Tribunales de las Provincias Argentinas”, edit. LL, año 2003, págs. 51 y ss., el destacado ha sido agregado al original).-

Por último, recordemos en apoyo de lo expuesto, que: “el criterio rector en materia de nulidades ha de ser aquél que indica que: “...sin perjuicio de su función de garantía, ... debe andarse **con cuidado** en materia de nulidades...los Tribunales, en general, han expuesto reiteradamente que esta sanción procesal es **último recurso** y que se debe atender tanto a la letra de la ley aplicable en la materia cuanto a la efectiva vulneración del derecho que la irregularidad implica. En otras palabras. La nulidad está apareada a la expresa determinación de la norma y, fundamentalmente, al efecto pernicioso del acto sobre concretos derechos de quien o por quien se reclama, ya que **no** hay nulidades en solo beneficio de la ley o nulidad por la nulidad misma. El principio de trascendencia ... importa considerar que no hay correctivo si la desviación no tiene trascendencia sobre garantías esenciales de la defensa en juicio, ya que las nulidades no tienen por finalidades satisfacer pruritos formales sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieren surgir de la desviación ... En el mismo sentido debe exponerse que es deber irrenunciable de quien

invoca la nulidad de un acto –y **de modo fundamental** de la sentencia que pone fin al proceso, luego del debate oral y público- demostrar que la eventual exclusión habrá de conducir de modo decisivo y eficaz a una solución distinta y que ‘de otro modo (la) impugnación carece de justificación que la sustente. Toda nulidad se vincula con la idea de defensa; si el vicio no priva a la parte de su ejercicio ni afecta la garantía en cuestión, la nulidad debe rechazarse’...” (cfme. Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, sentencias n° 28/07 del 23/3/07 y 25/09 del 27/4/09, votos del Dr. Pfleger -el destacado ha sido agregado al original).-

V.- En atención a la propuesta adversa al agravio relativo a una posible incongruencia de la sentencia condenatoria, formulada en el último apartado, y las ya anticipadas en los precedentes también en sentido contrario al progreso de la impugnación, voto en definitiva en negativamente a la presente cuestión.-

VI.- En lo que atañe al pedido de dictado de prisión preventiva articulado por la parte querellante, en ocasión de la audiencia celebrada a tenor del art. 385 del CPP, el Tribunal ha deliberado y arribado a la conclusión que no corresponde hacer lugar al mismo, por falta de fundamentación adecuada, como lo señaló la Defensa en su réplica.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- No he de reiterar los antecedentes del caso a decidir, las posturas de las partes y términos del fallo impugnado, remitiendo para ello al completo detalle del sufragio precedente, sin perjuicio de valerme de algunos de dichos antecedentes para el análisis que pretendo realizar.-

Tres han sido los agravios constitutivos del recurso interpuesto, lo atinente a la validez y valoración probatoria de la Cámara Gesell a través de la que se obtuviera la versión de la menor víctima; el período de tiempo en el que se produjeran los hechos a la postre motivo de condena en el marco del primer y último párrafo del art. 119 del Código Penal, Abuso sexual simple, agravado por la situación de conviviente del sujeto activo; y la utilización por el Tribunal de Juicio de la figura del Estupro, la cual a criterio de la Defensa no fuera incluida en la Acusación ni utilizada en Debate, generando tal decisión un menoscabo inadmisible al derecho de defensa. En ese orden trataré los temas propuestos.-

II.- En la Audiencia preliminar llevada a cabo en fecha 20/8/010, la Defensa solicitó la declaración de invalidez de las Acusaciones Pública y Particular, por carecer ambas de una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, lo cual podría impedir un correcto ejercicio del derecho de defensa. La Magistrada actuante hizo lugar

parcialmente al pedido, pues ordenó que se subsanen las deficiencias de los libelos indicados, otorgando un plazo de quince días a tal efecto.-

Tiempo después, los Acusadores impetraron, y fue concedido por otro Juez, en calidad de anticipo jurisdiccional de prueba (art. 279 del CPPCh.), la realización de una Audiencia para recibir la declaración de la menor víctima en Cámara Gesel, lo que ocurrió en fecha 27/8/010.-

El día 2/12/010 las partes concurrieron a concluir la Audiencia Preliminar, ofreciendo prueba, lo que obra a fs. 15/20 en el Auto de Apertura a Juicio.-

Allí, la plataforma fáctica se consignó de la siguiente manera: entre el mes de septiembre de 2005 y su similar del año 2006, cuando A. G. contaba con 11 años de edad, O. N., padrastro de la niña, por ende conviviente, aprovechando tal circunstancia, la relación de poder con la menor y la ausencia de su madre A. F. pues entre las 20 y las 5 hs. trabajaba en el Casino, cuando sus hermanos se hallaban durmiendo, en el domicilio sito en calle H. nro. XXXX de esta ciudad, el imputado, en su dormitorio y en el de la víctima, al menos en dos ocasiones, tocó los pechos y la vagina de la niña expresándole que no le dijera nada a su madre pues se iba a enojar.-

Luego, en fecha 13 de Noviembre de 2009, cuando la menor contaba con 15 años, aprovechando el contexto descripto precedentemente y el temor que su carácter violento en el seno del grupo familiar generaba en la víctima, en el domicilio aludido, con la Sra. F. en la ciudad de Buenos Aires y el resto del grupo familiar durmiendo, N. ingresó en horas de la noche en el cuarto de la niña, que estaba en la cucheta de abajo, la tomó por sorpresa, la destapó, le tocó los pechos y por las fuerza le bajó el pantalón. Se retiró momentáneamente para ver si alguien se había despertado, lapso en el que la menor se subió la prenda nuevamente, pero regresó, bajándole por segunda vez el pantalón, se colocó encima de la víctima, intentó besarla y la accedió carnalmente por vía vaginal, ante la resistencia y quejas de A., con N. pidiéndole que se callara. Como consecuencia de dicho acto, la víctima gestó un embarazo, interrumpido posteriormente por decisión judicial.-

Los Acusadores tipificaron los hechos como Abuso sexual simple, agravado por la calidad de conviviente, dos hechos en concurso real, los que concurrían, también materialmente con un hecho de Abuso sexual con acceso carnal agravado asimismo por la situación del imputado como conviviente (arts. 45 y 119 primer, 4to. inc. f) y último párrafo del CP).-

También en el aludido Auto de Apertura, fue admitida como prueba la video filmación de la declaración de A. G. en Cámara Gesell, sin recibir objeciones cuando fue ofrecida por parte de la Defensa.-

Ya en Debate, en el alegato inicial, el Ministerio Fiscal y la Parte Querellante reiteraron los postulados de sus escritos acusatorios.-

Al momento de exhibir la video filmación de la declaración de la menor en Cámara Gesell, la Defensa se opuso, manifestando que las preguntas realizadas por la experta que la llevó a cabo fueron "sumamente indicativas", que el acto fue realizado ya concluida la etapa preparatoria, sin proporcionar a su parte el tiempo suficiente para proponer un consultor técnico, recordando que la decisión había sido oportunamente cuestionada en su validez e interpuesto una impugnación extraordinaria a tal fin. El Ministerio Fiscal, luego de oponerse, solicitó, en subsidio, la realización de una nueva Cámara Gesell para recibir el testimonio de la víctima.-

El Tribunal, previo considerar que aquella primera diligencia fue ordenada desatendiendo las normas de los anticipos jurisdiccionales de prueba, reconoció la existencia de la señalada irregularidad en el trámite, afirmó que era idónea para vulnerar el correcto ejercicio del derecho de defensa, por lo cual ordenó la reproducción del

acto, tal como propusiera el Acusador Público, siendo en el contenido del mismo, en el que la menor habría agregado detalles que surgieron en el transcurso del

Juicio, de allí la utilización por la Defensa del término "contaminación", lo que vía el agravio se pretende excluir del plexo probatorio en esta instancia.-

El planteo no es del todo preciso, esencialmente en cuanto a sus alcances. Supongamos que excluimos el testimonio de la víctima del conjunto de pruebas que fueran valoradas en el Debate ¿necesariamente ello redundaría en un pronunciamiento absolutorio? Considero que no.-

Este Tribunal ya desde la época en que llevaba a cabo los Juicios Orales en el sistema adjetivo anterior y en el hoy vigente, tiene dicho que, en esta clase de injustos, la versión de la víctima puede ser "reconstruida" desde los testimonios de familiares, amigos, psicólogos, docentes, médicos etc. ("Licanqueo", sentencia 58/05, entre otros) Ello suele ocurrir en los casos de Abuso sexual infantil, cuando los niños evitan regresar, en las ocasiones destinadas a tal efecto, a vivencias obviamente traumáticas.-

Incluso, la Defensa además de solicitar la exclusión del

referido elemento de convicción, no abordó detalladamente como tal decisión podría haber derivado en un pronunciamiento liberatorio de reproche.-

Sin perjuicio de ello, los parámetros a tener en cuenta para resolver el tema se encuentran vinculados íntimamente a la hermenéutica del sistema adjetivo vigente, pues conjugan los conceptos de Acusación, rol de la Judicatura, admisión probatoria, régimen de invalidación de los actos procesales y respeto al principio de la verdad real (arts. 25 y 26 del CPPCh.), el que tiene un efecto trascendente también en la solución del tercer agravio a tratar.-

Primero, el Juez se encuentra habilitado para identificar, y subsanar, defectos en la Acusación, tal como habilita el art. 295 del rito. Claro es que tal potestad debe ser ejercida sin sobrepasar los límites de su función natural, enunciados en el art. 18. Y la razón de tal prerrogativa no es otra que la custodia del propio derecho de defensa, pues el imputado debe saber claramente de qué se lo acusa.-

No obstante, si a tal decisión tomada en la Audiencia Preliminar le adicionamos la posterior de autorizar un anticipo jurisdiccional para recibir el testimonio de A. G., ya concluida la etapa preparatoria pero previo al Debate, y luego sí, admitir la Acusación,

corregida, y mejorada, en virtud de dicho acto, el análisis podría ser otro, pues podría sostenerse que la Judicatura contribuyó, indebidamente, a mejorar la situación procesal de los Acusadores.-

Así lo entendió el Tribunal y por ello subsanó la irregularidad ordenando la recepción de la prueba nuevamente, ya en Juicio, para lo cual se hallaba sin dudas habilitado pues era soberano en tales cuestiones (art. 299 última parte CPPCh.).-

Conviene detenerse en la viabilidad, respecto del punto, del art. 279 del rito. Más allá que se siga una interpretación restrictiva o amplia de la norma, no se presentaba como evidente que se estuviera en alguna de las hipótesis previstas en el precepto, que permiten excepcionarse del principio de la centralidad del Juicio, sustancial en la estructura del proceso que hoy rige.-

Más allá que se trataba de un testimonio especial (art. 193 del CPPCh.), la posibilidad de "re victimización" de A. que por imperativo de la Convención de los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 CN), se debía evitar, y que podría haber fundamentado su recepción antes del Debate, era discutible si tomamos en cuenta que previo al ejercicio de la acción penal, ya estaba tramitando un proceso civil tendiente a autorizar o no la interrupción del embarazo resultante de uno de los hechos por los que

N. fue acusado, con intervención de Tribunales de tres instancias diferentes, en el que la niña tuvo participación asidua. Por ende, y lamentablemente, aquel riesgo ya se había notoriamente verificado.-

Entonces, si el Tribunal interpretó que los Acusadores ofrecieron el testimonio de A., tal como surge del subsidio del discurso del Ministerio Fiscal al tratar la incidencia, lo hizo correctamente, atendiendo, como acertadamente opinara la Fiscal, a que el sistema de invalidaciones de actos procesales (arts. 161 y sgts. del CPPCh.), consagra el principio de validez de los mismos como regla, más si estos fueron consentidos, lo que es posible sostener desde la admisión en la Audiencia Preliminar de dicho medio probatorio sin objeción alguna.-

En definitiva, los Jueces privilegiaron un dato de la realidad: allí estaba la menor para brindar su versión, y esta podía ingresar lícitamente al Debate. Eso resolvieron y lo demás argumentado por la Defensa ingresa en el campo de la valoración de la prueba, no de su validez, aspecto en el que juega de forma decisiva lo que expresáramos al principio de este punto.-

Por ende, el agravio no ha de prosperar.-

III.- La segunda crítica al fallo tiene que ver con la

plataforma fáctica endilgad al acusado en calidad de Abuso sexual simple, es decir, sin acceso carnal. Se postula que el lapso de un año en que, conforme las Acusaciones, habrían ocurrido los hechos (septiembre de 2005 al mismo mes del año 2006), no sería tal, pues previa, y momentáneamente, N. se había retirado de la vivienda que compartía con la víctima por diferencias con su pareja, la Sra. F., para pernoctar desde mayo o junio de 2006 hasta Febrero de 2007 en la casa de P. S., conforme lo expuesto por este último en Debate.-

A pesar de ello, tanto el Ministerio Fiscal como la Querella insistieron hasta sus alegatos finales en la vigencia de todo el lapso aludido, y la existencia de, al menos, dos hechos tipificados como dijéramos supra. El Tribunal, no obstante, valoró el testimonio de S., redujo el período consignado, y por ende absolvió por uno de los hechos, atribuyendo responsabilidad penal por el restante.-

También hemos expresado en aquellos precedentes que la sana crítica racional como método de valoración probatoria consagrado por el orden adjetivo (art. 25 CPPCh), exige merituar de forma diferente la prueba de cargo en un caso de ASI que en otros, Homicidios, Robos etc. Incluso los recaudos de precisión de tiempo y lugar con que deben manejarse los Acusadores, ceden parcialmente ante la fenomenología del

Abuso sexual a menores, que ocurre generalmente en la intimidad, son realizados por mayores convivientes, reiteradamente, sin testigos presenciales, todo lo cual dificulta la evocación precisa de los sucesos, mas aún cuando la víctima es un niño o adolescente expuesto a un trauma, lo cual de por sí, reitero, torna compleja su reproducción.-

De allí que la mejor Doctrina, a la que hemos seguido generalmente, considera suficiente la individualización de períodos de tiempo

(meses, años) que comienzan y culminan con ciertos acontecimientos (ingreso o egreso escolar, cumpleaños, mudanzas etc), sitios (viviendas, colegios), no pudiéndose exigir horas (sí, nocturnidad o no por ejemplo), ni fechas exactas, pero sí, desde ya, modos (solo tocamientos o acceso carnal, prácticas especialmente degradantes etc).-

Concretamente: “En cuanto al concurso material de delitos, corresponde establecerlo en dos hechos, dada la imposibilidad del Acusador de realizar una descripción circunstanciada de cada uno de los realmente ocurridos por el tipo de injusto propio de un ámbito de privacidad tema al que he referido en la cuestión anterior,, por lo que haciéndose

mención a un lapso relativamente prolongado (ocho meses

aproximadamente), en el que se verificaron, cabe estar a la solución propuesta por Julio Maier en tal sentido (Derecho Procesal Penal T. 1 b pag. 346.)"..." Debe descartarse la aplicación de la figura del delito continuado pues conforme lo ha sostenido autorizada doctrina y jurisprudencia, en cada reiteración aparece un nuevo sufrimiento para la víctima, sobre todo si se trata de menores (Julio César Castro "Abusos sexuales continuados, un verdadero tema de concurso de delitos" LL Marzo del año 2004, Suplemento de Jurisprudencia Penal pags 35 y ssgts)." (conforme caso "Uribe Mayorga", sentencia nº 24/06).-

Así observadas las Acusaciones, hemos coincidido al deliberar en determinar que no se ha presentado menoscabo alguno al derecho de defensa, pues si aquellas deben consistir en un acto concreto de comunicación de uno o una serie de sucesos endilgados a una persona, a los fines de que esta pueda rebatirlos correctamente, tal ecuación se ha cumplido, siempre sobre la base de las particularidades del injusto .atribuido.-

Pero, más aún, el Tribunal, in dubio pro reo mediante, redujo el período de un año a ocho o nueve meses, y absolvió por uno de los hechos, pudiendo bien no haberlo realizado, pues cuando en esta materia, tal como quedara dicho, no se conoce el número de ocasiones en

que ha existido agresión de carácter sexual, pero sí se pudo determinar que fueron reiteradas, cabe estar a que han sido al menos dos, las que bien pudieron verificarse en el lapso individualizado por los Jueces de grado luego del descuento generado por los dichos de S.. Pero por imperio del principio que evita la denominada "reformatio in pejus", no sería posible para esta Cámara alterar

el Fallo en tal sentido.-

A tenor del cuadro reseñado, el agravio no debe prosperar, además por que nuevamente la Defensa no identificó clara y concretamente cuales fueron sus posibilidades probatorias o postulatorias cercenadas en virtud de las características propias de las Acusaciones.-

IV.- Sin dudas, la temática más compleja a abordar remite al principio de congruencia y, por tanto, al tercer agravio.-

Hemos venido hablando del derecho de defensa, invocado por las letradas asistentes de N. como la garantía violentada por la condena respecto del hecho preceptuado por el Tribunal como Estupro, en los agravios anteriores aludida de manera genérica, sin especificación concreta de la forma en que tal vulneración ha incidido en la degradación de la situación de su pupilo en el proceso.-

En el que comenzamos a tratar, a priori, surge un dato

que parece habilitar la posición de la Defensa: ni en las Acusaciones, ni por tanto en el Auto de Apertura, los Alegatos iniciales, ni en los finales el Ministerio Fiscal o la Querella, tipificaron el hecho ocurrido en fecha 13/11/09 como Estupro. Siempre se mantuvieron en la órbita del art. 119 del CP, aseverando la concurrencia de uno de los medios comisivos del primer párrafo, abuso intimidatorio de una relación de poder, que derivó en un acceso carnal.-

Tanto es así, que el Ministerio Fiscal se esmeró en su alegato final en explicar las razones por las que el caso no podría subsumirse en la figura del Estupro. Lo que nadie podía, ni puede, negar, es que acusado y victima esa noche mantuvieron relaciones sexuales, fruto de las que A. quedó embarazada. La prueba de ADN resulta inobjetable en tal sentido, y nos deposita en la realidad de lo ocurrido.-

En varias oportunidades hemos expresado que el orden adjetivo de naturaleza acusatoria y adversarial abandona en cierta forma el concepto de verdad "real" para atender al de verdad "consensual" o formal, pues mucho tiene que ver en lo que los Jueces terminan resolviendo lo que postulan o logran acreditar las partes.-

El Tribunal, tozudamente, se aferró al indiscutible dato de

la existencia del acceso carnal, y buscando fundamentos en el principio "iura novit curia" o en el carácter subyacente de la imputación por Estupro, consagró tal solución. Y al deliberar, hemos concluido que lo hizo acertadamente, sin perjuicio de los argumentos que en este acto hemos de agregar a su fundamentación, lo cual es perfectamente posible dado que lo que obliga al Tribunal revisor son los agravios, no los argumentos, pudiendo perfectamente mejorarse los de la etapa anterior en el supuesto de compartir la decisión del A-quo (postura que deriva del art. 369 CPPCh.).-

La prevalencia de la realidad y la correcta interpretación de las garantías constitucionales resultan dos parámetros de gran trascendencia para la solución del caso. El Código procesal vigente no solo consagra la regla de congruencia fáctica que debe existir entre Acusación y

Sentencia, sino que la extiende a lo jurídico, a los preceptos utilizados durante el proceso, fundamentalmente en el Juicio Oral.-

Así el art. 332 establece que aún si se trata de un precepto penal más leve que el utilizado por los Acusadores, el Tribunal previo a consagrarlo en la Sentencia debe disponer que el trámite siga de acuerdo al art. 322, lo que implica advertir al imputado sobre la modificación, dándole la chance de ampliar su declaración, y a las partes de preparar su

intervención, que incluye ofrecimiento de nuevas pruebas y la suspensión del Debate.-

Es sin dudas compleja la situación en que queda un Tribunal que se retiró aa deliberar, e interrumpe tal instancia para reabrir el Debate y comunicar a las partes que deben argumentar sobre un precepto de fondo diferente. Podría ser criticárselo por prejuzgamiento. Parecería que ello, de ocurrir, debe ser en el transcurso del Juicio, por caso los Alegatos, cuando se advierta que los hechos poco tienen que ver con los preceptos que las partes proponen.-

Pero todo ello ocurre sí la modificación, aún hacia un precepto penal más leve no pudo ser resistida en Juicio. Y este resulta el punto en el que cobran la trascendencia aludida la realidad de lo acontecido y la correcta interpretación de la garantía de la defensa en juicio.-

Aquí los Jueces fueron de lo que comúnmente se conoce como Violación, hacia lo que también ya coloquialmente se denomina Estupro, más leve indudablemente. Y entonces, lo que es menester determinar es sí tal modificación privó a la Defensa técnica o material de alguna posibilidad postulatoria o probatoria.-

Previo a ello creo conveniente realizar alguna acotación

sobre las Acusaciones y los tipos penales en juego. Observando atentamente los libelos, vemos que la forma en que se describió el hecho ocurrido en fecha 13/11/09 posee una tenue referencia al medio comisivo, pues se habla del temor infundido por el acusado a su núcleo familiar, que este, ya en la habitación de la víctima, por la fuerza le bajo el pantelón, el que A. posteriormente subió, cuando N. se retiró, para regresar, accederla carnalmente ante sus quejas, diciéndole que "se callara". Se ha mencionado como tal medio comisivo al abuso intimidatorio de una relación de autoridad o poder.-

Donna sostiene que más allá de como se definan las situaciones de preeminencia que la norma pretende atrapar, se requiere, siempre, que el sujeto activo despliegue violencia o amenazas (Delitos contra la Integridad sexual pag. 29 Ed. Rubinzal Culzoni). Siguiendo esta postura, parece dificultoso sostener que los libelos acusatorios detallaron un suceso subsumible en el art. 119 del CP., pues insisto en que, en tal sentido la descripción ha sido tenue, se ha hablado de fuerza, pero en un primer segmento del hecho, interrumpido. El contenido de las amenazas no ha sido efectuado. Y del plexo tampoco han surgido notas en esa dirección, para lo cual remito a la fundamentación realizada por el Tribunal A-quo.-

Pero existen otras posturas. Javier De Luca y Julio López Casariego agregan a la ausencia de consentimiento por el sujeto pasivo (violencia o amenazas), la presencia de este, aunque viciado por algún tipo de temor, real, proveniente de la relación de preeminencia aludida. No obstante, adicionan que no debe confundirse consentimiento con ausencia de disentimiento, pues los menores impúberes no poseen capacidad plena de consentir, pero sí de disentir, de no hacer lo que no desean, por lo cual los casos de "violencia presunta o impropia" generados a partir de las condiciones personales del sujeto pasivo (conocimiento incompleto en razón de la edad), quedarían atrpados en la figura del Estupro (Código Penal comentado dirigido por Baigún- Zaffaroni, Ed. Hammurabi Tomo IV, pags. 570/571; en igual sentido Villada, Delitos contra la Integridad sexual Ed. Abeledo Perrot pag. 94).-

Esta última posición doctrinaria quizás sintonice mejor con la télesis de la Ley 25087 (BO 14/5/99), que modificó el capítulo inherente a los delitos sexuales pretendiendo atrapar la mayor cantidad de hipótesis fácticas relativas a la vulneración de la libertad sexual, con una técnica legislativa discutible y que ha generado más de una controversia respecto de su constitucionalidad.-

Sin perjuicio que ello no sea materia de este

pronunciamiento, si es una obligación para los Jueces la interpretación de los tipos penales en consonancia con el principio constitucional de racionalidad. Este impone en el sub-judice que ante la ausencia de los medios comisivos del art. 119 primer párrafo, particularmente el atinente a una intimidación idónea para generar temor hacia una persona con "poder", pero ante la existencia de acceso carnal, se debe descartar la primera variante, de las mas gravosas de las acciones detalladas en el Capítulo, con destino a otras, menos rigurosas.-

Por ende, desde allí y además focalizando en el aprovechamiento de la inmadurez sexual y edad de la víctima, la relación de preeminencia entre esta y el acusado, mayor de edad, es que la plataforma fáctica del Juicio parecía de mayor compatibilidad con los alcances del art. 120 del CP.-

Debo decir que no encuentro explicación a la ausencia de acusaciones alternativas referidas a este precepto, particularmente a partir de las características del caso. Pero lo concreto es que no las hubo, y sin embargo, su aplicación se encontraba "latente" desde un comienzo.-

Más allá de la estrategia de defensa material asumida por el imputado (el silencio), y de la propia de sus letradas asistentes, en tanto han planteado la ausencia de corroboración de determinados extremos

sostenidos por los Acusadores, e intentado hacer caer ciertos actos y diligencias probatorias reñidos, a su entender, con la vigencia de garantías constitucionales, aunque no presentado una versión distinta de los sucesos, debemos interrogarnos ahora sobre sí les hubiese sido posible haber desplegado una hipótesis para rebatir tanto la propuesta por el Ministerio Fiscal y la Querella, como útil para evitar la aplicación del art. 120 del CP, pues allí estaría la privación de cauces postulatorios y/o probatorios constitutiva de menoscabo al derecho de defensa en juicio.-

Ya hemos desarrollado que los casos de "violación impropia" ingresan en la categoría de Estupro. Entonces, verificándose la relación de preeminencia derivada de lo que podríamos llamar "orden jerárquico familiar", la edad de la menor (15 años), la de N., y el acceso carnal, solo argumentando que A. no era una joven inmadura sexualmente, por tanto con cierta experiencia, habrían estado en condiciones de presentar un cuadro de atipicidad, de resistir ambas imputaciones.-

Sin embargo, fue abundante la prueba de cargo en sentido inverso, sobre el carácter apocado de la menor, y la ausencia de conocimiento de todos las personas que conformaban su entorno sobre que tuviera alguna clase de experiencia sexual. Remito para ello, nuevamente

a fines de reiteraciones innecesarias, a los términos de la Sentencia de condena.-

Entonces, podemos concluir en que no solo no fue intentada, sino que no había posibilidad de desplegar estrategias para oponerse a la operatividad del art. 120 del CP., es decir y en los términos del art. 332 del CPPCh., de haber sido utilizada, dicha calificación igual no hubiera podido ser resistida.-

Por lo tanto, y por los argumentos expuestos, la violación de la garantía constitucional referida no se ha producido, y con ello este agravio tampoco puede prosperar.-

Finalmente, de la argumentación realizada para basar el mentado agravio tampoco surge un detalle concreto respecto de qué chances de defensa fueron obturadas en virtud de la tipificación escogida por el Tribunal.-

Probablemente, la razón radique en que siempre se debió haber hablado de una acción, aunque sea subsidiariamente, enmarcada en el art. 120 del CP, y a ello rindió homenaje el A-quo, haciendo prevalecer la realidad de lo ocurrido sobre un esquema formal propuesto por las partes en el que, por un lado, se desconocía la operatividad del precepto penal que mejor se adecuaba a la conducta del acusado, y por otro, se propiciaba una

interpretación de las garantías constitucionales de un sesgo excesivamente ritualista. Deberíamos, indudablemente, evolucionar hacia una interpretación de esas garantías que deje de convertirlas en la excusa meramente formal para desatender a la verdad real, pues, en estos tiempos que corren, si no hallamos su correcta conceptualización, corremos el riesgo de colaborar a su completa desaparición.-

Desde tal enfoque, el de intentar lograr una solución "justa", hubiese sido difícil de fundamentar un pronunciamiento liberatorio de reproche hacia N. respecto de una acción por él desplegada en la que aprovechó su preeminencia, la inmadurez sexual de una menor, la accedió carnalmente, la que cursó a consecuencia de ello un embarazo, todo ello absolutamente acreditado.-

En cuanto a la actitud asumida por los Acusadores, no desconozco que en el trasfondo del caso se encuentra el proceso civil al que hemos referido anteriormente, en el que se decidió autorizar la interrupción de dicho embarazo. Que la férrea posición seguida por el Ministerio Fiscal y la Querella de incluir el hecho en el art. 119 del CP quizás se explique en función de reforzar la operatividad del art. 86 segundo párrafo inc. 2do, del CP en su interpretación a mi juicio correcta,

la que propone que si existe verosimilitud de violación sobre toda mujer, el embarazo resultante puede ser interrumpido sin consecuencias penales.-

Justamente, porque no es posible aguardar el resultado del Proceso penal para habilitar tal decisión, se habla de verosimilitud (incluso se discute si este debe ser establecida en virtud de un trámite judicial o no), no de certeza apodíctica, y en este caso, al comienzo del proceso civil, aquella existía, sin perjuicio del resultado posterior del Debate y esta revisión.-

> Pero, en definitiva, más allá de las razones que fundaron la

estrategia de las partes, el Tribunal decidió conforme lo que la verdad real le dictaba, sin mengua de garantía alguna, por lo que la Sentencia, en la medida de los agravios propuestos, debe ser confirmada en todas sus partes.-

V.- Respecto de la prisión preventiva de N. solicitada por la Querella, remito a los argumentos del colega preopinante, en tanto esa parte no desarrolló ni siquiera mínimamente los motivos por los que debería cambiar la situación cautelar en la que se encuentra actualmente el imputado.-

> No se ha argumentado en función del art. 220 del CPPCh. ,

ni tampoco en que medida una confirmación del fallo incidiría precisamente en la hipótesis de fuga. (art. 221 del CPPCh.). También se impone resaltar que el Ministerio Fiscal no adhirió al pedido.-

Por tanto coincido en que el pedido debe ser rechazado. Así

voto.-

A la **PRIMERA** cuestión la Dra. **GARCIA** dijo:

1) En cuanto al primer agravio de la Defensa, alegando que no correspondía realizar una nueva cámara Gesell, para recibirle declaración a la víctima, al final del juicio, cuando ya habían declarado todos los testigos, por encontrarse contaminado por las declaraciones previas.- Considero que el Dr. Nicosia en su voto al tratar la primera cuestión es el que da mejores razones para recibirle declaración a la víctima, cuando dice: ”la defensa técnica aquí impugnante ha tenido amplia posibilidad de conocer, controlar y contradecir tanto la plataforma fáctica contenida en dichas acusaciones (que llega inalterada a esta instancia de liberación), como asimismo la prueba ofrecida en la etapa oportuna por las requirentes, no causándoles agravio alguno la decisión de este cuerpo de rechazar la incorporación por exhibición de la video filmación en cuestión y que se reciba testimonio directo de la joven A. mediante las reglas especiales del artículo 193 del C.P.P., pues no

solamente se trata en la especie de la solución que prevee el art. 314 inciso primero del mismo cuerpo normativo, sino que incluso se ha permitido en el caso la posibilidad de un mayor examen de la prueba por su parte, asegurándose el cumplimiento de lo normado por los art. 26, 323, párrafo primero y 329 párrafo segundo del código adjetivo".-

Por lo que si la declaración de la víctima, estaba ofrecida como prueba tal como surge del acta de la audiencia preliminar, ello habilita al tribunal, a recibir esa declaración y hacerlo con la modalidad de la Cámara Gesell, por tratarse de una menor, para evitar revictimizaciones innecesarias, respetándose el principio acusatorio y el derecho de defensa, permitiendo el control de la prueba mediante el contraexamen, por lo que esta decisión está debidamente motivada y fundada en derecho.-

En cuanto a la mayor o menor contaminación de ese relato, es una cuestión que hace a la valoración del testimonio con relación a su mayor o menor credibilidad, no hay que olvidar que la joven estuvo en contacto con su madre y hermanas siempre, que fue un hecho que conmocionó al grupo familiar y fue hablado antes y durante el juicio. Rescato a favor de la credibilidad su testimonio, que su hermana K. dijo que por lo menos dos veces su padrastro le tocó los pechos, una vez en el

dormitorio matrimonial cuando fue a darle el besito de las buenas noches, y otra en el dormitorio de las chicas, y A. dijo que fue una vez cuando tenía once años en el dormitorio matrimonial.-

Por ello este primer agravio debe desestimarse y así lo voto.

2) En cuanto al segundo agravio, con relación al primer hecho ocurrido entre septiembre de 2005 y septiembre de 2006, alegando falta de precisión en la descripción del mismo sobre todo en lo temporal. Considera que ante el testimonio de P. S., probando que a partir de mayo del 2006 el imputado no pernoctaba en su domicilio, los jueces yerran al fallar condenando por un solo hecho y circunscribiéndolo como ocurrido entre septiembre de 2005 y mayo de 2006, cuando debían absolver por el principio in dubio pro reo.-

Considero que la adolescente dijo, que cuando tenía once años el Sr. O. N., concubino de su madre, le tocaba los pechos y la vagina cuando iba a darle el beso de las buenas noches, cuando su mamá estaba embarazada y no se encontraba en la casa, porque trabajaba en el Casino.-

No da otras referencias temporales, la Fiscal fija el hecho, como ocurrido durante todo el tiempo que tuvo once años, por lo que, es correcta la decisión de los jueces de acotar esa franja de tiempo, conforme

las pruebas aportadas y circunscribirlo a un solo hecho, como lo refirió A., no genera ninguna duda sobre la veracidad de los dichos de la menor, que fueron corroborados por los dichos de su madre A., que en esa época su hija le contó lo sucedido, que ella habló con su marido pero que no hizo nada porque estaba embarazada de mellizos. Y con lo que dijo su hermana K., que se enteró de los hechos el mismo día en que A. se lo contó a su mamá.-

3) En cuanto al tercer agravio, con relación al segundo hecho imputado, ocurrido el 13 de noviembre de 2009, en el domicilio que compartían en calle H. N°XXXX, mientras su abuela y hermanos dormían, el imputado aprovechando la situación de convivencia, 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 un momento salió de la cama para ver si alguien se había levantado y A. aprovechó la oportunidad para subirse el pantalón pero el imputado volvió, le bajó nuevamente el pantalón , se le subió encima e intentó besarla, accediéndola carnalmente por vía vaginal y a consecuencia de ese abuso A. gestó un embarazo que fue interrumpido en marzo de 2010. Hecho que la Fiscal calificó como abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra un menor de 18 años aprovechando la

situación de convivencia preexistente, en concurso real con el anterior (art. 119 párrafo tercero en relación al párrafo 4 inciso f del C. penal). En la sentencia los jueces cambiaron la calificación, y consideraron que el mismo hecho encuadra en el estupro agravado (art. 120 párrafo segundo en función del 119 párrafo 4 inciso f del C. Penal).-

La Defensa sostiene que el Tribunal violó el principio de congruencia y en consecuencia el derecho de defensa, por considerar como dice Maier que son figuras secantes, que la calificación escogida tiene una nueva proposición fáctica, el aprovechamiento de la inexperiencia sexual de la víctima. Que en el caso se ha violado el derecho interno y los pactos internacionales, por lo que corresponde que se anule la sentencia y se disponga la absolución de su defendido.-

Julio B.J. Maier en su obra "Derecho Procesal Penal – Fundamentos", Editores del Puerto. 2004, página 568, define el principio de congruencia como "la correlación que debe existir entre la imputación y el fallo." Y aclara que "...La reglamentación rigurosa del derecho a ser oído, que hemos estudiado, no tendría sentido si no se previera, también, que la sentencia sólo se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al imputado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de los

cuales él ha tenido oportunidad de ser oído; ello implica vedar que el fallo se extienda a hechos o circunstancias no contenidos en el proceso que garantiza el derecho de audiencia (ne est iudex ultra petita).....La regla fija el alcance del fallo penal, su ámbito máximo de decisión, que se corresponde con el hecho descripto en la acusación –eventualmente: el auto de apertura del juicio o procedimiento principal- con todas su circunstancias y elementos, tanto materiales como formativos, físicos y psíquicos....".(Cita extraída del fallo del Superior Tribunal de Justicia en la causa.-"MORTENSEN, J. DanielVARGAS, M. Ángel s/Homicidio Simple (1º) y Homicidio Simple en C.R. con Lesiones Leves (2º) (Expte. 20.170-Folio 166-M-2005). Año 2006).-

El Código Procesal en su art. 332, trata el tema en cuestión, autoriza al tribunal dar al hecho una calificación distinta y exige la advertencia previa cuando la aplicación de un precepto penal más leve implique la imposibilidad de haber resistido esa imputación en el debate.-

Advierto que en este caso concreto, que no hubo sorpresa ni imposibilidad de resistir esa imputación, tal como lo sostuvo la Dra. Mónica Rodríguez en los autos C.Y.N. s/ denuncia-Trelew (Carpeta 2133 OJTw- Legajo 19516OUMPF Tw) "Si bien es cierto que la atribución del nuevo tipo penal incluye como presupuestos típicos la inexperiencia sexual

de la víctima y el aprovechamiento de una situación de preeminencia de parte del acusado, y aunque tales extremos no hayan sido mencionados de modo explícito en la acusación, bien puede considerarse que han formado parte de la atribución fiscal de responsabilidad, teniendo en cuenta las concretas circunstancias reprochadas que han sido profusamente sustanciadas y acreditadas en el debate".-

En efecto, se discutió y probó que la adolescente no tenía novio, no salía de noche, el padrastro la tenía muy controlada, que solamente contaba con el conocimiento adquirido en la escuela sobre educación sexual y que aprovechó esta inexperiencia por su preeminencia al ser el concubino de la madre y asumir el rol de padre, refiriendo el Juez Nicosia en su voto, el testimonio de A., que convive con su padrastro O. N. desde que era muy pequeña, aproximadamente desde que contaba con dos años de edad. Que si bien cesaron por largo tiempo, los tocamientos de los era objeto por parte de su padrastro cuando contaba con once años de edad, se reiniciaron a partir de los quince años. Y después de referir lo que ocurrió el día del acceso carnal, dijo que cuando culminó el acto sexual su padrastro se fue para su habitación, mientras que ella se levantó de la cama y se dirigió al baño, pues sentía mucho dolor en la vagina, que al bajarse el pantalón se percató que tenía sangre en la zona y que estaba toda

sucia, por lo cual fue a lavarse y finalmente volvió a acostarse, refiriendo que nunca antes había tenido relaciones sexuales con nadie. También refirió que le era difícil conseguir permisos para realizar actividades fuera del hogar, situación que no era igual a la de su hermana K., que la tenía como su "consentida". Concluyendo el Juez que la inexperiencia sexual de la ofendida fue ampliamente debatida y probada, con las testimoniales de la propia víctima, de su hermana K. G., su amiga J. A. y su progenitora A. L. F..-

Del voto del Dr. Gutiérrez surge que la Lic. E. G. Á., refirió que no fue una situación deseada por ella, ni aún inconcientemente, tal vez de la fantasía pero no con su padrastro. Que no tenía novio, lo que sabía de sexualidad era por lo que le habían enseñado en la escuela o por conversaciones con amigas y con K., que no se había dado besitos con nadie. Que su mamá A. L. F. sostuvo que A. no tenía novio, no había tenido novio nunca. Que no salía porque él no la dejaba, le prohibía salir, venían sus amigas a la casa, que discutían porque no la dejaba salir, era muy recto y muy duro con A. y que como era muy confidente con ella, si hubiera tenido novio se lo habría contado.-

Por último el Juez Casal trató la base fáctica del estupro

en la segunda cuestión y someramente sostuvo que la relación de preeminencia y el aprovechamiento de su inexperiencia sexual se encuentran prístinamente acreditada con los testimonios de C. P. C., de J. N., de su hermana K., de su progenitora y de la Lic. G. A..-

Estas circunstancias fácticas, que fueron debatidas y se consideraron probadas, tienen correlación con el caso de la defensa, que reconoce el acceso carnal y el embarazo como resultado, pero que fue sin violencia, amenaza o abuso coactivo, por lo que no fue sorprendido.-

El principio de congruencia se relaciona con la defensa en juicio, pero en el escrito de impugnación ni en la audiencia, llevada a cabo conforme el art. 385 del C.P.P., el imputado no alegó ninguna defensa material, se limitó a decir que su Defensora ya había dicho todo, tampoco la Defensa técnica indicó al tribunal que pruebas hubiera ofrecido, ni como hubiera planteado su caso, ante la nueva imputación, su agravio es formal, por lo que no permite reparar de alguna manera su derecho a la defensa en juicio, que dice vulnerado, escuchándolo o permitiéndole traer la prueba que se le privó ofrecer, ese es el sentido del art. 162 del C.P.P. , pretende una declaración de nulidad por la nulidad misma.-

Aquí voy a balancear su derecho, con el derecho de la

víctima a obtener una respuesta jurisdiccional en tiempo oportuno, y que las molestias ocasionadas por el procedimiento sean mínimas, ya que la solución que propone el código es la nulidad de la sentencia y el reenvío conforme los arts. 386 y 387 del C.P.P., para que otros jueces dicten sentencia conforme a derecho, lo que prolongaría los sufrimientos y aumentaría considerablemente el daño ya causado, conforme doctrina que se desprende del Fallo de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, CS, 2011/06/07 G.L., Javier s/ causa N° 2222, armonizando la relación que debe existir entre el derecho de defensa y el interés superior del menor, extractando del voto de la Dra. Highton de Nolasco, los siguientes parágrafos: 4. Se encuentra en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tiene una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización -como es el caso de quien fue abusada sexualmente por su padre teniendo 12 años de edad -, estado que puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. 5. Los jueces deben adoptar, en los casos que involucran víctimas en condiciones de vulnerabilidad, las medidas que resulten adecuadas para moderar los efectos negativos del delito –victimización

primaria- y también deben procurar que el daño sufrido no se vea incrementado como consecuencia del contacto con el sistema de justicia –victimización secundaria-, protegiendo en todas las fases del procedimiento penal, la integridad física y psicológica de la víctima.” (del voto de la Dra. Highton de Nolasco). Cita extraída de la Revista de derecho penal y criminología de La Ley N° 1 septiembre de 2011, pág. 202.-

Por todo lo expuesto este agravio debe ser rechazado por

improcedente y así lo voto.-

4) En cuanto al cuarto agravio, la prisión preventiva solicitada por la querellante, considero que no alegó ni probó el peligro de fuga, como motivo que justificaría disponer la prisión preventiva en este momento, conforme lo dispuesto por los arts. 220 y 221 del C.P.P. lo que se contradice con la conducta que el imputado ha tenido hasta ahora, por lo que corresponde rechazar este agravio y confirmar la sentencia.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

En base al resultado del tratamiento de la cuestión precedente propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa del acusado O. N. y, en consecuencia, confirmar la sentencia condenatoria nº 43/11.-

Además: tener presente la reserva de caso federal y no

hacer lugar a la prisión preventiva solicitada por la parte querellante.-

Corresponde igualmente regular los Honorarios Profesionales de la Defensa Pública por su labor en la presente etapa de impugnación. Por tal motivo, estimo apropiado fijar sus honorarios en la suma de tres mil setecientos sesenta y tres pesos ($ 3.763), 20 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

Asimismo deben regularse los Honorarios Profesionales de la parte querellante, representada por la Dra. S. E. G., por su labor en la presente etapa de impugnación. Por tal motivo, estimo apropiado fijar sus honorarios en la suma de en la suma de tres mis setecientos sesenta y tres ($ 3.763), 20 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

De acuerdo al resultado al que se ha arribado precedente corresponde dictar el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa del acusado O. N. y en consecuencia confirmar la sentencia condenatoria nº 43/11.-

Tener presente la reserva de caso federal y no hacer lugar

a la prisión preventiva solicitada por la parte querellante.-

Asimismo coincido con la regulación de honorarios propuesta por el colega preopinante.-

A la **SEGUNDA** cuestión la Dra. **GARCIA** dijo:

En orden al resultado del tratamiento de la primera cuestión sumo mi voto para que se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa del acusado O. N. y en consecuencia confirmar la sentencia condenatoria nº 43/11.- Asimismo corresponde tener presente la reserva de caso federal y no hacer lugar a la prisión preventiva solicitada por la parte querellante.-

De igual manera adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta por los colegas que votan en primer término.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

----------**RESUELVE:**----------

1º) **NO HACER** lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado O. N., contra la sentencia condenatoria Nº 43/11, dictada en fecha 4 de julio del año 2011 (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).---------- **2º)**

CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia condenatoria Nº 43/11.---- **3º) TENER** presente la reserva de caso federal, formulada por la Defensa, en el apartado III de su escrito de impugnación.---------- **4°) NO HACER** lugar al pedido de prisión preventiva formulado por la parte querellante, por falta de fundamentación adecuada.---------- **5º) REGULAR** los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de tres mil setecientos sesenta y tres pesos ($ 3.763), 20 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).---------- **6º) REGULAR** los honorarios profesionales de la parte querellante, con la representación de la Dra. S. E. G., en la suma de tres mil setecientos sesenta y tres pesos ($ 3.763), 20 JU (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).---------- **7º)** Cópiese, protocolícese, notifíquese.---------- La presente es firmada por dos de los Sres. Jueces, por encontrarse la Dra. Nelly García en su Jurisdicción, quien ha enviado el voto mediante correo electrónico.----------