En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los once días del mes de julio del año dos mil diecinueve, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, integrada por los doctores R. Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Leonardo Marcelo Pitcovsky, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"P., C. M. s/denuncia en rep. hija menor ASI - Rawson (Carpeta 6363 Ofiju Rw - Legajo 10.658 OUMPF Rw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por el Defensor Público, Dr. Omar Osvaldo López en representación de R. N. G., contra la sentencia dictada en fecha 26/02/19 y registrada bajo el nro. 159/19, por el Tribunal conformado por los Dres. José A. García, César Marcelo Zaratiegui y S. César Piñeda, que condenara al nombrado a la pena de ocho años de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas, por resultar ser el autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante en razón de su duración, agravado por la situación de convivencia preexistente y por haber sido cometido contra una menor de dieciocho años de edad (arts. 45, 54 y 119 segundo y
cuarto párrafo inc. f del C.P., en orden al siguiente hecho: "*Se encuentra acreditados los hechos ocurridos en fecha y hora que no pueden ser precisados con exactitud pero ubicables durante el transcurso del año 2010, cuando la menor S. P. cursaba el 3° grado y hasta que la menor tuvo 13 años y mientras convivía con su madre la Sra. C. P. y el encartado R. N. G., en el domicilio de sito en calle Musacchio N° X casa N° X, Rawson y cuando visitaban y cuidaban a su abuelo materno en la ciudad de Trelew en la vivienda sita en Centenario N° X. En tales circunstancias, N. G., con pleno conocimiento de lo que hacía, aprovechándose de la situación de convivencia preexistente comenzó a abusar de la menor S. a muy temprana edad mediante tocamientos y manoseos en sus partes íntimas, llevándola a una de las habitaciones donde dormían, haciendo que la menor le tocara su pene indicándole como debía hacerlo "para arriba y para abajo". Para finalmente en una oportunidad, G. se sacó sus pantalones y ropa intima haciéndole lo mismo a la menor, para luego estando ella boca abajo colocársele encima de ella y accederla carnalmente vía anal al tiempo que le decía "dale coge", amedrentándola a que no dijera nada. Según pericia ginecológica realizada por la Dra. F. K. lo observado corresponde a Categoría 2 de la Clasificación de Mural, esto es que hay hallazgos inespecíficos - abuso sexual posible*".

La Defensa del imputado R. N. G. en su presentación escrita, ratificada durante la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 25/06/19 en sede de este tribunal, fundó sus agravios en la arbitrariedad que importa el fallo que cuestiona, toda

vez que el mismo carece de coherencia y derivación, por lo que postuló se declare nulo y se absuelva a su asistido.

En tal sentido, a título de *iter*, señaló que el Ministerio Público Fiscal en su alegato conforme al hecho adjudicado sostuvo la calificación legal asignada al mismo, a saber: abuso sexual con acceso carnal, agravado por la situación de convivencia, en la modalidad de delito continuado, en carácter de autor (artículos 45, 54, 119 tercer párrafo y cuarto párrafo inciso f), adicionando en su alegato final el delito de abuso sexual simple en la modalidad de delito continuado en concurso real (art. 119 primer párrafo) y asimismo, el pedido de prisión preventiva para R. N. G., por entender que se configuraba el peligro de fuga (art. 221 inciso 2 CPP).

La adición ampliatoria motivó la oposición defensista, por entender que importaba la violación del principio de congruencia, devenía sorpresiva y consecuentemente violatoria del derecho de defensa, lo cual obligaba por otra parte al rechazo del pedido de prisión preventiva, máxime ante la conducta evidenciada por su asistido durante todo el proceso y en el entendimiento de que la presunción de inocencia solo puede ser conmovida ante un fallo que adquiera el carácter de firme.

Señaló el defensor que el Tribunal al resolver acompaño su razonamiento, al sostener que devenía inadmisible la adición postulada por la Fiscalía, por cuanto suponía hechos no imputados al acusado.

Que tal aserto fue desarrollado por el Dr. García, quien señalara en tal sentido que "...*además, a* lo *largo del debate* no lo *hizo conocer* al *imputado para que elabore su defensa con relación* a la *nueva calificación que pretendía incorporar por lo tanto debe ser desechada como parte de la acusación final. La concordancia entre* la *sentencia y acusación, cualquiera sea el acto en el cual se halle contenida constituye, de* un *lado, base esencial del debido proceso, en cuanto se erige en el marco conceptual, fáctico y jurídico, de* la *pretensión punitiva del Estado y, de otro, garantía del derecho* a la *defensa del procesado, en cuanto que* a *partir de ella puede desplegar los mecanismo de oposición que considere pertinentes y porque, además, sabe de antemano que, en el peor de los casos,* no *sufrirá una condena por aspectos que* no *hayan sido contemplados allí."*

Que sentado de tal modo por parte del Tribunal lo que se entiende por principio de congruencia y su relación con el derecho de defensa, aquél condena a su asistido por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por su duración, cual resulta ser un delito más grave que aquel que fuera tachado de inadmisible.

Observó que el tipo penal finalmente adjudicado nunca le fue imputado a N. G., ni deducido en etapa alguna del proceso que posibilitara desplegar mecanismos de oposición conforme a los diferentes elementos que configuran el delito por el cual se llevó a cabo la Defensa -abuso sexual con acceso carnal- y el finalmente adjudicado abuso sexual gravemente ultrajante en razón de su duración-.

En tal sentido afirmó que dicha secuencia denota suficientemente que se está frente a una sentencia contradictoria, por cuanto carece de coherencia y derivación, lo que la convierte en una sentencia arbitraria, incluso absurda, dado que lo que sostiene en una de sus partes (inadmisibilidad de que el Fiscal agregue una nueva calificación legal), se opone abiertamente a la forma en que resuelve el caso, utilizando una calificación que en modo alguno tiene que ver con la calificación sostenida por el Ministerio Público Fiscal.

Seguidamente el defensor ingresó en los cuestionamientos que le merecieron los fundamentos dados por los sentenciantes para validar el cambio de calificación legal del hecho adjudicado.

En primer término, se refirió al voto del Dr. Zaratiegui quien citó textualmente afirmaciones en orden a lo prescripto en el art. 332 del rito, como asimismo doctrina sobre el tema del Dr. Julio B. Maier en su obra "Derecho Procesal Penal. "Fundamentos", Tomo I., todo ello en orden a la necesaria correlación que debe existir entre la imputación y la sentencia. Observó que las citas eran parciales y en modo alguno se correlacionaban con el texto completo del artículo y doctrina citada.

En relación al art. 332 del C.P.P.CH, en cuanto habilita al tribunal a dar una calificación diversa a la consignada en la acusación, observó que la misma también consigna que no procederá si el imputado "previamente no fue advertido de la modificación posible del significado de la imputación", extensible dicha regla aún en el supuesto que el precepto penal a aplicar sea más leve. Dicho procedimiento, afirmó, en momento alguno se cumplió, lo que determinó la condena de su asistido por una calificación que no fue presentada en el debate y de la cual el imputado no pudo defenderse.

Continuando con las omisiones achacadas al Dr. Zaratiegui en las citas de Maier, destacó que éste, sin perjuicio de señalar que "*el Tribunal puede adjudicar al hecho acusado una calificación jurídica distinta*", también sostiene *"Sin embargo... una variación brusca de la calificación jurídica puede sorprender a la defensa en algunos casos. El cambio brusco del punto* de *vista jurídico bajo* el *cual* se *examina* un *hecho... puede* en *ocasiones, provocar indefensión, por* lo *inimaginable* de la *situación que* se *produce desde* el *ángulo* de *observación* de la *defensa técnica.*

En tal dirección y luego de señalar lo que el autor explica sobre las figuras secantes, afirmó que, en el caso, abuso sexual con acceso carnal y abuso sexual gravemente ultrajante, son figuras secantes, pues los elementos de una no están incluidos en la otra. Es que el abuso sexual gravemente ultrajante contiene el elemento "por su duración", tema específico de prueba y debate no exigido en el acceso carnal imputado. Además, debe existir un "plus" en el "ataque" sexual que se vincula con la dignidad de la víctima, que tampoco fue motivo de prueba y debate, y que no está contenido en el acceso carnal, observaciones que indicó, demuestran la violación al

derecho de defensa por imposibilidad de haberla articulado en tal sentido, provocando sorpresa ante la nueva calificación presentada en la sentencia condenatoria.

En relación a las razones dadas por el Dr. Piñeda en orden al cambio de calificación legal, que citó expresamente, observó que el magistrado no tomó en cuenta ni hipotéticamente las consecuencias aparejadas por ello en la sentencia, sin que ellas hayan sido debatidas en el juicio, y sin posibilidad de ejercer el derecho de defensa.

Iguales cuestionamientos efectuó respecto del restante Magistrado, Dr. José García.

A modo de conclusión sobre este aspecto, afirmó que la calificación jurídica escogida por el Tribunal al condenar -abuso sexual gravemente ultrajante en razón de su duración-, no estuvo contenida en la imputación; surge como una sorpresa para el imputado y la defensa; nunca se debatió en todo el proceso, ni se planteó en los términos del art. 322 del CPP en el debate y tiene elementos del tipo penal diferentes al abuso sexual con acceso carnal -siendo dos figuras agravantes totalmente diferentes-, sobre las cuales no se pudo oponer una defensa concreta.

Que todo ello constituye una clara violación al principio de congruencia, devenido en afectación directa del derecho de defensa, lo cual conlleva a la nulidad de la sentencia atacada.

Por último, en orden a la prisión preventiva impuesta a su defendido, recordó que el Tribunal de primera instancia la dictó al momento del veredicto fundada en la posibilidad de fuga, a partir del mínimo de 8 años de prisión propio de la calificación jurídica por la que fuera encontrado autor responsable y en función de la condena de cumplimiento efectivo entonces esperable. Esta sola conclusión, pese a la carencia de firmeza de la condena, fue aquella a la que arribaron los 3 jueces de condena y los 2 integrantes del Tribunal de revisión de la medida de coerción posterior a la condena para sostener lo resuelto. Luego de explicados los antecedentes sobre el punto, criticó la decisión -destacando la conducta procesal de su pupilo, su arraigo comprobado y su situación de empleado al momento del inicio del presente proceso penal- fundada exclusivamente en la expectativa de pena y gravedad del hecho enrostrado, en contradicción franca con los estándares sobre derechos humanos de la CIDH (amplió y citó jurisprudencia conforme registro de audio y escrito de impugnación)

Abonando lo dicho efectuó cita del art. 367 del C.P.P.CH. en lo referido al efecto suspensivo de las decisiones judiciales durante el plazo para impugnar y mientras tramita la instancia de control. Puso de resalto el gravamen irreparable que la decisión cuestionada generaba para R. G. y solicitó, consecuentemente, sea revocada disponiendo la inmediata libertad desde estos estrados.

Concluyó luego de referirse a la medida de coerción, ya en el remate de la exposición integral, requiriendo se disponga la nulidad de la sentencia dictada por el A Quo y la absolución de su representado, en el entendimiento de que la única calificación jurídica posible -que fue la de abuso sexual con acceso carnal-, no fue acogida por el

tribunal por no haberse probado el acceso, por lo que se imponía hacer lugar a lo requerido de modo necesario, decretando la absolución y disponiendo la libertad antes peticionadas. Efectuó la Reserva Federal del caso remitiendo en honor a la brevedad a su oportuna presentación escrita.

Por su parte el Ministerio Público Fiscal, en su responde oralizado en audiencia, señaló que el hecho se mantuvo incólume a lo largo del debate y que sin perjuicio que el Tribunal señalara que no correspondía la calificación que sostuviera, en modo alguno se puede sostener que la Defensa ha sido sorprendida, por cuanto la base fáctica nunca varió. Citó en relación al principio de congruencia las razones dadas por los Dres. Zaratiegui y Piñeda, como así también doctrina y jurisprudencia aplicable al caso.

En orden a la prisión preventiva decretada, solicitó que la misma sea mantenida, en tanto que el presupuesto para su dictado, peligro de fuga, se encontraba más afianzado desde el dictado de la sentencia de primera instancia y por la pena de ocho años de prisión contenía.

Finalizó señalando que en modo alguno el pronunciamiento atacado podía ser tachado de arbitrario, dado que fue debidamente motivado y fundado en derecho, por lo que solicitó su plena confirmación.

Seguidamente hizo uso de la palabra por la Asesoría de Menores de la ciudad de Rawson, su titular, Dra. Alexia López, quien luego de reseñar la intervención de su Ministerio y el acompañamiento durante todo el proceso a la menor víctima, destacó que los hechos que se sostuvieron en la acusación fueron reafirmados por S. P., tanto en Cámara Gesell como en el debate. Que no solamente la declaración de la menor, sino también el resto de la prueba producida, coincidía con los hechos de la acusación y con la calificación que finalmente aplicó el Tribunal al condenar al Sr. G..

Previo a dar por concluido el debate, cedido en el uso de la palabra el imputado R. N. G., afirmo su inocencia en relación a la acusación.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: R. Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Leonardo Marcelo Pitcovsky.

El juez R. Adrián Barrios dijo:

Tras sustanciar la impugnación presentada contra la sentencia de condena, corresponde la revisión de la decisión 159/2019, y dar fundamentos.

Omitiré la reiteración de los antecedentes del recurso, ya que se encuentran desarrollados en este fallo.

1. Ya se ha dicho que quien impugna, se constituye en quejoso de una resolución judicial, haciendo valer su derecho de instar la revisión de una decisión jurisdiccional adversa.

Las Cámaras Penales se constituyen, por imperio de nuestra ley procesal provincial, en revisoras de la decisión jurisdiccional condenatoria. Dicha labor se ha de hacer bajo el prisma de los agravios de quien resultara condenado, siendo el objeto de la revisión la sentencia de Tribunal de condena.

"El reexamen del primer juicio supone, entonces, una actividad nuevamente contradictoria, donde la tesis que suponía la acusación ha sido reemplazada por la sentencia, y que se expresa en niveles de análisis diferenciados: A) En primer lugar, configura un juicio a la sentencia como texto. En este sentido, el recurso impugna la coherencia narrativa del discurso que contiene la decisión y la expresión del razonamiento que lo legitima, sometiéndolo al análisis lingüístico para descubrir sus inconsistencias, desnudando los vicios que afectan las normas válidas de argumentación. B) En segundo lugar, un juicio al juicio como actividad constitucionalmente reglada donde la protección del cumplimiento de las formas procesales tiene relación directa con la protección constitucional de las limitaciones al poder punitivo estatal. C) En tercer lugar, un juicio al juicio como control de valoración de la evidencia decisiva, con posibilidad de demostrar, en un nuevo examen inmediato, un error evidente y decisivo. D) *En cuarto lugar, un juicio al derecho que funda la sentencia, como control en interés individual de la legalidad y legitimidad de la condena. (*Pérez Galimberti, Alfredo, "Impugnación de la Sentencia penal"; ¿Más Derecho?, Año 5, Agosto 2006. Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2006, p. 295).

2. <u>De la ampliación de la calificación jurídica efectuado por el Tribunal de condena, y su posible violación al principio de congruencia</u>.

Sobre este título que engloba el agravio que primero he de analizar, entiendo se refiere al nivel de análisis B) de la referencia dogmática del párrafo que antecede, esto es "*un juicio al juicio como actividad constitucionalmente reglada donde la protección del cumplimiento de las formas procesales tiene relación directa con la protección constitucional de las limitaciones al poder punitivo estatal".*

En este entendimiento, la primer pregunta cuya respuesta orientará la solución del caso es: la mutación efectuada por el A Quo de la calificación de la acusadora hacia R. N. G., ¿fue realmente una *sorpresa* a la estrategia de la defensa?.

Recordemos que los jueces del juicio se avocaron al debate por una teoría del caso fiscal, que involucraba como teoría jurídica, la del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia en la modalidad de delito continuado. Más luego, aplicando el principio *iura novit curia*, condenaron a G. por el de abuso sexual gravemente ultrajante en razón de su duración, agravado por la situación de convivencia preexistente y por haber sido cometido contra una menor de dieciocho años de edad.

Férreamente la defensa sostiene que el principio de congruencia ha sido vulnerado, con el embate sorpresivo del Tribunal en el momento de promulgar el (mal llamado) veredicto.

Principiando la respuesta al interrogante, debemos decir que la posibilidad de los jueces de modificar la calificación jurídica, es una facultad permitida bajo ciertas condiciones. La principal, es que no se afecte el principio de congruencia.

Dicho principio, tiene que ver con la capacidad del Tribunal al decidir sobre una petición, que le impide proceder de oficio, yendo más allá de lo pedido y que lo obliga a decidir según lo alegado y lo probado (*ne procedat iudex ex officio; ne eat judex ulta petita partium, judex allegata et probata decidete debet).*

La alocución latina *iura novit curia* significa literalmente "el juez conoce el derecho", y, por tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas.

Ello así, el límite infranqueable del principio de congruencia lo constituyen las proposiciones fácticas de la teoría del caso de la acusadora (congruencia objetiva). Por esto, la fundamentación en derecho o la calificación jurídica efectuada por los litigantes no resulta vinculante para el juez.

En la causa "L., S. y otro-A., D. A." (Expte.92- fo.112año 2003-Letra A), extraído del fallo "M., R. M. s/abuso sexual impugnación" Legajo 21123-fo.53-To.2-año 2008, Letra M, dictado el 23 de septiembre del año 2009, el Dr. Pfleger dijo que *el principio de congruencia importa que el fallo se expida sobre el hecho y las circunstancias contenidas en la acusación, que han sido debidamente intimadas y sobre las que tuvo ocasión de ser oído el acusado. Se veda así que el fallo se extienda a hechos no contenidos en el proceso, en resguardo de la regla de correlación entre la acusación y la sentencia* (señalando que esto pertenece a Julio B. Maier en su obra Derecho Procesal Penal- Tomo 1, Pág. 568).

En el caso, no se advierte que el Tribunal de condena haya fallado sobre una base fáctica distinta a la contenida en la acusación de la fiscalía. Tras el control de los votos individuales de cada juez, se coligen los fundamentos que en este punto, merecería confirmarse.

2.1 El juez Cesar Zaratiegui, en lo que sería la página 173 de la carpeta, dijo que *"...tal como prescribe el artículo 332 segundo párrafo del CPrPCh (...), hemos escogido una calificación distinta a la señalada por la acusación, sin que ello importe un menoscabo al ejercicio de una adecuada defensa en juicio del imputado."*

"Que tal como puede leerse en el hecho narrado por la Fiscalía, el mismo describe conductas abusivas (tocamientos, manoseos en sus partes íntimas y en el pene del imputado, etc.) que se sucedieron desde que la niña cursaba tercer grado y hasta que la menor tuvo 13 años, mientras convivía con su madre y el imputado."

2.2 El juez S. Piñeda, en la página 177 de la carpeta, en el punto titulado CALIFICACION JURIDICA, dijo *"...como quedara fijado en el veredicto, la calificación jurídica en la que se subsumen los hechos imputados es la de ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE, AGRAVADO por haber sido cometido contra una menor de 18 años, aprovechando la situación de convivencia preexistente. (arts.45, 54, 119 segundo y cuarto párrafo inciso "f' del C.P.). Este cambio de encuadre jurídico, no afecta el principio de congruencia, pues las conductas se encuentran contenidas en la descripción del hecho imputado, no violándose tampoco el derecho de Defensa. El*

principio de congruencia tiene que ver directamente con los hechos y no con las calificaciones jurídicas. Seguidamente, transcribiré la plataforma fáctica y es el conocimiento que tenía el imputado, base para ejercer su Defensa, tanto material, como técnica."

2.3 El doctor José A. García fue quien desarrolló más profundamente el punto.

A partir de la página 191/vta de la carpeta dijo que el *"... relato de la niña que dio sustento a la acusación contiene diversas acciones que según la niña se fueron desarrollando desde que cursaba tercer o cuarto grado hasta que tenía trece años cuando hicieron la denuncia."*

"Estas acciones que conformaron el hecho que se imputó desde un comienzo consistieron según sus palabras: 'me puso lo de él en la cola de atrás y me decía dale coge', 'me lamió lo que yo tengo', 'me tocaba acá (se señaló los pechos)', 'me hacía hacer que le toque lo que tiene él, me decía que le haga para arriba y para abajo', 'eso pasaba a la noche en Rawson en la casa de mi abuela', 'también pasó en a casa de mi abuelo M. que murió, porque vivimos un tiempo allí'."

"Circunstancias acreditadas en el trascurso del debate que dan la pauta de un abuso sexual que se prolongó en el tiempo."

Luego de citar jurisprudencia pertinente, concluyó que las acciones imputadas y acreditadas deben ser subsumidas en el tipo penal de abuso sexual gravemente ultrajante por su duración, agravado por la situación de convivencia preexistente y por haber sido cometido contra una menor de dieciocho años de edad, en carácter de autor; aclarando, párrafos más adelante que la *"...duración de los abusos que es la causal de su agravación viene acreditada por la declaración de S.L.P. quien refirió que se extendieron desde que cursaba tercer o cuarto grado hasta que tenía trece años de edad en que hicieron la denuncia, tanto en la ciudad de Rawson como en la ciudad de Trelew."*

"La valoración de la gravedad del estado de victimización sexual de las víctimas debe ser considerada para determinar el carácter gravemente ultrajante del abuso."

"Es tan constante la existencia del trauma psicosexual en especial en las pequeñas víctimas, que dicho estado de perturbación anímica, sexual y funcional puede ser objetivamente evidenciado como ocurrió en el caso y se acreditó a través de las conclusiones a la que arribó la Licenciada P. F.."

2.4 El artículo 332 del código de procedimientos expresamente prevé que la sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho imputado, *"con sus circunstancias y elementos descriptos en la acusación y en el auto de apertura o, en su caso, en la ampliación de la acusación."*

Los jueces cumplieron con este límite legal, y en sus votos dieron fundamentos respecto del reclamado cambio de calificación, lo que justifica acabadamente el temperamento de imponer la agravante cuestionada.

Como ya resolviera esta Cámara Penal en el precedente “Comisaría Seccional Primera s/investigación incendio - Trelew” (Carpeta 6052 OJ Tw, legajo 58161 OUMPF Tw), la mentada norma faculta al Tribunal a dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella indicada en la acusación o en el auto de apertura; *“...pero el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal más grave que el invocado en la acusación,.”.* Esto se relaciona con la inadmisibilidad de la calificación pretendida por la fiscalía, al momento del alegato de cierre. Volveré sobre el punto.

Por lo tanto no es la violación al principio de congruencia lo que se advierte en el presente caso, sino una modificación en la teoría jurídica que integra el caso de la fiscalía.

En la especie, el abuso sexual gravemente ultrajante por su duración no constituye un precepto legal *más grave* que el abuso sexual con acceso carnal, que fue descartado. Si lo analizamos en base a la escala punitiva prevista en cada una (reclusión o prisión de seis a quince años en la primera, y de cuatro a diez en la segunda), en realidad es más leve.

¿Hubo con ello una vulneración a la defensa misma del acusado? No, no hubo.

Para poder condenar, el Tribunal debe asegurarse que el ciudadano sepa acabadamente los hechos y la prueba por los que ha sido acusado, y ello ha ocurrido. G. sabía de los hechos y de la prueba de la que debía defenderse en el debate, no hay dudas de ello. Así, ha podido ejercer en plenitud el derecho de defensa, y ningún elemento fue incorporado sorpresivamente al punto de impedirlo.

Concluyo así que la congruencia no ha sido afectada, toda vez que la defensa ha tenido cabal conocimiento de la teoría del caso de la acusadora, y con ello, la posibilidad real de refutarla.

Al no advertirse alteración entre la plataforma fáctica que conformó la acusación del Ministerio Público Fiscal y la tenida por probada por el tribunal de condena, correspondería rechazar el planteo de la defensa.

Sin embargo, para lograr llegar a la justa decisión de la impugnación, es necesario analizar el siguiente agravio.

3. <u>De la arbitrariedad de la sentencia por incoherente y absurda</u>.

> 3.1 El defensor ha dicho que el Tribunal sostuvo la inadmisibilidad de agregar una nueva calificación legal, y sin embargo, en el fallo resolvió el caso imponiendo una calificación jurídica nunca planteada en el juicio, de la que no pudo defenderse su cliente.

Podemos plantear como segundo interrogante entonces, y cuya respuesta llevará definitivamente a la solución del caso: ¿existió una fundamentación arbitraria de la sentencia que conlleve a la nulidad de la misma?.

Luego de un análisis detallado del caso, considero que no existe contradicción en la decisión del Tribunal, y al pedido de nulidad no puede hacerse lugar. Veamos.

3.2 Ante este nuevo interrogante se impone controlar en detalle las dos decisiones que se dicen encontradas, base de la arbitrariedad reclamada.

Listemos premisas ciertas y verdaderas:

a) el hecho de la acusación no ha sido modificado en la sentencia;

b) en la acusación, la fiscalía calificó ese hecho, como abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia, en la modalidad de delito continuado (arts. 119 3 y 4 párrafo inc. f y 54 del C.P.).

c) La fiscalía, en el alegato de cierre, sobre los mismos hechos pretendió la calificación de abuso simple en la modalidad de delito continuado, en concurso real con abuso sexual agravado por acceso carnal, agravado por la situación de convivencia con la víctima, menor de dieciocho años, art.119 primer párrafo 119, tercer párrafo, 119 cuarto párrafo inciso f y 55 del Código Penal.

d) Respecto de este último punto, el Tribunal advirtió que la fiscalía *añadió* a su imputación originaria, un presunto concurso real con el delito de abuso sexual simple en la modalidad de delito continuado, y consideró a tal *adición* como inadmisible,

"...por cuanto supone la imputación de hechos no imputados al acusado...".

e) Finalmente el Tribunal resolvió el caso, imponiendo condena por la calificación jurídica de abuso sexual gravemente ultrajante en razón de su duración, agravado por la situación de convivencia preexistente y por haber sido cometido contra una menor de dieciocho años de edad, en carácter de autor -arts. 119 segundo y cuarto párrafo inciso f, 45 y 54 del Código Penal).

Analicemos lógicamente estas premisas.

3.2.1 Al momento del alegato de cierre, la fiscalía sin dudas pretendió agravar la calificación jurídica contenida en la original acusación (relacionar premisas c y b).

Sin embargo, el Tribunal, no admitió en el veredicto, dicha adición de calificación.

¿Podría haberlo hecho?. Sí, por imperio del artículo 332, segundo párrafo primera oración, el Tribunal podría haber advertido al acusado de la modificación posible del significado jurídico de la imputación, y dar el trámite del artículo 322, IV párrafo del CPP.

No lo hizo. Dijo que esa pretensión del fiscal era *inadmisible*.

Hasta ahora podemos concluir que esa decisión fue en beneficio del imputado, que quedó en consecuencia sometido a la calificación original, esta es la referida en la premisa b).

Continuemos a partir de allí.

3.2.2 El Tribunal recalificó en la sentencia, el mismo hecho contenido en la acusación.

En este punto, comparando los tipos legales de la acusación (premisa b) con el de la condena (premisa e) podemos concluir que la resolución del fallo incluye otra vez, una calificación menos gravosa para G..

Así como se ha desarrollado en extenso en el punto 2 de este voto, ninguna garantía se ha vulnerado con ello.

Fue necesario analizar en detalle ambas resoluciones para concluir que lo que pretende mostrarse como contradictorio, en realidad no lo es: al alegato de cierre la fiscalía pretendió una calificación jurídica más grave que la acusada. El tribunal no lo permitió, y pondero en la deliberación, la calificación jurídica de la acusación. En su fallo, no hizo lugar a esa calificación, y subsumió el hecho en un tipo penal menos gravoso que el acusado.

3.2.3 Se impone decir que la misma normativa procesal citada prevé el trámite del cuarto párrafo del artículo 322, aun cuando el precepto penal aplicable sea más leve, pero condiciona ese trámite cuando el imputado haya sido impedido de resistir esa imputación en el debate.

La defensa no ha justificado en el recurso de qué manera se puso en crisis el debido proceso legal, o siquiera que estrategia le fue impedida de ser ejercida por esa falta de advertencia.

Si se tiene en cuenta la estrategia desarrollada en el debate (defensa negativa), como así también el derrotero de este proceso, en donde el fiscal jefe en su recurso extraordinario presentado ante al STJ ya había adelantado la posibilidad del agravante con que finalmente fue condenado, tengo para mí que G. ha estado en todo momento, en condiciones de resistir el tipo penal endilgado en el fallo.

3.2.4 Si acaso tuviera que marcar observaciones, diría que aquella consideración de la premisa d), es incorrecta, puesto que la ampliación de la calificación jurídica es *admisible,* con el trámite previsto en la ley.

Podría decirse también que el fiscal, con su pretensión ampliatoria, no imputó hechos nuevos, sino que se basó en los mismos contenidos en la acusación, debidamente imputados al acusado.

En realidad, estas observaciones destacadas por la defensa, afectarían más al acusador que a su parte; pese a que el fiscal aclaró ante requisitoria del vocal de este Tribunal, no ensayó recurso extraordinario alguno contra el fallo.

4. <u>Conclusiones.</u>

En definitiva, el hecho que el Tribunal haya hecho lugar al planteo defensista tras la discusión final, no contradice el ejercicio de la facultad que les asiste de recalificar el hecho juzgado, máxime cuando esa recalificación supone la consideración de los mismos hechos, y es menos gravosa que la sostenida por el Ministerio Publico Fiscal, encontrándose en condiciones de resistirla.

4. <u>De la prisión preventiva.</u>

Toda vez que la medida de coerción cuestionada, escapa a la competencia de este Cuerpo, y atento al resultado de esta revisión, como así también el hecho que dicha medida ha sido debidamente controlada, no corresponde expedirse sobre dicha cuestión.

5. Por todo lo dicho, voto por rechazar el recurso ordinario en todas sus partes, y en consecuencia confirmar la sentencia venida en revisión.

6. Propongo a mis colegas imponer las costas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública, en la cantidad de VEINTE (20) JUS. Ello, conforme a la labor llevada a cabo en esta etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-15, antes decreto ley 2.200 y art. 59, Ley V-90). Así lo voto.

El juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Vienen estos folios caratulados **"P., C. M. s/denuncia en rep. Hija menor ASI-Rawson"**, Carpeta 6363, Legajo Fiscal 10658, a este Cuerpo revisor a instancias del recurso ordinario incoado por la Defensa Publica, de la mano del abogado Omar Osvaldo López, en representación de **R. N. G.**, quien fuera condenado, en fecha 26 de febrero del corriente año, a la pena de ocho años de prisión de efectivo cumplimiento, por encontrárselo autor material y responsable del delito de Abuso Sexual gravemente ultrajante en razón de su duración, agravado por la situación de convivencia preexistente y contra un menor de 18 años de edad, de los artículos 45 y 119, segundo y cuarto párrafo, inciso "f", del Código Penal.

2. - Se agravia el defensor por considerar *que "la sentencia que vengo a impugnar carece de coherencia y derivación, lo que la convierte en una sentencia arbitraria por absurdo. Es decir, lo que la sentencia sostiene en una de sus partes (inadmisibilidad de que el Fiscal agregue una nueva calificación legal), se opone abiertamente a la forma en que resolvieron el caso (elección del Tribunal de una calificación jurídica nunca planteada en el juicio, y de la que no pudo defenderse el imputado)...*

3. - Concretamente, recuerda el apelante que *"...al momento de los alegatos finales, el Fiscal General Dr. Heiber, amplió la calificación jurídica, acusando ahora además por el delito de abuso sexual simple en la modalidad de delito continuado en concurso real (art. 119 primer párrafo).*"; que la defensa se opuso a la ampliación por entender que violaba el principio de congruencia y afecta la defensa en juicio, al ser una sorpresa cuando ya se ha desarrollado todo el debate; que *"en el Veredicto, el Tribunal hace lugar al planteo defensista, pero, en la sentencia., el propio Tribunal hace todo lo contrario y condena por un delito más grave que el que declaró inadmisible, y que NUNCA fue imputado por la acusación, ni planteado en NINGUNA etapa del proceso. La sentencia de condena por el delito de "**abuso sexual gravemente ultrajante en razón de su duración",** no cumple ninguno de los recaudos que señala el voto del Dr. García, esto es: no fue conocida por el imputado esta calificación a lo largo del debate*

para que elabore una defensa; no hay concordancia entre acusación y sentencia; la defensa no pudo desplegar mecanismos de oposición; la condena es por aspectos no contemplados en la acusación, etc.".

4. - Varias son las aristas que merecen atención en este fallo, pero, si se vislumbra el eje central por donde transita la cuestión, sin distraerse de lo realmente acontecido, es posible arribar a una solución justa y prudente.

En efecto, recordemos que la Fiscalía interesó al Tribunal por la condena del Sr. G. en relación a "*los hechos ocurridos en fecha y hora que no pueden ser precisados con exactitud, pero ubicables durante el transcurso del año 2010, cuando la menor S. P. cursaba el 3° grado y hasta que la menor tuvo 13 años y mientras convivía con su madre la Sra. C. P. y el encartado R. N. G., en el domicilio de sito en calle Musacchio N° X casa N° X, Rawson y cuando visitaban y cuidaban a su abuelo materno en la ciudad de Trelew en la vivienda sita en Centenario N° X.*

En tales circunstancias, N. G., con pleno conocimiento de lo que hacía, aprovechándose de la situación de convivencia preexistente comenzó a abusar de la menor S. a muy temprana edad mediante tocamientos y manoseos en sus partes íntimas, llevándola a una de las habitaciones donde dormían, haciendo que la menor le tocara su pene indicándole como debía hacerlo "para arriba y para abajo", Para finalmente en una oportunidad, G. se sacó sus pantalones y ropa íntima haciéndole lo mismo a la menor, para luego estando ella boca abajo colocársele encima de ella y accederla carnalmente vía anal al tiempo que le decía "dale coge", amedrentándola a que no dijera nada".

Estos hechos, fueron calificados como *abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia en perjuicio de la menor S. L. P., todo ello en la modalidad de delito continuado (arts. 119 3° y 4° párrafo inc. f y 54 del C.P.)* -sic, fojas 7, acusación-.

5. - En su alegato final, el Fiscal Heiber, pretendió añadir a su imputación originaria, sobre los mismos hechos intimados, el concurso entre el acceso carnal con el delito de abuso sexual simple en la modalidad del delito continuado; el Sr. Defensor, se opuso a la nueva calificación añadida por entender que se violaba el principio de congruencia; los jueces, al momento del veredicto, entendieron que

"tal adición es inadmisible por cuanto supone la imputación de hechos no imputados al acusado y por lo tanto deben ser desechados como parte de la acusación final."

6. - He aquí una primera cuestión.

No es cierto que la postulación fiscal era inadmisible. De conformidad con las reglas del art. 332, como se desarrollará más adelante, el Tribunal podría haber admitido la nueva calificación jurídica más gravosa, previo intimar al imputado de conformidad con las reglas del art. 322 (cuarto párrafo en este caso), suspendiendo el debate por un tiempo prudencial eventualmente.

A pesar de esta irregularidad, lo cierto es que no admitió la calificación que se pretendió sumar a la anterior, en beneficio del incuso, limitando el objeto procesal a los

hechos ventilados y subsumidos bajo un solo dispositivo legal, el del párrafo tercero del art. 119, Código Penal.

7. - Sin perjuicio de esa circunstancia, resuelta en el curso del debate como una incidencia, que no debió necesariamente ser parte de la sentencia final como pretende el defensor, lo cierto es que tal resolución implicó ceñir la pretensión de la acusadora a los términos originales por entender los jueces que no era admisible ampliar la acusación.

Puestos a resolver, sobre la admisibilidad o no de esa calificación jurídica definitiva, entendieron -correctamente a partir de la prueba producida en el debate- , que la misma no era procedente, por lo que decidieron mutar la subsunción a otra -más leve- que entendieron correcta de conformidad con los hechos acreditados.

Por ello, tal como adelanté en el sentido que se impone una lectura prudente de los avatares de este proceso, la respuesta sobre la contradicción de la sentencia es aparente.

Y la contradicción es putativa, en primer lugar, porque amén del irregular trámite dado a la incidencia, lo cierto es que el fin tenido en cuenta para hacerlo fue no perjudicar al imputado de la eventual imposibilidad de defenderse de la adición de nuevas circunstancias agravantes.

Luego, en la sentencia, no acreditados los requisitos típicos de la figura seleccionada por la acusadora, se descendió un peldaño en la agravación de los abusos, optándose por aquel que efectivamente reunía los elementos legales acreditados en el debate.

8.- Superado ello, resulta de evidencia que el punto neurálgico es, entonces, si en la especie se vulneró el principio de congruencia, *"el cual establece la necesidad de que exista correlación entre la acusación y la sentencia condenatoria*" (Gullco, Hernán; *"Hacia una nueva definición del principio de congruencia"*, Jurisprudencia de Casación Penal, Tomo 3, Hammurabi, pág. 39), o, lo que es lo mismo, si los tribunales están facultados, al momento de dictar sentencia condenatoria, a apartarse de la calificación elegida por el fiscal.

Para ello, es bueno recordar -como lo hace el profesor citado antes-, que existen dos criterios acerca del principio aludido.

El primero, "clásico" o "tradicional", queda satisfecho en tanto el juez no altere la plataforma fáctica descripta en la acusación; por ello, "*no existe violación de aquél cuando el juez modifica la calificación jurídica contenida dada a los hechos en la acusación. Según esta concepción, al proceder así, el juez estaría ejerciendo sus legitimas facultades constitucionales de 'conocer el derecho', que se resume en la conocida frase latina '*iura novit curia'" (ob. cit., pág. 40).

Este es, sin dudas, el primigenio criterio de la CSJN, cuando en, por ejemplo, *Fallos* 242:227, ha dicho: "*...en orden a la justicia represiva, el deber de los magistrados, cualesquiera fueran las peticiones de la acusación y la defensa o las*

calificaciones que los mismos hayan formulado con carácter provisional, consiste en precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, sin más limitación que la de restringir el pronunciamiento a los hechos que constituyeron la materia del juicio...".

Es, por caso, la clásica postulación del maestro Vélez Mariconde: *"lo realmente prohibido es que el juez condene al imputado por un hecho diverso del que fuera objeto de la imputación o que para ello haga mérito de alguna circunstancia ajena a la acusación y modifique así el hecho en su propia esencia... se prohíbe que la sentencia haga mérito de un hecho, de una circunstancia o de una situación que no fue debidamente intimada porque no estuvo contenida en la acusación..."* (Vélez Mariconde; Derecho procesal penal, T. I, p. 404).

9. - Ahora bien. Va de suyo -como advierte Gullco, en *"El principio acusatorio en la jurisprudencia de la CSJN"*, en AA.VV., "Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal", Plazas-Hazan, compiladores, EdS, 2018, pág. 517-, *"al hablarse de 'base fáctica', debe entenderse que, además de los elementos* objetivos *de la imputación del ministerio público, también quedan incluidos en dicho concepto los aspectos* subjetivos *en que se funda aquella."*, tal como sostuvo el voto en disidencia (Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni) en el caso "*Antognazza*", precisamente proveniente de esta Cámara en lo Penal (con la competencia anterior a la reforma procesal), en la que la minoría de la CSJN estableció que "*la modificación en la calificación legal no podía hacerse sin alterar la imputación fáctica, pues resulta groseramente contrario al sentido común afirmar que es exactamente lo mismo abandonar que causar lesiones, cuando es evidente que se trata de supuestos de hecho distintos y que, por otra parte, no existe clausula legal alguna en nuestro ordenamiento jurídico que establezca que no evitar un resultado típico equivalga a causarlo."*, criterio que fue receptado luego por la mayoría del caso "Espinoza" (2010).

10. - Por otro lado, se ha ido construyendo un criterio "no tradicional" o "moderno" del principio de congruencia.

No cabe duda que tiene como origen las enseñanzas del maestro Maier, quien ya a mediados de la última década del siglo pasado, alertaba sobre que *"la base de la interpretación está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa; todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente), lesiona el principio estudiado. La regla no se extiende, como principio, a la subsunción de los hechos bajo conceptos jurídicos. El tribunal qué falla puede adjudicar al hecho acusado una calificación jurídica distinta a la expresada en la acusación (iura novit curia). Sin embargo, aunque de ordinario la regla sólo pretende que el fallo no aprecie un hecho distinto al acusado, ni valore circunstancias no introducidas por la acusación, una variación brusca de la calificación jurídica*

puede sorprender a la defensa en algunos casos...". (Maier, Julio B.J.; Derecho Procesal penal, I. Fundamentos, Del Puerto, 1996, pág. 568).

Contemporáneamente a estas enseñanzas, la CSJN, en "Acuña" (*fallos* 319:2959), *"... afirmó que, con independencia de que la plataforma fáctica descripta en la acusación no hubiese sido modificada en la sentencia, la violación del principio de congruencia también podía configurarse si dicho cambio había* '...desbaratado la estrategia defensiva del imputado, impidiéndole formular sus descargos...'" (citado por Gullco, ob. cit., pág. 46).

En ese sentido, poco antes, en *fallos* 242:234, "Bazzino", el Procurador General advirtió que *"para que en todo caso pudiera considerarse procedente el agravio, el recurrente debió demostrar con cuales razones y mediante que elementos de juicio habría podido desvirtuar la procedencia de la calificación legal que, en definitiva, dio a los hechos de la causa el tribunal."*.

Más cercano en el tiempo, en fecha 1 de octubre de 2004, el Procurador General ante la CSJN, en autos "Sircovich, Jorge", cuyo dictamen hace suyo el Tribunal (sentencia de 31/10/2006), no solo recordó los precedentes "Bazzino" y "Acuña", sino que agregó que "*esta situación de restricción defensiva concurre justamente en este caso. en que el cambio operado en la subsunción legal afectó las garantías judiciales de los acusados, tanto por un defecto del conocimiento cabal de la imputación, como por una afectación a su estrategia defensiva."*.

En síntesis, *"conforme a lo expuesto parece indudable que, más allá de los generosos términos con que la Corte reconoció las atribuciones de los jueces penales sobre este punto, en los casos en que la calificación legal es modificada de manera inesperada para la defensa, el correcto ejercicio de éste se vería afectado*" (Divito, Mauro; *"Defensa en juicio y debido proceso*"; Jurisprudencia penal de la CSJN, Tomo 1, Hammurabi, pág. 76).

10.- En el caso, es cierto que los jueces de la sentencia han variado la calificación jurídica de los hechos imputados, pero, ¿es posible afirmar que se ha violado el principio de congruencia?

10.- 1.- Ha fundado ello el primero de los votantes, el Juez Zaratiegui en la hoja 39 de la sentencia, en estos términos: *"Que tal como prescribe el artículo 332 segundo párrafo del CPrPCh. hemos escogido una calificación distinta a la señalada por la acusación, sin que ello importe un menoscabo al ejercicio de una adecuada defensa en juicio del imputado*".

"Que tal como puede leerse en el hecho narrado por la Fiscalía, el mismo describe conductas abusivas (tocamientos, manoseos en sus partes íntimas y en el pene del imputado, etc) que se sucedieron desde que la niña cursaba tercer grado y hasta que la menor tuvo 13 años, mientras convivía con su madre y el imputado...", y, citando a Maier, culmina en que *"...la circunstancia apuntada (sorpresa inadecuada) por el distinguido autor, está ausente en la subsunción practicada, puesto que, en los hechos*

descriptos, se describen conductas constitutivas del abuso sexual gravemente ultrajante que hemos elegido al calificar el accionar del acusado."

"La totalidad entonces, de los elementos exigidos legalmente, se han probado y comprobado en el decurso del debate y en este punto me remito a las consideraciones practicadas al momento de analizar la materialidad y autoría del suceso traído al examen jurisdiccional.".

10.- 2.- A su turno, el Juez Piñeda, sentenció: *"...Este cambio de encuadre jurídico, no afecta el principio de congruencia, pues las conductas se encuentran contenidas en la descripción del hecho imputado, no violándose tampoco el derecho de Defensa. El principio de congruencia tiene que ver directamente con los hechos y no con las calificaciones jurídicas. Seguidamente, transcribiré la plataforma fáctica y es el conocimiento que tenía el imputado, base para ejercer su Defensa, tanto material, como técnica*".

10.- 3.- En tercer lugar, el Juez García, en la hoja 77, parafraseando a Angela Ledesma ("¿Es constitucional la aplicación del brocardo iura novit curia?", en "Estudios sobre Justicia Penal, libro de Homenaje al profesor Julio B. J. Maier, Ed. Del Puerto, 2005), ha dicho que *"para que se viole el derecho de defensa en juicio (arts. 18 y 75 inc. 22 C.N.), debe encontrarse afectado el principio de congruencia fáctica. La congruencia es la compatibilidad o adecuación existente entre el hecho que impulsa el proceso y el resultado de la sentencia. Es decir que el requerimiento fija los hechos de los que el tribunal no puede apartarse, entender lo contrario implicaría desvirtuar el sustrato del proceso. Para que se conmueva la garantía constitucional de defensa en juicio, es necesario que se haya producido una mutación esencial entre el hecho intimado y la base fáctica contenida en el documento acusatorio, con el hecho juzgado, produciéndose un menoscabo en la facultad de la refutación por parte de los imputados. Tal perjuicio sólo concurre cuando la diversidad fáctica le restringe o cercena la factibilidad de presentar pruebas en su interés o si la diversidad comprometió la estrategia defensiva...".*

11.- En resumen, si bien los jueces del caso parecen aferrarse al criterio "clásico" del principio de congruencia, en la inteligencia que se han mantenido incólumes los hechos acusados, desde este prisma, la respuesta a aquel interrogante resulta negativa.

Es que tal como he dicho en **"Comisaría Seccional Primera s/investigación incendio-Trelew"** (Carpeta 6052 OJ Tw, legajo 58161 OUMPF Tw), del 14 de diciembre de 2016, en un párrafo plenamente aplicable al caso que nos ocupa, *"...de los antecedentes reseñados, surge con claridad que los jueces no alteraron un ápice las proposiciones fácticas intimadas oportunamente, dando razones atinadas (las que se comparten en un todo) de cómo era posible a partir de los mismos hechos ventilados en debate llegar a otra calificación jurídica.*

Tuvieron el imputado y su defensor técnico completo conocimiento acerca de las proposiciones que integraban la acusación, que se mantuvieron a lo largo de todo

el debate, independientemente de la calificación que postularan los acusadores, subsunción que válidamente puede ser modificada por el tribunal (art. 332, CPP).”.

12.- Además, admitiendo la posible vulneración del principio en casos de cambios sorpresivos de la calificación jurídica (criterio amplio), también es posible en la especie afirmar que no se ha vulnerado aquél.

¿Puede válidamente atenderse la queja en el sentido que no podía esperarse la subsunción sobre la que ahora se protesta?; o lo que es lo mismo, ¿fue realmente *sorpresiva* la calificación adoptada por los jueces al descartarse el acceso carnal?

La respuesta es, otra vez, negativa.

Adviértase que, en ocasión de presentar recurso extraordinario ante la Sala Penal por la concesión de la *probation* al imputado ante una calificación de abuso simple, el Sr. Fiscal Rodríguez, expresó en su escrito que *“...aún en la duda subjetiva invocada por la fiscal, respecto del acceso carnal. contaba con elementos de convicción más que sobrados para encuadrar la conducta del imputado en un abuso sexual gravemente ultrajante, de conformidad con el 2do. párrafo del art. 119 del C.P.”*

En su responde, el mismo abogado quejoso en estos folios, contestó que “*ahora, el Fiscal Rodríguez interpreta que se podría haber aplicado otra calificación legal abuso sexual gravemente ultrajante-, que no es la primigenia, ni la finalmente escogida, pero ello es exclusivamente criterios de interpretación distinto con su par, que en nada puede conmover la legalidad de la aplicación del instituto*”, admitiendo en los alegatos finales del juicio seguido a G. que *“.la calificación legal pretendida por el MPF. ha traído una serie de discrepancias internas. incluso hay fiscales que han solicitado otras calificaciones posteriores a esta que se había presentado en esta acusación..."* (alusión evidente al acceso gravemente ultrajante).

Y repito, ¿fue realmente no esperable, *cercenó la factibilidad de presentar pruebas en su interés o comprometió la estrategia defensiva* la calificación adoptada por los jueces al descartarse el acceso carnal?

13.- En el plano de los hechos, no es posible admitir que repugnó el libre ejercicio de la defensa material la circunstancia de calificar, por ejemplo, el hecho perfectamente intimado al prevenido de *“hacer que la menor le tocara su pene indicándole cómo debía hacerlo para arriba y para abajo*”, como gravemente ultrajante.

Es unánime la doctrina en conceptualizar esta clase de sucesos como de los que más humillación acarrean (v. gr. Donna, Villada), doctrina que ha sido receptada por la Sala Penal del cimero Tribunal Provincial en numerosas ocasiones (“L., H. R. s/impugnación extraordinaria”, Expte. 100.030-Año 2015; “R., E. A. s/denuncia abuso sexual”, Expte. 22.274-Año 2011, entre otros).

No puede admitirse, tampoco, la presunta sorpresa sobre la entidad de grave ultraje para una niña, entre sus diez y sus trece años, de la acción de *“estando ella boca*

abajo colocársele encima de ella y -aunque no se demostró el acceso- le decía 'dale cogé'", encontrándose ambos protagonistas desnudos.

¿Quién puede sorprenderse del ultraje que significa a la psiquis de una niña hechos como los intimados y de los que dan cuenta los informes psicológicos conocidos por la defensa desde la etapa preparatoria?.

14.- Además, tal como he dicho en mi sufragio referido antes, "no indica el defensor en su reproche, cuáles han sido concretamente "*todos aquellos aspectos relevantes del hecho"* sobre los que no pudo expedirse.

No es suficiente elevar la queja en abstracto sobre los agravios hipotéticos que pudiera generar la sentencia; por el contrario, es preciso individualizar en detalle los lineamientos de la teoría del caso que fueron impedidos de desarrollar, debido a la sorpresa, y no limitarse a esgrimir posibles alternativas en abstracto.

La jurisprudencia del más alto Tribunal Nacional así lo ha dicho desde antaño, en concreto, fallos 247: 202, de modo que *"...no hay agravio a la garantía constitucional de la defensa si de las constancias de la causa se desprende que el hecho en que se basa la decisión apelada ha integrado el juicio desde su iniciación y el tribunal de alzada se ha limitado a aplicar la calificación jurídica y las disposiciones legales que estimo correspondían en la especie (Fallos: 242: 227), particularmente cuando, como en el sub lite, no se ha expresado en forma concreta al deducirse el recurso extraordinario cuales son las pruebas de cuya producción el reo se hubiera visto privado (Fallos: 242: 124, 227, 411 y otros)."*

En el caso, pudo defenderse G. válidamente de la duración de los sometimientos, elemento temporal tenido en cuenta por los jueces -tal como la norma del segundo párrafo del 119 indica- para calificar el suceso; de hecho, la primera imputación preveía el delito continuado; que fueron acercamientos o tocamientos de índole sexual todos los descriptos no cabe duda alguna y la declaración del imputado se ha dedicado a negar cualquiera de ellos; que los tocamientos han implicado ultraje dan cuenta las pericias psicológicas: ¿sobre qué aspectos de la imputación no pudo argumentar la defensa?

15.- Casi finalizando, la queja acerca de la presunta violación a las disposiciones del art. 332, tampoco puede ser acompañada.

En efecto, la disposición aludida, novedosa en su diseño -a diferencia, por ejemplo, del art. 401 del C.P.P. Nación-, estipula, en lo que aquí interesa, que *"en la condena, el tribunal podrá dar al hecho un calificación jurídica distinta de aquella indicada en la acusación..."* (principio iura novit curia, evidentemente).

Lo novedoso de la norma es que, recogiendo la doctrina del fallo *"Ramírez, Fermín vs Guatemala*", de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 20 de junio de 2005 -nuestro código procesal es del año 2006-, estableció en la segunda oración del párrafo segundo, del art. 332 CPP, las formas a observar para operar dicho cambio de subsunción.

Recordemos que la Corte Americana sentenció en dicho fallo que *".la calificación jurídica de estos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos* (criterio clásico) *y* ***se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación****."* (el destacado me pertenece).

¿Y cuáles son esas garantías que ha previsto el legislador chubutense?

Primera garantía: *"el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal más grave que el invocado en la acusación, .si previamente no fue advertido de la modificación posible del significado jurídico de la imputación, conforme al artículo 322, IV párrafo.*".

En la especie, venía siendo acusado G. del abuso sexual con acceso carnal en la modalidad del delito continuado, delito que implica una evidente mayor gravedad con respecto al que por fin se lo condenó.

Segunda garantía: *"Esta regla se aplica, asimismo, a los casos en los cuales la variación de la calificación jurídica implique, aun por aplicación de un precepto penal más leve, la imposibilidad de haber resistido esa imputación en el debate..."*.

En el caso, la aplicación del precepto penal más leve no implicó una variación en la subsunción que imposibilitara la resistencia a dicha imputación, como se dijo en los párrafos anteriores -por ser posible y esperable, por ser adecuada y por no argumentarse acerca de la estrategia vedada-, a lo que se puede sumar que la teoría del caso del defensor técnico y el imputado fue una postura negativa y genérica acerca de la intimación.

En fin, no se han violado, en absoluto, las reglas previstas para que opere en la sentencia un cambio de calificación.

16. - Por último, respecto al agravio del defensor acerca de la ausencia de completitud en la cita de la doctrina aplicada por el Juez García (ver fojas 203 del recurso), la impugnación tampoco podrá recibir acogida.

En efecto, recuerda el abogado López la cita del profesor Julio Maier en estos términos: *"... Luego de analizar los delitos agravados y privilegiados, en donde el hecho básico -ejemplo homicidio está completamente incluido en los agravados o privilegiados- homicidio agravado, infanticidio-, se refiere a las figuras secantes, y dice* "...No ocurre lo mismo cuando las figuras **son secantes esto es, cuando los elementos de una no están íntegramente incluidos en la otra,** lo que regularmente sucede con normas complejas que prohíben comportamientos de ordinario permitidos (por ej., acceso carnal) en circunstancias muy especiales, o como en el caso de la llamada violación por inmadurez sexual y estupro (CP, 119 inc. 1 y 120)..." *(pág. 571 ob.cit.).*

"En el caso, abuso sexual con acceso carnal y abuso sexual gravemente ultrajante, son figuras secantes, pues los elementos de una no están incluidos en la otra. Así, en el abuso sexual gravemente ultrajante, tiene el elemento "por su duración", tema

específico de prueba y debate, no exigido en el acceso carnal imputado. Además, debe existir un "plus" en el "ataque" sexual que se vincula con la dignidad de la víctima, que tampoco fue motivo de prueba y debate, y que no está contenido en el acceso carnal.”.

17. - Ahora bien. No solo no resulta del todo atinada la cita, toda vez que el ejemplo traído por el maestro Maier, en cuanto al carácter secante de las imputaciones entre violación y estupro, a partir de la reforma de la 25087 (B.O., 14/5/99) que da nueva redacción al último de los delitos, ha cambiado sus contornos -aunque se mantiene tal calidad apuntada-, sino porque, ni siquiera existía el delito de abuso gravemente ultrajante en la época en que se inscribe la referencia.

Además, en lo sustancial, si bien es cierto que, tal como se encuentran redactadas las figuras, continúan siendo rectas intersectadas en un punto (el abuso básico), los requisitos típicos denunciados (duración y plus en el ataque), han sido debidamente anoticiados tal como se desprende de la acusación y de la prueba producida en el juicio.

18.- Por todo ello, corresponde, sin más, rechazar la impugnación en todos sus términos, confirmando la sentencia atacada, siendo ocioso expedirme sobre la continuación de la prisión preventiva atento el voto que propongo y la evidente falta de jurisdicción para resolverla debiendo acudir la parte al tribunal competente.

19.- En orden al modo de imponer las costas y los honorarios que corresponden regular, hago propia la propuesta del vocal que lidera el acuerdo. Así lo voto.

El Juez Leonardo M. PITCOVSKY dijo:

La presente Carpeta Penal llega a esta Cámara por recurso contra la sentencia de condena de R. N. G., presentado por el Dr. Omar López, Defensor Penal Oficial del imputado. Los motivos que dieron origen a la queja del decisorio se encuentran detallados al principio en forma extensa, al igual que la respuesta que diera el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal y la Sra. Asesora de Familia de la ciudad de Rawson, por lo que en honor a la brevedad a ellos me remito.

Sólo he de puntualizar a continuación las razones del reclamo que habilitarían a juicio del Sr. Defensor la declaración de nulidad de la sentencia y la consecuente absolución de G..

En primer lugar destacó que dicha sentencia es arbitraria al carecer de coherencia, pues en una de sus partes declara inadmisible que el Fiscal en su alegato final agregue una nueva calificación legal, más luego el propio Tribunal aplica una calificación jurídica nunca planteada en el juicio, de la que no pudo en consecuencia defenderse el imputado.

Que la acusación venia formulada en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal, y al tiempo de culminar el debate, señaló el Letrado, el Dr. Heiber amplió dicha calificación jurídica hacia el delito de abuso sexual simple en la modalidad del delito continuado en concurso real con abuso sexual con acceso carnal. Ante su oposición, el Tribunal del debate hizo lugar, expresando en veredicto anticipatorio que dicha presentación era sorpresiva al imputar hechos no atribuidos con anterioridad, afectando

la defensa en juicio al violar el principio de congruencia, el que debe permanecer inalterable en todo el proceso.

Párrafo siguiente, el Dr. López, destaca que los fundamentos utilizados por el Tribunal para escoger una nueva calificación legal y condenar a su defendido son abiertamente opuestos a los utilizados para rechazar la petición de la Fiscalía, carentes además de sustento jurídico al presentarla en la sentencia, aludiendo al efecto a los propios sufragios de los juzgadores.

En ese sentido subrayó que los tres Jueces, más allá de que no permitieron la nueva calificación legal pretendida por el Fiscal, erraron al asignar también ellos una nueva calificación legal -abuso sexual gravemente ultrajante por su duración en la modalidad del delito continuado-, en tanto este cambio brusco en el tipo penal, subrayó el Sr. Defensor, ha provocado la indefensión de G., al ser condenado por un delito que nunca fue intimado, agregando que la figura legal escogida es secante -siguiendo la posición que esgrime el maestro J. Maier- con la de abuso sexual con acceso carnal, pues, además de haber sido absuelto por esta segunda conducta, el plus que escoge el tribunal al determinar que los sucesos han sido gravemente ultrajantes para la menor, no fueron materia de prueba ni de discusión en el debate.

Paso a emitir mi voto.

De la lectura integral de la sentencia puesta en crisis, y de los antecedentes que hubo en el largo proceso, cabe enunciar algunas apreciaciones relacionadas específicamente al primer agravio de la Parte, esto es, la violación al principio de congruencia por parte del Tribunal de Juicio al dictar sentencia condenatoria por hechos que no habían sido intimados al imputado.

Por no ser un caso de sencilla resolución, traeré a escena los hechos que fueron imputados a G. desde el inicio del proceso, pues si la queja procede por la vulneración al principio de congruencia, son los hechos, no la calificación legal, lo que está en crisis, en tanto la sorpresa que acarrearía la imposibilidad de una defensa efectiva, lo sería por causa de hechos desconocidos para el imputado - objeto del proceso-, de los que no tuvo oportunidad de defenderse, ni de presentar su descargo ni de ofrecer prueba, no de calificaciones legales, asunto siempre desconocido para él, en tanto sobre un tipo penal no está en condiciones de ejercer defensa material alguna.

Sobre este tópico, se observa desde el inicio del proceso que la imputación de los sucesos por parte del acusador fue la siguiente, a saber: “Se encuentran acreditados los hechos ocurridos en fecha y hora que no pueden ser precisados con exactitud, pero ubicables durante el transcurso del año 2010, cuando la menor S. P. cursaba el 3° grado y hasta que la menor tuvo 13 años y mientras convivía con su madre la Sra. C. P. y el encartado R. N. G., en el domicilio de sito en calle Musacchio N° X casa N° X, Rawson y cuando visitaban y cuidaban a su abuelo materno en la ciudad de Trclew en la vivienda sita en Centenario N° X. En tales circunstancias, N. G., con pleno conocimiento de lo que hacía, aprovechándose de la situación de convivencia preexistente comenzó a

abusar de la menor S. a muy temprana edad mediante tocamientos y manoseos en sus partes íntimas, llevándola a una de las habitaciones donde dormían, haciendo que la menor le tocara su pene indicándole como debía hacerlo "para arriba y para abajo". Para finalmente en una oportunidad, G. se sacó sus pantalones y ropa íntima haciéndole lo mismo a la menor, para luego estando ella boca abajo colocársele encima y accederla carnalmente vía anal al tiempo que le decía "dale coge", amedrentándola a que no dijera nada. Según pericia ginecológica realizada por la Dra. F. K. lo observado corresponde a Categoría 2 de la Clasificación de Mural, esto es que hay hallazgos inespecíficos - abuso sexual posible.

Este mismo hecho fue descrito en el escrito de acusación, al inicio del debate y en los alegatos finales, previo al cierre del juicio oral. Sin embargo, en este último acto procesal el Fiscal agregó, conforme surge del video, que a lo largo del debate se probó que el señor N. G., con pleno conocimiento de lo que hacía y a los efectos de satisfacer su propia libido se aprovechó de la situación de convivencia preexistente y comenzó a abusar de la niña, aproximadamente a partir una edad aproximada a los 9 años, teniendo en cuenta que ella cursaba tercer o cuarto grado de la escuela primaria, consistiendo estos abusos en tocamientos y manoseos en las partes íntimas de la niña, según sus propios dichos, ocasión en que el autor la llevaba a las habitaciones de los domicilios antes enunciados- donde le tocaba sus partes íntimas, y hacia que ella también le tocara sus partes íntimas. Que en una oportunidad hasta logró que la niña lo masturbara, dando detalles de ello, aunque escuetos, en Cámara Gesell. Que estos tocamientos y manoseos fueron continuados en el tiempo, varios, a través de los años, agregando que la base fáctica se ha mantenido incólume a lo largo de todo el proceso, por lo que correspondía añadir la calificación legal de abuso sexual simple con la modalidad de delito continuado en concurso real con abuso sexual agravado por acceso carnal, todo ello agravado por la situación de convivencia previa del imputado con la víctima, tratándose de una víctima menor de dieciocho años, ello en los términos de los arts.119 primer párrafo, tercer párrafo y cuarto párrafo -inciso f- y 55 del Código Penal.

Tal como se advierte, los hechos, materia de reproche y de acusación se han mantenido, además de idénticos, incólumes a lo largo del tiempo.

Sin embargo, el Tribunal, en la lectura de su veredicto -ante la oposición de la Defensa- declaró inadmisible la petición del Fiscal al haber añadido un nuevo tipo penal, abuso sexual simple en la modalidad del delito continuado, *“por cuanto supone la imputación de hechos no imputados al acusado, y por lo tanto deben ser desechados como parte de la acusación final.”.*

Aprecio que aquí aparece el primer error, pues si el Tribunal entendía que se estaba acusando por nuevos hechos -cuestión que como antes dije no era así-, debió, en los términos de la normativa procesal vigente dar traslado al acusado para que se exprese en las condiciones del artículo 322 del CPP.

A renglón seguido y con sorpresa, a mi juicio, refirió que condenaba en orden al delito de abuso sexual gravemente ultrajante **en razón de su duración**, agravado por la situación de convivencia preexistente y por haber sido cometido contra una menor de 18 años de edad en carácter de autor (Arts. 45, 54 y 119 segundo y cuarto párrafo incido ‘f: del C Penal.), en los términos del artículo 332 del CPP, pues sobre esos hechos, el inculpado estaba debidamente imputado, resolvió.

Si bien en principio puede quedar excluida de la exigencia del control de la congruencia el cambio adoptado sobre el aspecto jurídico, toda vez que la congruencia no alcanza al título o calificación legal del hecho imputado, pues tiene plena libertad el juez para elegir la norma que considera aplicable al caso en virtud del principio *iura novit curia,* la incongruencia, o la contradicción más propiamente dicha, quedaría expuesta en el caso bajo examen por haber condenado a G. por hechos que el mismo Tribunal no admitió al final del debate, a pedido del acusador.

La contradicción en el veredicto y sentencia radicó en que, si por un lado se rechaza por inadmisible determinados hechos, y por otro en cambio se los acepta, dicha licencia deriva inexorablemente en que el decisorio, por motivación contradictoria, sea declarado nulo.

La sentencia, claro está, pues largamente se ha dicho en doctrina y pacífica jurisprudencia, debe estar debidamente fundada de modo que se perciba prístinamente el itinerario lógico-jurídico, como reza nuestro art. 25 del CPP, con debida motivación lógica y legal, resultando imperativo además que dicha motivación no sea contradictoria como un requisito ineludible, pues constituye un derecho de las Partes la exigencia de razonabilidad y razón suficiente de los pronunciamientos judiciales.

Al decir de Díaz Cantón, Fernando, La Motivación de la sentencia Penal, pág. 99 y ss., “*en nuestro derecho positivo, falta de motivación, se refiere tanto a la ausencia de expresión de la motivación -aunque esta hubiese realmente existido en la mente del juez-, cuanto a la falta de justificación racional de la motivación que ha sido efectiva*mente explicitada”.

Es decir, no basta que se exprese los motivos de la decisión, si a continuación de analizar su contenido, este se da de bruces con otra decisión tomada por el mismo tribunal en el mismo juicio, cuestión que la torna nula. (Art. 330 del CPP).

Obiter dictum digo también, que como consecuencia de la declaración de nulidad de la sentencia que estimo debió ocurrir, entiendo también que en su caso hubiera sido necesario remitirse los presentes actuados a la Ofiju para que integre un tribunal que lleve adelante un nuevo debate en forma urgente y se pronuncie conforme las reglas previstas en el artículo 25 del CPP.

Esta apreciación final, aunque en minoría, estimo plausible hacerla, en tanto si la sentencia hubiera sido anulada por contradictoria fundamentación, carecería en consecuencia de todo efecto jurídico, y no podría argumentarse entonces que al llevarse adelante un nuevo debate por los mismos hechos habría lesión al *non bis in ídem*, pues

la necesidad de un nuevo juicio vendría de la mano de que en el caso bajo análisis la víctima es una niña, que fue presuntamente sometida sexualmente por alrededor de cinco años por un hombre mayor de edad conviviente, asunto que merecería sin dudas una respuesta judicial por las características y circunstancias que rodearon los hechos a lo largo del tiempo; por la violación de normas del derecho interno que tipifican el delito, y porque de no ocurrir un nuevo juicio se vulnerarían normas convencionales, en tanto el caso posee amparo constitucional preceptuado en la Convención sobre los Derechos del Niño por su especial situación, paraguas protector que la resguarda ante cualquier intento de vulnerar sus derechos o acometer contra su desarrollo personal. Conforme lo ha dicho la Cámara Federal de Cesación Penal, Sala II, "G., Alejandro D. s/recurso de casación, del voto de la Dra. Ana M. Figueroa. 17/9/12

En esa línea de pensamiento cabe acudir a lo señalado en el informe 34/96 de la CIDH, donde se precisa que la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas, con la intervención de un tribunal competente, imparcial e independiente, de cuya decisión sea la realización del derecho vigente. Así lo voto.

En relación a la Prisión preventiva que viene sufriendo el inculpado, no siendo resorte de esta Cámara Penal -por resultar incompetente-, resolver la petición del Sr. Defensor, ocurra el Letrado ante quien corresponda. (Conforme fallo "Pimienta p.s.a. Abuso sexual" STJ 2019). Así voto.

Comparto los honorarios que se han determinado a la Defensa Oficial, tal como lo han dispuesto los Colegas, que ha opinado en primer lugar.

De conformidad con los votos precedentes, por mayoría esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Rechazar la impugnación ordinaria deducida por la Defensa Pública en representación de R. N. G.;

2) Confirmar la sentencia condenatoria Nro. 159/19 OJ Rw, dictada en fecha 26/02/19, en cuanto declara a R. N. G. autor material, penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante en razón de su duración, agravado por la situación de convivencia preexistente y por haber sido cometido contra una menor de dieciocho años de edad (arts. 45, 54 y 119, segundo y cuarto párrafo, inc. "f" del C.P.), en orden a los hechos cometidos en las ciudades de Rawson y Trelew en perjuicio de la niña S.L.P., desde que la misma cursara tercer o cuarto grado hasta sus trece años de edad imponiendo la pena de 8 años de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas;

3) Rechazar la solicitud de cese de prisión preventiva de R. N. G. en atención al contenido de la presente, la que deberá ser solicitada ante el tribunal competente

4) Imponer las costas de la presente instancia al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. C.P.P.) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor llevada a cabo en esta etapa, en la cantidad de VEINTE (20) JUS (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 de la ley XIII-15 y art. 59 Ley V-90,) y;

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.-

Alejandro Gustavo Defranco **Leonardo Marcelo Pitcvosky**

Se deja constancia que el Dr. R. Adrián Barrios no suscribe materialmente la presente, habiendo remitido su voto a esta sede, vía correo electrónico. Registrada con el Nro.: 85/2019 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

Oscar Pablo Bastos
Secretario de Cámara