En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los cinco días del mes de agosto del año dos mil veintiuno, los Señores Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, Dres. Rafael LUCCHELLI, Leonardo Marcelo PITCOVSKY y Flavia Fabiana TRINCHERI, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, previo acuerdo, dictan sentencia en estos autos caratulados: **"L. L. P.S.A ABUSO SEXUAL S/ IMPUGNACIÓN" Carpeta Nro. 8321 OFIJUD PM - Expte. Nro. 08/2021 CPPM**, seguidos contra: **L. G. L.,** DNI N° X, hijo de R. V. y S. S. S., nacido el 17 de diciembre de 1992 en San Rafael, provincia de Mendoza, soltero, instruido, domiciliado en Bº S. M. calle M. y L. Mza. X, lote X de esta ciudad. Ello, en virtud de la impugnación ordinaria deducida por el Sr. Defensor Público Penal Dr. D. A. T., contra la Sentencia Nro. 712/2021 OFIJU, de fecha 05 de Abril del 2021, suscripta por la Sra. Jueza Penal Dra. Marcela Alejandra PEREZ. En esa, L. G. L. fue condenado como autor material y penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR EL VÍNCULO (Art. 119 último párrafo, en relación al párrafo primero y cuarto inc. b) y 45 del Código Penal), a la pena de TRES (3) AÑOS DE PRISIÓN EN SUSPENSO Y COSTAS, por el hecho ocurrido en Puerto Madryn el 13 de enero 2019 en perjuicio de S.E.V.L.-

Intervino por la acusación la Sra. Fiscal General Dra. María Eugenia VOTTERO ALBERDI, por la defensa técnica del imputado el Sr. Defensor Público Penal Dr. D. A. T., y en representación de la Asesoría de Familia la Dra. M. F. F.

Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dr. Leonardo

Marcelo PITCOVSKY, Dr. Rafael LUCCHELLI y Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI.

Los agravios formulados por la Defensa y su contestación por parte de la Fiscalía son los siguientes:

El Dr. T. en su libelo obrante a fs. 85/90, denuncia arbitrariedad en la valoración de la prueba y violación al principio de congruencia (Art. 372 inc. 3 y 6), por lo que solicita la declaración de nulidad de la sentencia y la absolución de su asistido L. G. L.

Alega que la Juez resolvió en forma contraria al principio consagrado en los arts. 44 de la Constitución de la Provincia del Chubut y 28 del Código Procesal Penal, pues la duda beneficia al imputado y, respecto de ello, advierte que la Dra. Marcela Pérez, acudió en su sentencia a ficciones legales al valorar, y afirmó la certeza necesaria para condenar a L. sin respetar las reglas de la sana crítica racional.

Explica que la Magistrada arribó a la certeza en base a dos motivos: la declaración de R. A. –madre de la menor- y el informe médico suscripto por las Dras. G. y V. B., no existiendo declaraciones en Cámara Gesell ni psicodiagnóstico que puedan ser valorados en contra de su asistido, ello así porque la menor contaba con dos años de edad al momento del hecho.

Analiza la arbitrariedad de tres ángulos distintos:

a) Plantea la inverosimilitud del hecho descripto por el Ministerio Público Fiscal, ello por lo ilógico, absurdo o insólito del hecho en sí mismo y por no poder haber sido corroborado con otros elementos de prueba. Expresa que la inverosimilitud de ese resulta de pensar que, ante el rechazo de una pareja a tener relaciones sexuales, la respuesta será satisfacer el deseo frustrado abusando sexualmente de un hijo. Que en relación a esto la Jueza se limitó a decir en su voto

que arribó a la certeza con el testimonio de A., sin explicar por qué ese relato resulta creíble.

b) Señala que la Magistrada no tuvo en cuenta al valorar el testimonio de A. la relación conflictiva de la pareja, y de acontecimientos que tenían que ver con la toxicidad propia de esa unión.

c) Indica que el informe médico no es concluyente ni vinculante y que debe ser analizado desde una doble perspectiva. En primer término, si ese resulta objetivo, imparcial y transparente y, en segundo término, si resulta concluyente para establecer cuál fue la causa de dos hematomas, ubicados en la zona perianal.

El letrado advierte que el hecho descripto en la acusación menciona que el examen médico arrojó como resultado que la niña presentaba eritema (cola roja) en zona perianal, que no hace mención a hematoma alguno por lo que ello perjudicó el ejercicio del derecho de defensa; que no se respetó las reglas relativas a la acusación y la sentencia; violándose el principio de congruencia y de allí el quebranto de dicha garantía (Art. 372 inc. 6 y 18 CN.)

Luego la Defensa hace cita de los testimonios de la Dra. G. y B. quienes realizaron el examen médico legal. Recalca que del análisis –de la primera- se establece que no existía ninguna alteración importante en zona vaginal, solo un ligero enrojecimiento por ser una niña que usa pañales, y en la zona anal, había unos pequeños hematomas en la región perianal, hematomas recientes.

Se refiere a la declaración de la Dra. B. en relación a los hematomas. Que el examen resultaba clase 2, de grado 2 de Adams y Muram que tiene que ver con lesiones inespecíficas de abuso sexual, debiendo buscarse otros indicadores porque no es un examen normal. Acota que la facultativa fue contundente al sostener que

estos hematomas que son inespecíficos y pueden tener otro origen distinto del abuso sexual. En cuanto a la data dice que precisó tiene entre horas y un día, dos días como mucho por lo tanto esa Defensa entiende que tampoco no hay certeza en la data de las lesiones.

Argumenta que más allá de la duda que plantearon las profesionales en cuanto a que los hematomas pueden tener un origen distinto del abuso sexual, dice que lo cierto es que peca de parcial puesto que antes de la revisación médica se le preguntó a la madre qué era lo que había sucedido, y que ello se vio expresado en las declaraciones, por lo que las conclusiones partieron de la versión dada por la madre, lo que fue la base del examen.

Indica que el Juez al ser perito de peritos debe en definitiva evaluar el dictamen pericial conforme los principios de la sana crítica y la libre convicción y que no está obligado a aceptar la opinión de los peritos simplemente por lo que éstos le enuncien, el Magistrado debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio y no sobre lo que determinado perito concluya. Afirma que la Juez se aferró ciegamente a un informe médico que genera más dudas que certezas.

Hace reserva del caso Federal.

Por su parte la Fiscalía representada por la Dra. María Eugenia Vottero –escrito glosado a fs. 93- solicita se rechace la impugnación y se confirme la sentencia, pues entiende que la misma es producto de un razonamiento lógico y armonizador de todas las pruebas ventiladas durante el debate.

Así la acusadora se refiere en concreto a los agravios formulados por la contraparte. Sobre la credibilidad del hecho formulado indica que la defensa lo abordó en forma fragmentada y ligeramente sin formular ningún argumento lógico

respecto de su crítica, sin embargo, la Magistrada llevó adelante una evaluación integral de la prueba producida.

Afirma que la Defensa soslaya que la jueza valoró cada uno de los elementos probatorios - de cargo y descargo-, y que no ha existido ninguno que contradiga los hechos traídos por el MPF, arrimando en favor de sus afirmaciones un fallo CNCCC, sala 1, del 12/12/2012 de la Jueza Garrigós de Rébori, en un delito de abuso, en el que se expresa: "*si el contexto en el que se originó la denuncia le otorga un marco de entidad a los dichos de aquellas que contribuye a fortalecer la veracidad de sus relatos, dentro del cual el tribunal no negó una problemática vincular y sin que la defensa haya logrado enarbolar una crítica tendiente a demostrar contradicción o mentira de las declaraciones*".

Advierte que contrariamente lo afirma la Defensa la Juez analizó de forma correcta la declaración de la R. A., quien presenció y narró los hechos, y lo concatenó con los demás testimonios -policías que arribaron al lugar y los familiares del Sr. L., más la evidencia en el cuerpo de la niña de pequeños hematomas recientes compatible con el relato, vale decir, con la presión de los dedos de dicha zona del cuerpo de la pequeña S. Que esto último, surgió del informe médico efectuado por profesionales de la salud, el cual recalca, se encontraba desde el primer momento de la investigación y fue conocido por la defensa y por L. desde la imputación.

Posteriormente cita párrafos de la sentencia en relación a los hematomas, afirmando que cada uno de los cuestionamientos formulados por la Defensa fueron abarcados y contestados pormenorizadamente por la Jueza interviniente en el Debate, advirtiendo que en la crítica realizada se sobrevuela por encima el fundamento de la sentencia sin analizarlo en profundidad. Trae a colación la cita del

Dr. Pflegger, en relación a la diferencia entre criticar y disentir respecto del resultado de la sentencia.

Por último, realiza una consideración en relación a la pena impuesta entendiéndola correcta conforme a la luz de los arts. 40 y 41 del CP.

Llevada a cabo la audiencia que estipula el código de rito -385 del CPP- las Partes confirmaron sus escritos y siguieron los mismos lineamientos. La representante de la Asesoría señaló antecedentes del caso, tramitación de alimentos que se llevaron a cabo, adhiriendo a lo formulado por la Fiscalía.

La plataforma fáctica traída por la acusación es la siguiente: "*El día 13 de enero de 2019 siendo entre las 09:00 y 10:00 horas, L. L. se acostó en la cama matrimonial de la casa familiar sita en calle R. X ciudad; y en dicha cama se encontraban durmiendo su hijo menor de dos meses, su pareja R. A. y su hija de dos años S.E.V.L. (en ese orden). Pasados unos minutos y previo ser rechazado por su pareja a tener relaciones sexuales, la Sra. A. estaba durmiendo y escucha el ruido a pañal, motivo por el cual se despertó y vio que su hija estaba con la cola de frente a su padre, y éste estaba metiendo su mano dentro del pañal. Un momento, más tarde la Sra. se levanta y ve a L. con su pene fuera del calzoncillo, situación ante la cual le reclama, y éste sólo se sube su ropa interior y sigue durmiendo. Es así que, alertado personal policial, se constituyen en el domicilio y siendo sindicado por la madre de sus hijos se procede a su demora y luego detención. Realizando el protocolo en el Hospital local con intervención de la Dra. B. y Dra. G., el mismo arroja que la niña de dos años de edad presentaba eritema (cola roja) en la zona perianal)".*

Tras deliberar el Sr. Presidente puso a votación las cuestiones en el orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley XV Nº 9, antes Nº 5478).

El Juez L. Marcelo PITCOVSKY dijo:

Ha llegado a esta instancia la presente Carpeta N° 8321/2021 OFIJU PM, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por el Sr. Defensor Público Dr. D. T., a favor de su asistido L. G. L., contra la sentencia de fecha 05 de abril del 2021, suscripta por la Dra. Marcela Pérez, en la que se lo condenara al nombrado a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN EN SUSPENSO y costas, en orden al delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR EL VÍNCULO, por el hecho ocurrido en esta ciudad el día 13 de enero de 2019, en perjuicio de S.E.V.L (Arts. 5, 26, 29 inc. 3, 40, 41, 45 y 119 último párrafo, en relación al párrafo primero y cuarto inc. b. del Código Penal).

La crítica del Dr. T. se cimentó en el pedido de nulidad de la sentencia: a) por entender que existió una violación al principio de congruencia, en tanto se condenó a L. por circunstancias que no estuvieron contenidas en la acusación; y b) por considerar que la Magistrada realizó una arbitraria valoración de la prueba en su decisorio, correspondiendo, en consecuencia, se declare la absolución de su defendido, Sr. L. L.

Los agravios formulados por el Letrado y las respuestas por parte de la Fiscalía fueron detallados al inicio de la presente sentencia, por lo que en honor a la brevedad a ellas me remito. Siguiendo con la manda legal y constitucional (Arts. 25 del CPP y 169 de la C.Ch.), paso a emitir mi voto.

Principiaré señalando que la jerarquía que ocupa el principio de congruencia en el proceso penal y en particular en nuestro sistema acusatorio, adversarial y contradictorio, es primaria y cardinal, por eso la prioridad del tratamiento de este punto.

He dicho en anteriores pronunciamientos sobre esta materia, que fue la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien sentó el carácter constitucional del asunto en análisis, al expresar que "*la función jurisdiccional que compete al tribunal de juicio se halla limitada por los términos del contradictorio, pues cualquier ejercicio de ella que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia jurídica atenta contra la esencia misma de la etapa acusatoria de nuestro modelo de enjuiciamiento penal; máxime si se tiene en cuenta que en el logro del propósito de asegurar la administración de justicia los jueces no deben estar cegados al principio de supremacía constitucional para que esa función sea plena y cabalmente eficaz*" (conf. Doctrina de fallos: 308; 490 y 311) in re "*A. H. L. s/ causa 5530*".

En el mismo sentido se ha expedido el Superior Tribunal de Justicia del Chubut, al enunciar que *"... la relación inescindible que debe existir entre los aspectos de hecho de la acusación –el objeto del debate- y la sentencia, atadas por la circunstancia de tiempo, modo y lugar que aquella, la primera, establece. Con ello, (...) se asegura al imputado el ejercicio real y efectivo del derecho a defenderse materialmente durante el proceso. (Arts.18 CN, 8 de la CADH y 14 del PIDCP, art. 75 inc.22 de la CN y art. 44 de la C.P.Ch), que envuelve la circunstancia de no ser sorprendido por lo que no espera; que el juez se pronuncie acerca de algo sobre lo que no ha podido confrontar o controvertir, ni aún ofrecer prueba..."* (Caso M., J., D.-V., M. A. s/homicidio simple - Expte. 20.170/2005-).

Es que el principio de congruencia resulta esencial para garantizar el debido proceso, de allí el especial celo que debe tenerse respecto del tema. La plataforma

fáctica formulada por la acusación debe mantenerse incólume hasta el final del proceso, sentencia incluida, por supuesto, pues representa la intimación al imputado, la que se correlaciona directamente con el derecho a ser oído sobre la conducta criminal que se le achaca, y a la posibilidad concreta de ofrecer su prueba conforme dicha imputación, de contradecirla y de alegar finalmente, en el marco de dicha versión acusatoria.

La letra de la Ley, para evitar sorpresas, es clara: ante hechos nuevos o circunstancias atribuidas que surjan del proceso o del debate, deberá ampliarse la acusación –arts. 322 del CPP. Es decir, la sentencia condenatoria 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.* (Art. 332 primer párrafo del CPP).

En el caso bajo examen, el hecho descripto por la Fiscalía en la acusación fue el siguiente: "*El día 13 de enero de 2019 siendo entre las 09:00 y 10:00 horas, L. L. se acostó en la cama matrimonial de la casa familiar sita en calle R. X ciudad; y en dicha cama se encontraban durmiendo su hijo menor de dos meses, su pareja R. A. y su hija de dos años S.E.V.L. (en ese orden). Pasados unos minutos y previo ser rechazado por su pareja a tener relaciones sexuales, la Sra. A. estaba durmiendo y escucha el ruido a pañal, motivo por el cual se despertó y vio que su hija estaba con la cola de frente a su padre, y éste estaba metiendo su mano dentro del pañal. Un momento, más tarde la Sra. se levanta y ve a L. con su pene fuera del calzoncillo, situación ante la cual le reclama, y éste sólo se sube su ropa interior y sigue durmiendo. Es así que, alertado personal policial, se constituyen en el domicilio y siendo sindicado por la madre de sus hijos se procede a su demora y luego*

detención. Realizando el protocolo en el Hospital local con intervención de la Dra. B. y Dra. G., el mismo arroja que la niña de dos años de edad ***presentaba eritema (cola roja) en la zona perianal)".*** (El resaltado me pertenece).

Con esa intimación comenzó el Debate y con ella terminó, pues no existió ampliación alguna de la acusación conforme lo prevé el citado art. 322 del CPP.

Sin embargo, la Jueza Penal, con cita del Informe N° 4/2019, de fecha 13/01/19, suscripto por la Dra. V. B., quien revisó a la menor junto a la médica de Guardia ginecológica del Hospital local, Dra. A. G., consignó en su sentencia: "*En resumen, del examen físico de la niña, fueron contestes ambas profesionales en la presencia de dos hematomas, que por su lugar (zona perianal), su mecanismo de producción (contusa), su forma (redondeada pequeña) y su data (pocas horas a dos días), resulta compatible con el relato de la señora R. A., esto es: tocamientos con la mano en la cola de la niña. Si bien se trata de un signo inespecífico, lo cierto es que conforme explicaran las expertas, por su ubicación que está protegida por los glúteos y los pañales, resulta sumamente improbable que fuera producto de un golpe o caída… Tal como señalara el señor Defensor el relato del hecho por el que ha sido traído a juicio el señor L., hace referencia a la presencia de eritemas como resultado del examen médico. Ello efectivamente fue hallado en la niña, pero no resulta un dato de interés criminológico, debido a que se trata de un signo habitual en niños que usan pañales."*

Y luego expresa: *"****El elemento de relevancia, como señalé más arriba, resultó ser la presencia de los hematomas.*** *Este tema ha sido debatido y objeto de contradicción. En particular la Defensa interrogó sobre ello a las médicas intervinientes en el protocolo… De ello resulta que desde el comienzo de la instrucción esta información estuvo a disposición de las partes y materia de debate.* ***La sindicación de la presencia de eritemas, si bien era real, carece de relevancia***

para dilucidad el caso. Pero más allá del error y descuido de la Fiscalía, la presencia de hematomas eran conocidos y no sorprendió a la Defensa que interrogó y alegó sobre ello con suficiencia." (La negrilla me pertenece).

Como se advierte claramente, y en ese sentido se pronunció la Magistrada, se agregó un nuevo elemento, una nueva circunstancia no contenida en la acusación, esto es, que los "dos hematomas" en la zona perianal de la niña habían sido producidos por el inculpado, subrogando de esta manera la posición que debió ejercer la Fiscalía, si acaso lo hubiera considerado necesario; señalando sobre dicho punto la Dra. Pérez, que ese error no era sustancial, en tanto sobre dichas heridas había sido confrontada la perito.

Esta es la cuestión cardinal, que no permite superar el estándar constitucional antes referido, por cuanto el interrogatorio a la profesional, o acaso la mención del defensor en sus alegatos, no convalida la ausencia de una nueva intimación, **con noticia al imputado que dichas lesiones las había producido él**.

En conclusión, y en base a estos parámetros, analizada que fuera la queja de la Defensa, corresponde que prospere el pedido de nulidad de la sentencia, pues se verifica en la misma una modificación del hecho y su modo de comisión, no contenida en la acusación, provocando ciertamente una sorpresa en el imputado, al no poder contar con el espacio procesal pertinente para contradecir las nuevas circunstancias incorporadas en el resolutorio de condena, lo que quebranta inevitablemente el principio de congruencia, afectando el derecho de defensa en juicio y el debido proceso, deviniendo como consecuencia de dicha nulidad y ante la imposibilidad de retrotraer el proceso en su contra, la absolución de L. L. en la presente Carpeta Penal. (Art. 162 2° párrafo del CPP). Así voto.

En cuanto a la regulación de honorarios profesionales del Sr. Defensor Público Penal, Dr. D. T., por su labor en esta etapa, Juzgo acertado fijarlos en treinta (30) JUS a cargo del Estado (conf. Art. 242 y art. 59 de la Ley V Nº 90, antes Nº4920 y 2200).-

El Juez Rafael LUCCHELLI dijo:

Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación deducida por el Sr. Defensor Público Penal, Dr. D. A. T., defensor de confianza del imputado L. G. L., contra la sentencia del día cinco de abril de 2021, en que la Jueza Marcela Alejandra Pérez lo condenara a la pena de tres años de prisión en suspenso, como autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo, por el hecho ocurrido el día trece de enero de 2019 en esta ciudad de Puerto Madryn, descriptos en la acusación, en perjuicio de S.E.V.L.-

En la audiencia a tenor del artículo 385 del C.P.P., la Defensa Pública Penal ratificó los agravios vertidos por escrito, argumentos que fueron contestados por la Titular de la Acción Pública.

Respecto a los motivos que fundan su recurso, voy a remitirme, en su integridad, a la reseña que se hiciera al comienzo de la presente sentencia, y pasaré sin más, a fundar mi voto, conforme la manda constitucional. -

El hecho por el cual fuera condenado L. G. L. fue el que habría ocurrido el día 13 de enero de 2019, entre las 09.00 y 10.00, momento en el que el imputado se recostó en la cama matrimonial de la casa sita en la calle R. X de esta ciudad, lugar donde convivía junto a su pareja R. A. y sus hijos de dos meses y S. de dos años de edad, quienes se encontraban durmiendo en la misma cama. La Acusadora pública relató en el hecho intimado que, pasados unos minutos de ser rechazado por su pareja a tener relaciones sexuales, la Sra. A. "…*escuchó ruido a pañal, motivo por el cual se despertó y vio que su hija estaba con la cola de frente a su padre, y este metiendo*

su mano dentro del pañal. Un momento, más tarde la Sra., se levanta y ve a L. con su pene fuera de su calzoncillo, situación ante la cual le reclama, y este solo se sube su ropa interior y sigue durmiendo (…)., y luego que se diera intervención al personal policial, y se procediera a la detención de L., *"Realizado el protocolo en el Hospital local con la intervención de la Dra. B. y Dra. G., el mismo arrojó que la niña de dos años de edad presentaba eritema (cola roja) en la zona perianal.*"

En primer término trataré la denuncia realizada por el Sr. Defensor en cuanto a una supuesta violación al principio de congruencia. Ello así, dado que –a pesar que no ha sido solicitado expresamente-, si la misma se configurara, la sentencia deviene nula, dado que está en juego una garantía constitucional y, ante su violación, no es posible su saneamiento. -

Para ello, traeré a colación lo explicado en el precedente "**T., W. P.S.A. Homicidio Culposo S/ IMPUGNACIÓN" (Expte. Nº 14/2015 C.P.P.M., Carpeta Nº 5155 OFIJU),** respecto a los alcances del principio de congruencia*: " En palabras sencillas, este principio estipula que el hecho sobre el que va a ser juzgado una persona debe ser debidamente individualizado de forma clara, circunstanciado y debidamente intimado al presunto autor a los efectos que el mismo pueda ejercer su derecho de defensa, teniendo la posibilidad de contradecir y refutar la acusación, vale decir, la acusación es el thema decidendum sobre el que deberá fallar el juez.*

Como explica De Luca en su artículo Acusación, su ampliación, imputación alternativa, defensa y congruencia, Publicado en Sup. Penal 2010 –Septiembre-, pág. 140; "... El hecho del proceso define su objeto. Es su columna vertebral o hilo conductor. De ahí deriva también el principio de que todo lo que no esté vinculado

al objeto será impertinente. La introducción de otro objeto, cualquiera sea la relación que guarde con el primero, generará la necesidad de una nueva columna vertebral que correrá paralelamente y que deberá ser anunciada a la defensa…".

"El principio de congruencia se centra en una garantía que hace a la esencia de la inviolabilidad de defensa, y "…para que se conmueva la garantía constitucional de la defensa en juicio –dice Ángela Ledesma- 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 refutación por parte de los imputados. Tal perjuicio solo ocurre cuando la diversidad fáctica le restringe o cercena la factibilidad de presentar pruebas en su interés o si la diversidad comprometió la estrategia defensista. (La Congruencia Procesal", Guillermo Jorge Enderle, Ed. Rubinzal Culzoni, Pág 342…) -el resaltado me pertenece-.*

Ahora bien, puesto a resolver la cuestión, luego de haber repasado los antecedentes del caso y leído detenidamente la sentencia recurrida, considero que en el presente existió una clara afectación al principio de congruencia. Explico.

En primer lugar, se advierte que si bien la presencia de hematomas en la niña S.E.V.L. fue decisiva en la construcción del caso por parte del MPF y, a la postre, en la sentencia condenatoria que pesa sobre L., ese tópico no fue intimado por el acusador público. Omisión que incluso, fuera reconocida por la propia Fiscal, quien en su líbelo de responde a la impugnación presentada, explicitó: *"…el relato del hecho por el que ha sido traído a juicio el señor L., hace referencia a la presencia de eritemas como resultado del examen médico. Ello efectivamente fue hallado en la niña, pero no resulta un dato de interés criminológico, debido a que se trata de un signo habitual en niños que usan pañales. El elemento de relevancia, como señalé más arriba, resultó ser la presencia de los hematomas".*

Si bien surge que la existencia de dichos hematomas fue controvertida durante el debate, puesto que la defensa interrogó sobre ellos a los médicos intervinientes y fue objeto de contradicción, ello no suple la correcta intimación del hecho que debió efectuarse a la defensa, lo que resultaba esencial para un eficaz ejercicio del derecho de defensa, pudiéndose pensar, incluso, a modo de ejemplo, que por tal omisión se vio impedida de ofrecer prueba sobre ese punto.

Tampoco el adecuado razonamiento de la Magistrada, en cuanto a la materialidad y autoría del hecho, a través de la pericia sobre los hematomas encontrados, junto a lo que narró la denunciante, remedian la carencia antes apuntada, ya que cuando se clausuró el debate, la manda constitucional quedó inexorablemente conculcada.

Una vez más, echaré mano a lo explicado por el Prof. Julio Maier, cuando sobre el principio de congruencia refiere: "*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."* (pág. 533, Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos)

Y en el presente, se le ha causado sorpresa a la defensa con dicha incorporación al hecho, baremo que es el seguido por nuestra CSJN para establecer, en el caso concreto, la vulneración –o no- al principio aludido.

Ahora bien, resulta llamativo, por no decir incomprensible, que la titular de la acción pública no remediara la omisión en la que incurriera en la acusación, acudiendo a la posibilidad que le brinda el Art. 322 del CPP, en base al que pudo y

debió modificar el hecho durante el debate y de esa manera permitirle a la defensa ofrecer la prueba que creyera pertinente.

Por ello, corresponde declarar la nulidad de la sentencia 712/2021, en tanto se ha fundado en la vulneración al derecho de defensa del imputado, correspondiendo se decrete la absolución de L. G. L., por los hechos que fuera declarado responsable en sentencia de mención, (Art. 162 2do. párrafo del CPP). Así voto.

Los honorarios profesionales deben justipreciarse en la suma de treinta (30) Jus, a cargo del Estado conf. Art. 242 y art. 59 de la Ley VNº 90, antes Nº 4920.

Así lo voto.

La Juez Flavia Fabiana TRINCHERI dijo:

Llega a conocimiento de esta Cámara, la impugnación deducida por el Dr. D. A. T. de la Defensa Pública Penal contra la sentencia Nº 712/2021 OFIJUPM dictada el día cinco de abril del corriente año, donde la señora Jueza MARCELA ALEJANDRA PEREZ condena a su pupilo L. G. L. por el delito de Abuso sexual simple agravado por el vínculo, Arts. 119 primer y último párrafo del CP a la pena de TRES AÑOS de prisión en suspenso con costas, Arts. 5, 26, 29 inciso 3, 40 y 41 del CP por el hecho cometido el día trece de enero del año dos mil diecinueve en perjuicio de S.E.V.L. -

Intervino por el Ministerio Público Fiscal la Fiscal General, Dra. María Eugenia Vottero y por la Asesoría de Familia la Dra. María Fernanda Ferreyra.

El señor Defensor impugnó la sentencia con agravios que fueron reseñados al inicio y los que no reiteraré, sólo he de decir que se fundaron en la violación al principio de congruencia y en la arbitrariedad de la valoración de la prueba.

El Dr. T. se explayó en la inverosimilitud del hecho descripto por el MPF, en la descontextualización del testimonio de la madre de la menor y por último en que los informes médicos de la causa, no son concluyentes ni vinculantes. Hizo reserva del caso federal.

Dicho esto, abordaré primeramente el agravio acerca de la afectación del principio de congruencia, argumento que el Defensor aborda en parte al quejarse acerca de la ponderación de los exámenes médicos, advirtiendo que le asiste razón. Siendo la vulneración de este principio lo que conlleva un vicio insalvable en la sentencia que nos ocupa, es que me avocaré primeramente a ello.

Transcribo la acusación Fiscal, tal como la sostuviera la Dra. Vottero y fuera el sustento de la condena del señor L.: *"El día trece de enero de 2019 siendo entre las 09:00 y 10:00 horas, L. L. se acostó en la cama matrimonial de la casa familiar sita en calle R.* X *ciudad; y en dicha cama se encontraban durmiendo su hijo de dos meses, su pareja R. A. y su hija de dos años S.E.V.L, (en* ese *orden). Pasados unos minutos y previo ser rechazado por su pareja a tener relaciones sexuales, la Sra. A. estaba durmiendo y escucho ruido a pañal, motivo por el cual se despertó y vio que su hija estaba con la cola de frente a su padre, y este metiendo su mano dentro del pañal. Un momento más tarde la Sra. se levanta y ve a L. con su pene afuera de su calzoncillo, situación ante la cual le reclama, y este solo se sube su ropa interior y sigue durmiendo. Es así que, alertado personal policial, se constituyen en el domicilio y siendo sindicado por la madre de sus hijos se procede a su demora y luego detención. Realizado el protocolo en el Hospital local con intervención de la*

Dra. B. y Dra. G., el mismo arrojo que la niña de dos años de edad presentaba eritema (cola roja) en la zona perianal."

La señora Fiscal en su alocución, relata cómo sucedieron los acontecimientos y se refiere a la intervención de las médicas Dra. B. y Dra. G. quienes, conforme al Protocolo de abuso sexual examinaron a la menor, a pocas horas de ocurrido el hecho denunciado. Así fue como ambas manifestaron que les costó revisar a la menor, coincidieron –e informaron- que presentaba un eritema, es decir "la cola colorada" y dentro del eritema, abriendo los "cachetes" de la cola cerca del ano, la niña tenía dos hematomas, uno en la hora doce y otro, en hora cuatro o cinco.

Las profesionales explicaron que el mecanismo de producción de éstos últimos era un elemento romo y que aún no había reabsorción por lo que databan de unas pocas horas; que conforme a la ubicación de los hematomas era difícil concluir que se hubieran producido por una caída y la Dra. B. dijo que el elemento romo, podrían ser los dedos o incluso, el pene.

En cuanto al eritema, la Dra. G. explicó que era un ligero enrojecimiento, algo normal en una menor que usa pañales. Ante preguntas de la Defensa, diferenció al *eritema* como "un enrojecimiento de la piel" y al *hematoma* como "una lesión de los vasos sanguíneos que están debajo de la piel".

Los testimonios de las profesionales le sirvieron a la señora Fiscal para enlazarlos con la denuncia y dichos de la señora A. y tener por cierto que, el señor L. acostado al lado de su hija menor, con una mano él sostenía su miembro y con la otra, le bajó el pañal a la niña y la tocaba en su *cola*, provocándole los hematomas que certificaron las médicas en la zona perianal.

Con razón observó la Defensa que en la pieza acusatoria sólo se habla de "eritema" –producido por el uso del pañal- y que en el transcurso del debate fue que

la titular de la acción pública, vinculó a estos hematomas con los tocamientos realizados por el señor L. y fueran constitutivos de la calificación legal escogida.

La Juzgadora al resolver, sigue la misma línea de razonamiento que la señora Fiscal. Sostuvo a fojas 77/vta y 78 *"En resumen, del examen físico de la niña fueron contestes ambas profesionales en la presencia de dos hematomas, que por su lugar (zona perianal) su mecanismo de producción (contusa) su forma (redondeada y pequeña) y su data (pocas horas a dos días) resulta compatible con el relato de la señora R. A., esto es: tocamientos con la mano en la cola de la niña. ... Tal como señalara el señor Defensor el relato del hecho por el que ha sido traído a juicio el señor L., hace referencia a la presencia de eritemas como resultado del examen médico. Ello efectivamente fue hallado en la niña, pero no resulta un dato de interés criminológico, debido a que se trata de un signo habitual en niños que usan pañales. El elemento de relevancia, como señalé más arriba resultó ser la presencia de los hematomas, este tema ha sido debatido y objeto de contradicción… Pero más allá del error y descuido de la Fiscalía, las presencias de hematomas eran conocidos y no ha sorprendido a la Defensa que interrogó y alegó sobre ello con suficiencia…"*.

He transcripto el razonamiento de la Juzgadora a fin de señalar que tanto ella como la señora Fiscal, a pesar que el supuesto fáctico que da sustento a la acusación sólo menciona que la niña presentaba un ligero enrojecimiento de la cola, ambas le restan interés criminológico –ya que las profesionales aclararon que se debía al uso de pañales- y se valieron de los dos hematomas certificados en la zona perianal, para sostener que habían sido producidos por los tocamientos del señor L.

Conforme coligiera la señora Jueza, resulta insuficiente para el ejercicio del derecho de defensa que la existencia de esos hematomas los haya conocido desde el inicio de la investigación si el Fiscal, toda vez que en la acusación sólo mencionaba el eritema. Claramente ha resultado sorprendido el señor Defensor si durante el debate, se ventila que estas lesiones sí constituyen de manera determinante la imputación que pesa sobre su pupilo y aquella única lesión mencionada al iniciar el debate ya no tenía interés criminológico.

El MPF con la ponderación e introducción en la acusación de estas lesiones y la conclusión de cómo se produjeron, ha cambiado el supuesto fáctico violentando el principio de congruencia y el ejercicio del derecho de defensa.

Es cierto que el Dr. T. interrogó a las facultativas en relación a ello y conocía el informe donde constaban los hematomas desde el inicio de la investigación, pero tal como la señora Fiscal comenzó a valerse de esta prueba – una experticia- lo dejó sin posibilidad de ejercer plenamente su derecho de defensa, por ejemplo, con el ofrecimiento de un perito para que se expida.

Es comprensible que ante la producción y el desarrollo de la prueba ofrecida puedan mutar algunas circunstancias. Si el titular del MPF las encuentra de una relevancia tal que otorgarían mayor fuerza convictiva a su teoría del caso, la Dra. Vottero contaba con un remedio procesal, proceder conforme la autoriza el art. 322 primer párrafo del CPP.

Por todo lo dicho y en coincidencia con mis colegas, encuentro un yerro procesal irreparable.

Tal como citara el autos "T." reseño en qué consiste el principio de congruencia. *"...según ORTELLS RAMOS el requisito de la correlación puede ser incumplido de dos modos: por defecto, si no se resuelve sobre todo lo que se debe resolver, y por exceso, si se resuelve sobre lo que no es objeto de resolución. Por un*

lado, la exhaustividad o principio de plenitud se refiere al deber de pronunciamiento sobre todo aquello que en un concreto proceso debe ser resuelto por el órgano jurisdiccional, mientras que por el otro lado al deber de que la sentencia no trascienda de los límites que le fija la acusación y otros actos de petición y alegaciones que las partes y ciertos actos del propio órgano jurisdiccional. En este segundo aspecto, se pone de relieve especialmente la importancia que adquieren los principios acusatorio y de contradicción como fundamentos de la correlación como límite a la potestad de resolver. También concurre otra guía directriz, relacionada con el principio de imparcialidad del juzgador, pues el principio permite determinar los límites en que puede moverse el juez en la fase de plenario sin convertirse en órgano acusador y perder así su imparcialidad. " Julián Horacio Langevin. Nuevas formulaciones del principio de congruencia: Correlación entre acusación, defensa y sentencia. Fabián J. Di Plácido Editor, 2008, pág. 60/61)

Conforme la cita aquí ha habido una extralimitación al supuesto fáctico de la pieza acusatoria impidiendo así a la defensa el pleno ejercicio del contradictorio.

A resultas de la consecuencia del tratamiento de este primer agravio, deviene abstracto el análisis del resto de los argumentos impugnativos.

Así las cosas, no resultando viable el reenvío a la instancia anterior conforme la manda del Art. 162 del CPP, debe declararse la nulidad de la sentencia, debiendo absolverse libremente a L. G. L. por el hecho que fuera traído a proceso y condenado.

Con relación a los honorarios profesionales, concuerdo con los colegas que me preceden, ya que han sido mensurados conforme la ley que regula el asunto. Así lo voto.

Con lo que se dio por culminado el Acuerdo, pronunciándose por unanimidad el siguiente:

FALLO:

I) **DECLARAR** procedente la impugnación interpuesta por el defensor del imputado Dr. D. A. T., declarando la nulidad de la Sentencia N° 712/2021 de fecha 05 de abril del 2021, por las consideraciones antes efectuadas (art. 162 2° párrafo del CPP).

II) **ABSOLVER** L. G. L. del delito de ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR EL VÍNCULO (Art. 119 último párrafo, en relación al párrafo primero y cuarto inc. b) y 45 del Código Penal); por el hecho ocurrido en Puerto Madryn el 13 de enero 2019 en perjuicio de S.E.V.L.

III) **REGULAR** los honorarios profesionales del Sr. Defensor Público Penal, Dr. D. A. T., en treinta (30) Jus por la labor desarrollada, y a cargo del Estado –conf. Art. 242 y art. 59 de la Ley V Nº 90, antes Nº 4920 y 2200.

IV) **REGISTRESE**, protocolícese, notifíquese mediante sistema informático a las Partes, ello a los fines de su publicidad.

La presente es firmada por dos miembros del Tribunal por impedimento ulterior del Sr. Presidente Dr. Rafael LUCCHELLI -Art. 331 último párrafo del C.P.P-.

Flavia Fabiana TRINCHERI
Juez de Cámara

L. Marcelo PITCOVSKY
Juez de Cámara

Ante mí:

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL
CAMARA EN LO PENAL
PUERTO MADRYN

Andrea Mabel BOREA

Secretaría de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº 10/21 CPPM DEL AÑO 2020. CONSTE.-

Andrea Mabel BOREA

Secretaría de Cámara