

///-CUERDO:

En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los **siete** días del mes **demayo** de **dos mil quince**, reunidos los señores miembros de la Sala Nº 1 del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, a saber: Presidente, Dr. **CARLOS ALBERTO CHIARA DIAZ y Vocales**, Dres. **DANIEL OMAR CARUBIA** y **CLAUDIA MONICA MIZAWAK**, asistidos por la Secretaria autorizante, Dra. **NOELIA V. RIOS**, fue traída para resolver la causa caratulada: **"S., E. G. s/Abuso Sexual con Acceso Carnal Agravado por el Vínculo s/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA".-**

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: Dres. **CHIARA DIAZ, CARUBIA** y **MIZAWAK**.-

Estudiados los autos, la Excmo. Sala planteó las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTION: ¿Es procedente la Impugnación Extraordinaria interpuesta?

SEGUNDA CUESTION: ¿Cómo deben imponerse las costas?

A LA PRIMERA CUESTION PROPUESTA, EL SEÑOR VOCAL DR. CHIARA DIAZ, DIJO:

I.- Por sentencia de fecha **doce** de noviembre del año **dos mil catorce**, la Cámara de Casación Penal **no hizo lugar al recurso** interpuesto por los Dres. Miguel Angel Cullen y Guillermo Vartorelli y **confirmó** la sentencia dictada el 29 de abril de 2014 por la Excmo. Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Paraná, que había **CONDENADO a E. G. S. por encontrarlo autor material y penalmente responsable del delito de ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR ACCESO CARNAL CALIFICADO POR LA CONDICIÓN DE GUARDADOR** (arts. 45 y 119, párrafos 1º, 3º y 4º , apartado "b", del Código Penal) y le impuso la pena de **QUINCE AÑOS DE PRISIÓN EFECTIVA**.-

II.- A fs. 360/371 los **Dres. Miguel Angel Cullen y Guillermo Vartorelli** dedujeron Impugnación Extraordinaria, porque a su criterio la sentencia de Cámara contiene una arbitrariedad fáctica insoslayable al efectuar el análisis del plexo probatorio sin ajustarse a las reglas lógicas y de la experiencia común.-

Relataron para demostrarlo que no existe otra prueba que la sábana sobre la cual se practicó el ADN, pero no que la misma pertenezca a la cama de la víctima, porque además se acreditó que ésta última no sólo pernoctaba en ese lecho sino que también lo hacía junto con su hermana y que S. dormía en la cama que encontrara libre.-

Sostuvieron que existiendo sólo ADN de S. en la sábana secuestrada no hay explicación más plausible que, en los momentos previos al secuestro esa sábana haya sido utilizada con exclusividad por el mismo, porque de lo contrario se hubiera encontrado perfil genético de la víctima.-

Manifestaron que la sentencia de casación nada dice sobre estos aspectos, dejando de lado la prueba pericial que sólo encontró ADN de S. y esa selectividad probatoria la consideran arbitraria.-

Adujeron que la hipótesis relativa a que la menor tenía menos de trece años al momento de ser abusada no encuentra apoyatura en prueba alguna, la denuncia se realizó cuando ya tenía catorce años, y de las declaraciones de la víctima y su

madre también surge que los presuntos abusos habrían acaecido cuando Y. ya tenía trece años.-

Resaltaron que no existieron las supuestas amenazas y que aún si se toman como válidas las declaraciones de la víctima, los dichos del imputado tuvieron como fin el ocultamiento de una relación con Y. .-

Mencionaron que lo prohibido en el art. 119 del Código Penal es abusar sexualmente de alguien mediante amenazas. Los hechos imputados no debieron tenerse por acreditados, pero la Cámara de Casación nada dijo ni especificó sobre los agravios referidos por la defensa respecto a la edad de la víctima al acaecer los hechos investigados, ni acerca de la falta de consumación del hecho bajo amenazas, lo cual es de fundamental importancia porque hubiere servido para la correcta adecuación de la pena a imponer. Es que la ley penal no es indiferente respecto de la edad que posee la víctima de un abuso sexual, y este es un elemento que mereció al menos una consideración por parte de la Cámara de Casación.-

Opinaron también que se privó a su defendido del derecho a ser oído por un tribunal imparcial en todas las circunstancias conducentes a la defensa.-

Se refirieron al agravio relativo a la violación del principio de congruencia y destacaron que la Sra. Fiscal de Cámara formuló acusación contra su pupilo por el delito de abuso sexual agravado por el vínculo y esta fue la concreta acusación sobre la que se debió defender el imputado: la existencia o no de la violación y si existía algún vínculo paterno-filial que permitiera tener por válido ese agravante pretendido. Sobre estos extremos se basó la prueba incorporada al proceso, se interrogó a los testigos, a los peritos y se examinó la documental obrante en las actuaciones al momento de concretar la acusación la Fiscal de Cámara, que mantuvo la calificación de abuso sexual con acceso carnal calificado por el vínculo.-

Resaltaron que la defensa probó fehacientemente que la víctima de autos no era hija biológica de su defendido y esos argumentos fueron correctamente recepcionados por la Excm. Cámara, quien citó a prestigiosa doctrina para concordar con la defensa en que la falta de vínculo biológico excluyó la agravante del art. 119, inc. b), primer supuesto, del C. Penal. Pero, luego de ello, de manera sorpresiva, el sentenciante aplicó la agravante de "encargado de la guarda" y se violó el derecho de defensa en juicio, quebrándose la congruencia entre lo acusado y lo condenado. Esa agravante aparece únicamente en la sentencia y la defensa no pudo oponer ningún tipo de prueba, ni defensa oportuna.-

Explicaron que erróneamente la Cámara de Casación sostuvo que la defensa de S., al probar la inexistencia de la agravante por el vínculo debió suponer y evaluar todas las otras circunstancias que podrían agravar el hecho imputado, aun cuando no hayan sido objeto de acusación. Opinaron que los argumentos de la sentencia de la Cámara de Casación llevan a replantear la garantía de la defensa en juicio, en especial por la constitucionalización de los Pactos Internacionales que receptan los Derechos Humanos Fundamentales y delimitan la acusación como presupuesto de la defensa. El único proceso que resiste el análisis constitucional desde la reforma de 1994 es el modelo acusatorio, donde se impone al juzgador esta suerte de código binario que desecha la Cámara de Casación. Citaron en su apoyo los precedentes "A.", "D." y "S." de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

Insistieron en que se afectó la estrategia defensiva, porque la defensa la basó en el cuestionamiento de la prueba objetiva que aparecía como de cargo (ADN de la sábana secuestrada) y a contradecir y excluir la agravante por la que se lo acusó y por ello se solicitó como testigo el perito genético.-

Pusieron de relieve que se violó el principio acusatorio al adoptar el Tribunal otra agravante distinta a la que fue objeto de debate y adicionaron que la defensa no puede contestar hipótesis no acusadas porque esto implicaría un ejercicio poco menos que imposible de brindar resultados por la amplitud con la que deberían realizarse los alegatos sobre cuestiones que se infieren o suponen.-

También cuestionaron el monto de la pena impuesta y sostuvieron que la Cámara de Casación efectuó el mismo cálculo aritmético que el Tribunal de Juicio sin merituar las atenuantes dejadas de lado.-

Solicitaron, en definitiva, que se case la sentencia y se dicte un nuevo fallo conforme a derecho y a las evidencias colectadas, absolviendo a S. o, en su defecto, que se realice la debida adecuación típica... Subsidiariamente peticionaron que se anule la merituación de la pena para imponer una menor. Efectuaron la reserva del "caso federal" y de ocurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.-

III.- A la audiencia establecida en el artículo 515 del CPPER, aplicable por expresa remisión del artículo 525 del citado cuerpo legal, comparecieron: la representante del Ministerio Público Fiscal, **Dra. María Carolina CASTAGNO**, y los señores Defensores técnicos del encartado los señores Defensores técnicos del encartado, **Dres. Miguel Angel CULLEN y Guillermo Omar VARTORELLI.-**

III.1.- El **Dr. Miguel Angel Cullen** ratificó la impugnación extraordinaria interpuesta en su totalidad y se refirió a las condiciones de la vía extraordinaria deducida, la que requiere un análisis dirigido a establecer si la sentencia de casación se ajustó a los parámetros establecidos por la Constitución para legitimar la aplicación del poder punitivo del Estado sobre el imputado.-

Destacó que la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio está prevista en los Pactos Internacionales y según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el juicio debe estar compuesto por cuatro pilares básicos para soportar el filtro de constitucionalidad: acusación, defensa, prueba y sentencia.-

Consideró que en el proceso seguido a S. no se sorteó ese filtro de constitucionalidad, ya que existieron acusación y defensa, se produjeron pruebas y se dictó una sentencia pero no se respetó suficientemente el derecho de defensa. En consecuencia, hay un fallo que no puede mantener vida jurídica.-

Sostuvo que el agravio constitucional central es que la causa por la que se fue a debate es una y la sentencia condenatoria se refirió a otra, porque nunca se readecuó la carátula a la realidad del proceso y esto tuvo directa implicancia en la defensa, que intentó demostrar que el acusado no era ascendiente de la víctima, y por tanto que si existía el hecho, no se estaba ante un abuso sexual agravado por el vínculo.-

S. admitió que a la presunta víctima le dio su apellido y la reconoció pero sin tener vínculo biológico con la misma.-

Adujo que se acusó al imputado por "a", se defendió de "a" y la agravante cayó, pero la Cámara decidió sin la petición de la fiscalía y agravó el abuso sexual por considerar que el imputado era encargado de la guarda de la supuesta víctima.

Es decir, que a S. se lo acusó por una cosa y se lo condenó por otra, omitiendo considerar su derecho de defensa y el de ser oído.-

Afirmó que el Tribunal de Casación confirmó el fallo, diciendo que no puede entenderse que se trata de una falsa disyunción. Indicó que en Derecho Penal, por el principio de defensa, si hay una disyunción, se condena por la acusación, o no se condena o se condena por menos. Se refirió al artículo 416 del nuevo Código Procesal de la Provincia, que establece los parámetros para reformar la acusación.-

Relató que en este caso se anotició a la defensa que se iba a cambiar la agravante recién en la sentencia y sin mediar acusación se condenó a su defendido a la pena de 15 años, lo cual es inaceptable.-

Opinó que en Derecho Penal hay un código binario, existe la posibilidad de optar por la calificación legal más cercana al proceso, siempre que no sea en perjuicio del derecho de defensa.-

Destacó que no se produjo una sola prueba respecto de la existencia de la guarda por el vínculo parental biológico y entendió que con eso se conculcó el derecho de defensa.-

Adujo que debe respetarse la dignidad de una persona y darle la posibilidad de defenderse de lo que se la acusa. Para esto debió tomarse la prevención de volver a intimar sobre una agravante nueva y permitir al imputado producir prueba al respecto.-

Puntualizó que la sentencia de casación tampoco respetó el derecho a ser oído porque no se contestó el agravio concreto que se planteó. Se vedó al justiciable de la posibilidad de tener un doble conforme sobre un punto específico de suprema magnitud.-

Puso de relieve que si existieron los abusos, ocurrieron a partir de los 14 años de la supuesta víctima, pero la Cámara indicó que habría hechos anteriores para justificar la falta de consentimiento, pero este agravio no fue contestado en el fallo casatorio y, por ende, no está satisfecho el derecho al doble conforme.-

Planteó que la pena es exorbitante, dado que el principio de personalidad de la pena reconoce una limitación, pero no da una definición concreta, por lo que la CSJN establece que las penas deben ser razonadas.-

Recordó que se impuso a E. S. la pena de 15 años de prisión sin tener en cuenta su estado de vulnerabilidad. El único justificativo fue matemático y se indicó que si fueron tres hechos el tope de pena alcanzaría a 50 años, pero sin brindar ningún tipo de fundamento constitucional.-

Mencionó que se desconoció su condición cultural y de vida y el daño que se le provocó a la familia porque la sanción impuesta es mayor a la de un sujeto condenado por un doble homicidio y esto genera una irracionalidad que no puede ser tolerada constitucionalmente.-

Sintetizó que la defensa ratificó en un todo la impugnación extraordinaria, porque el proceso no sortea el filtro de constitucionalidad; ya que se violó el derecho de defensa y la Cámara de Casación no emitió una sentencia válida, solicitando entonces su revocación. Subsidiariamente peticionó que se reduzca la pena impuesta porque no es racional y proporcionada efectuando la expresa reserva del "caso federal".-

III.2.- La Dra. **María Carolina Castagno**, indicó en primer lugar que debía analizarse si la impugnación extraordinaria es o no admisible, ya que los agravios eran mera reiteración de los alegados en el juicio y en la casación, los cuales fueron debatidos en forma integral y, por ende, no existe ninguna cuestión que habilite la apertura de la vía extraordinaria provincial pretendida.-

Se refirió a la reformulación del Recurso de Casación a partir de los fallos "Herrera Ulloa", y "Albizatti" y "Casal", porque el tribunal debía velar y controlar si el fallo dictado respetó y valoró el plexo probatorio que sustenta la condena y si se corresponde con la única limitación del tribunal superior del recurso resultante del principio de inmediación. En "Callejeros", "Carrascosa" y "Mohamed" se reconoció sobre esas bases el derecho de revisión y doble conforme.-

Sostuvo también que según lo expresado el recurso motivante es inadmisibles, porque no demostró la arbitrariedad, ni tampoco la existencia de una cuestión federal o asimilable. Es que la sentencia fue revisada de manera integral y todos los agravios que se reiteran ahora fueron contestados puntiliosamente y de manera impecable, tanto por el Tribunal de Juicio como por el Tribunal de Casación.-

Afirmó que los abusos existieron y las pruebas que los acreditan fueron nuevamente valoradas por la Cámara de Casación y el testimonio de la niña se fue robusteciendo, existiendo pericias psicológicas contundentes, además de secuestrarse sábanas de la cama donde la niña dormía y encontrado en ellas PSA que al ser analizado resultó compatible con las muestras del imputado. Adicionó que los hechos ocurrieron en horas de la madrugada, cuando la madre y la hermana de la niña no estaban.-

Con respecto al agravio basado en la afectación del principio de congruencia, precisó que la defensa demostró que no había un vínculo de sangre entre la víctima y el imputado, lo que provocó impacto, en la calificante, por lo que los sentenciantes agravaron el abuso sexual al considerar que S. estaba encargado de la guarda de la menor.-

Opinó que la defensa no puede alegar que desconocía que el encartado tenía deberes, un rol y una imposición institucional para cuidar de la niña.-

Con respecto al planteo subsidiario acerca de la magnitud de la pena impuesta, estimó que el mismo no podía apegarse ya que el Tribunal de grado se basó en la magnitud del injusto y en la culpabilidad, en la gravedad y modalidad de los hechos y en las secuelas psíquicas que surgen de la pericial.-

Adujo que se determinó un concurso real entre las figuras seleccionadas y se tomó el marco legal que fija el legislador; la fiscalía pidió 16 años y la sentencia aplicó 15 años de pena.-

Puso de relieve que la Impugnación Extraordinaria no puede corregir sentencias que se reputen equivocadas sino que está para salvaguardar las garantías del imputado en el contexto del debido proceso constitucional, emergiendo que no ha mediado arbitrariedad y se respetó el principio del doble conforme, por lo cual solicitó que el recurso se declare inadmisibles.-

IV.- Sucintamente reseñadas las posturas partivas en torno a la impugnación extraordinaria articulada, corresponde adentrarse a su tratamiento.-

IV.I.- En primer término creo que la pretensión impugnativa deducida es formalmente admisible, toda vez que algunos de los agravios planteados por

los impugnantes son de naturaleza constitucional y ello habilita la revisión extraordinaria de la sentencia de condena, a la luz de lo normado en el Acuerdo General Nº 17/2014, ratificado y convalidado por la ley Nº 10.317.-

IV.2.- Siendo así, corresponde analizar la sentencia de casación, cuyo control es precisamente el objeto del recurso incoado para verificar si la misma se ajustó al estándar de revisión requerido por la garantía del doble conforme y específicamente si la condena de S. es legítima porque fue revisada amplia e integralmente.-

Creo que el derecho al doble conforme ha sido estrictamente respetado en estos actuados, toda vez que la Cámara de Casación no se limitó a señalar dogmática y automáticamente las mismas circunstancias mencionadas por los Jueces de grado, sino que para decidir examinó los argumentos de la defensa recurrente, quién las expuso para la correcta resolución del caso planteado, pero se lo rechazaron sin darse una mera repetición de los fundamentos explicitados en la sentencia de juicio, cumpliendo así con los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Herrera Ulloa" y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Casal", ya que valoró las probanzas y examinó íntegramente la decisión recurrida en sus aspectos principales controvertidos, sin limitarse a simples cuestiones formales o legales.-

Resulta notorio que el Tribunal de Casación ya examinó pormenorizadamente los planteos del recurrente estimados más relevantes para la dilucidación del caso.-

Es así que al analizar la determinación de la materialidad de los sucesos y la autoría penalmente responsable del imputado, los jueces de casación controlaron el razonamiento efectuado por los vocales de juicio, que se basó en una integral y conglobada ponderación de las pruebas esenciales ofrecidas, colectadas y ponderadas en el proceso, como ser: las sábanas secuestradas en la vivienda de la familia S., más precisamente de la cama de Y., en las cuales se halló antígeno prostático del acusado, las declaraciones testimoniales de la víctima, su madre (F. P. F.) y su hermana (M. T. S.), las pericias médica y genética y el examen psicológico-psiquiátrico realizado a Y., lo cual -como bien se apunta en el pronunciamiento de casación- conforma un plexo probatorio incriminante suficiente para destruir el estado de inocencia de S..-

Luego de ello, la Cámara de Casación se pronunció acerca de la alegada afectación del principio de congruencia y el monto de la pena impuesta, descartando fundadamente la existencia de vicios invalidantes en la decisión de grado.-

De lo expuesto se advierte sin esfuerzos que la sentencia revisada se dictó en consonancia con las facultades jurisdiccionales conferidas por el ordenamiento legal y constitucional al Tribunal de Casación y ella está de acuerdo a las constancias comprobadas de la causa, sin que se haya demostrado el apartamiento o vulneración de las reglas de la lógica, la psicología o de la experiencia común, aplicables en la materia, ni una insuficiencia de fundamentación que lleve a considerar que estamos frente a un acto jurisdiccional ilegítimo (*confr. CSJN: Fallos 270:176; 288:113; 295:278 301:542 y 303:1306*).-

Desde esa perspectiva surgió evidente que la condena de S. se dictó sobre la base de la aceptación de un *factum* correctamente admitido y de una incuestionable interpretación que se podía dar dentro de las facultades jurisdiccionales a las normas legales involucradas y vigentes, más allá de la discrepancia de la parte recurrente con la postura adoptada,

sin que existiera un apartamiento de las reglas lógicas o una ausencia de fundamentación que impidiera considerarlo como un acto jurisdiccional legítimo, toda vez que demostró sin fisuras la inexistencia de dudas respecto a que la conducta endilgada al imputado mereció y merece reproche penal en orden a las figuras penales analizadas.-

IV.3.- Corresponde ahora analizar si medió afectación del principio de congruencia y se conculcó la garantía de defensa en juicio del acusado, tal como lo alegan sus defensores técnicos.-

A tal fin, cabe recordar que dicho "principio de congruencia" conmina a los juzgadores a respetar durante todo el devenir procesal **la intangibilidad de la plataforma fáctica**, tal cual lo estableció la Corte Suprema de Justicia de la Nación, determinando que *"cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso"* (CSJN: "S.", Fallos: 329:4634).-

El mencionado principio opera como un intento de impedir, bajo apercibimiento de invalidez, que la amenaza de condena o la condena puedan extenderse a un **hecho sustancialmente diferente** a aquel que constituyó la imputación. No obstante ello, hay posibilidades de recalificar la conducta y escoger la figura adecuada a tenor de los hechos plenamente debatidos en la instancia oral y pública, siempre y cuando no se modifique ese sustrato fáctico básico en torno al cual giró la atribución delictiva, se mantuvo la controversia, se produjo la prueba, la acusación y se ejerció la oportuna contradicción ofensiva.-

Luego de confrontar escrupulosamente las constancias del caso debo concluir que S. **siempre supo** que se lo acusaba de **haber abusado sexualmente de su hija M. d. R. Y. S.**, nacida el día 14 de marzo de 1995, accediéndola carnalmente por vía vaginal en forma reiterada y amenazándola que si contaba le pasaría algo a sus hermanos.-

Si bien en un principio el suceso endilgado se encuadró en la **figura de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo**, al comprobarse que el imputado no era el padre biológico de la niña, los miembros del Tribunal de juicio **trocaron la subsunción legal** y calificaron la conducta de S. por su calidad de **"encargado de la guarda"** (art. 119, 1º, 3º y 4º párrafo, apartado b, del Código Penal), sin afectar su derecho de defensa y respuesta, pudiendo incluso coincidirse en que esa modificación era más favorable para el involucrado.-

Evidentemente, el acusado conoció cuál era el comportamiento ilícito que se le endilgaba ya que el componente fáctico esencial de la imputación se mantuvo inmutable a lo largo de todo el proceso penal por **que los deberes de cuidado que S. tenía con la víctima nunca fueron puestos en duda** y sabía que se le enrostraba **haber accedido carnalmente a quien tenía a su cuidado, ya sea por el vínculo que legalmente (aunque no biológicamente) lo unía con Y. o por estar a cargo de su guarda.**-

No podemos dejar de ponderar que el reconocimiento de hijo (art. 248 y ss. del Código Civil) es un acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otra es hija suya y si bien en el *sub judice* ello no se corresponde con la realidad biológica de Y. – lo cual podría hasta ser indicativo de la comisión por parte de S. de delitos contra el estado civil- **si es constitutivo del título o estado de hijo y padre;**

acredita erga omnes ese estatus de hijo y, correlativamente, el de padre. Es que al reconocer formalmente a la hija de su esposa F. P. F., el acusado **asumió la patria potestad** de la menor, definida por la ley civil como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, para su protección y formación integral (art. 264 del Código Civil).-

Entonces, se advierte que la calificación legal adoptada por los sentenciantes tuvo en cuenta una situación de hecho concreta y admitida por el propio imputado y toda la familia, ya que S. no solamente había reconocido formalmente a Y. como su hija (conforme surge del testimonio de nacimiento obrante a fs. 40) sino que en la práctica **ejercía con la menor todas las atribuciones de un padre** y, por ende, no es posible aseverar que no tuvo posibilidad de defenderse al respecto o que se lo sorprendió con un aspecto desconocido.-

D' Alessio explica que la agravante contemplada en el art. 119, 4º párrafo, inc. b) de la ley sustantiva califica el abuso sexual con acceso carnal cuando el autor es ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda.-

La calificante por ser el abusador "**encargado de la guarda**" se asienta en la circunstancia que el delito aparece cometido por una persona particularmente obligada a tutelar a la víctima, de modo tal que, con la comisión del hecho se encontrarían vulnerados dos aspectos: **el derecho a la integridad sexual de la víctima y el deber de protección asumido o debido.** Es así que quien tiene a su cargo la guarda de la menor asume deberes particulares inherentes al cargo. Los encargados de la guarda son quienes cuidan la persona de la víctima, atendiendo sus necesidades o ciertos aspectos de las mismas, como producto de la función que ocupan o en virtud de una situación de hecho, lo que les obliga a un **especial deber de protección** (cfr. D' Alessio, Andrés José; "Código Penal de la Nación. Comentado y anotado", 2da. edición actualizada y ampliada, Tomo II, Ed. La Ley, año 2009, pág. 255 y ss.), todo lo cual resulta plenamente aplicable al *sub examine*.-

Por lo tanto, creo que no puede hablarse aquí de falta de correlación entre la intimación y la decisión, ya que **la modificación de la calificante del abuso sexual con acceso carnal no fue sorpresiva ni impidió que S. y sus asistentes legales pergeñen la estrategia defensiva** para repeler la acusación dirigida en su contra, la cual fue exitosa, porque obtuvieron la ahora cuestionada modificación de la calificación jurídica que redundó en una pena más baja que la requerida por la Fiscal conforme a la anterior calificación.-

En definitiva, no se advierte cuáles fueron las defensas y medios de prueba que se vieron impedidos de aportar y o intentar con la adecuación del hecho a la modalidad de la "guarda" que emergió nítida, sin objeciones y que los sentenciantes consideraron aplicable para la descripción de la conducta imputada, que contenía "*los datos fácticos recogidos por la acusación que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración por el juzgador en la sentencia*" -Cfr.: "F. R. C/ Guatemala", Corte Interamericana de Derechos Humanos, sent. del 20-06-05.-

Insisto, aquello no está vedado, si en cambio resulta inaceptable enjuiciar a una persona de modo sorpresivo o imprevisto, por uno o más hechos que no

conocía, colocándola en situación de indefensión o de disminución de su capacidad de respuesta o menores posibilidades de repeler una mutada acusación, lo cual no se verifica en la especie con esos alcances, por lo que creo cabe rechazar el planteo de la defensa técnica recurrente en tal sentido.-

IV.4.- La alegada falta de tratamiento del agravio basado en si los abusos fueron perpetrados cuando Y. era mayor o menor de 13 años carece de virtualidad en orden a la dilucidación del caso, toda vez que al estar acreditado que los abusos sexuales se cometieron mediante **amenazas o intimidación** de la menor, que los mismos hayan acaecido cuando la misma **era menor o mayor de 13 años** no modifica la subsunción típica de los hechos, porque se parte del supuesto de la **ausencia de consentimiento de la joven, por las amenazas preferidas por el imputado.**-

Cabe aclarar que la importancia de la edad de la víctima, si es mayor o menor de 13 años, es relevante en los casos en lo que se alega que la menor de 13 consintió el acto sexual, porque la ley presume *iuris er de jure* la imposibilidad de prestar un consentimiento válido, extremos éstos que no se verifican con esos alcances en el caso analizado, lo que me lleva a desechar sin más la queja deducida.-

Por lo demás, los jueces de grado explicaron suficientemente el medio comisivo imputado a S., quien a fin de lograr el silencio de la víctima la amenazó con que le ocurriría lo mismo a sus hermanos.-

En este aspecto resalto que para la configuración del tipo penal analizado es suficiente que el sujeto pasivo sea intimidado y se doblegue su voluntad por medio del anuncio de algún mal grave, que anula las posibilidades de la persona de manifestar su genuina voluntad, extremo éste que debe analizarse en cada caso, debiendo tenerse en cuenta las circunstancias personales de los protagonistas –ver: AROCENA, Gustavo, “Delitos contra la integridad sexual”, Ed. Advocatus, año 2001, pág. 43 - y ello es precisamente lo que han efectuado los sentenciantes al merituar el anuncio de S. a Y., sobre quien tenía una gran influencia, producto del rol paterno que ejercía de facto.-

Resultando de ese modo, concluyo que en el caso motivante no existen dudas acerca de que hubo agresión sexual porque S. intimidó a Y., quien no consintió la relación y con ella se afectó su reserva sexual, es decir, su libertad de consentir actos sexuales (ver DONNA, Edgardo Alberto, Parte Especial, Tomo I, 3era. edición actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2007, pag. 512 y ss.).-

IV.5.- Tal como se decidió en la sentencia de fs. 351/357 las críticas que los recurrentes dirigen a la individualización de la pena impuesta a S. tampoco son audibles, porque si bien la pena de 15 años de prisión efectiva es sumamente grave, los parámetros valorados por el Tribunal de juicio no son arbitrarios, sino adecuados a la elevadísima magnitud de injusto y culpabilidad aceptadas en la comisión de los hechos por el encausado a fin de alcanzar sus objetivos, y, por ende, la sanción impuesta se presenta como el resultado de un análisis adecuado y suficiente de las pautas de ponderación dentro del marco sancionatorio de la figura seleccionada.-

Cuadra reparar que los sentenciantes merituaron en contra de S. además de la magnitud del injusto, la extensión del daño causado a la víctima, la instrumentalización de la misma, la calidad de padre reconociente, el actuar con dolo directo (conocimiento seguro), su edad y su educación primaria completa. A su vez, valoraron como atenuantes que se trataba de un sujeto que no registraba antecedentes

penales y, asimismo, el alongado trámite de la causa; todo lo cual respeta las directrices que fijan los artículos 40 y 41 del Código Penal, sin que se adviertan las omisiones que señalan los impugnantes.-

En consecuencia, el análisis de los argumentos plasmados en la sentencia para la individualización de la pena demuestra que no resultan antojadizos ni arbitrarios, sino que responden a motivos explicitados de manera lógica y suficiente, tornándose inaudible entonces el embate crítico de los impugnantes.-

V.- Por todo lo expuesto, propicio el total rechazo de la Impugnación Extraordinaria deducida y la confirmación de la sentencia de casación puesta en crisis.-

Así voto.-

El señor Vocal, Dr. CARUBIA, a la misma cuestión dijo:

I.- Los antecedentes relevantes del caso y las discordantes posturas partivas han sido suficientemente sintetizadas por el señor Vocal ponente, razón por la cual y a fin de evitar innecesarias reiteraciones, he de referirme, sobre el particular, a lo allí consignado, pasando directamente a brindar los motivos que sustentarán mi sufragio, anticipando, no obstante, que no comparto en absoluto el criterio propuesto por el Dr. Chiara Díaz con relación a la observancia del principio de congruencia en la especie y desarrollaré, a continuación, los fundamentos de mi respetuosa disidencia.-

II.- Desde el inicio mismo de estas actuaciones se le viene atribuyendo a **E.G. S.** la comisión de hechos constitutivos de abuso sexual en perjuicio de la menor M. d. R. Y. S. agravado **por el vínculo**, adjudicándole calidad de **padre de la niña**; así, en: parte policial (fs. 7/vta.), acta de notificación de imputación (fs. 19), Nota "E" N° 177/02, de elevación de actuaciones prevencionales (fs. 30/vta.), intimación en el acto de la declaración indagatoria (fs. 47) y de la ampliación de la misma (fs. 101), auto de procesamiento (fs. 120/135) y requisitoria fiscal de elevación de la causa a juicio -acusándolo de haber abusado sexualmente de **su hija** M. d. R. Y. S.- (fs. 216/223).-

En tales términos de acusación se lleva a cabo el juicio oral (cftr.: acta, fs. 289/296vlto. y sentencia, fs. 297/309) en el curso del cual prestó declaración testimonial el Dr. Gustavo G. Martínez, Director del Servicio de Genética Forense del Superior Tribunal de Justicia, y, con base en los datos consignados en el examen genético de muestras de sangre pertenecientes al imputado y a la víctima (cftr.: informe, fs. 208/212vlto.), señala el testigo que tales datos indican la **exclusión de paternidad biológica del imputado respecto de la víctima** (cftr.: fs. 291).-

Al alegar el Ministerio Público Fiscal, mantiene la acusación originaria, no obstante expresar que no le quedó duda que S. no es el padre biológico de la víctima (cftr.: acta, fs. 292vlto., 4ta. línea), insistiendo en que ésta tuvo que padecer un abuso parental (cftr.: acta, fs. 293, 11ma. línea) y solicitando, finalmente, la declaración de autoría responsable de S. respecto del delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado agravado por el vínculo -arts. 119, 1º, 3º y 4to. párrafo, inc. **b**, y 55, Cód. Penal- (cftr.: acta, fs. 293vlto.) y, formulada por la defensa la observación de la inexistencia de vínculo biológico entra acusado y víctima, haciendo uso del derecho de réplica, ratifica su pedido de pena expresando tener en cuenta el vínculo que los unía (cftr.: acta, fs. 295 vlta., 9na. línea).-

La sentencia de mérito (fs. 297/309) parte del hecho descripto en la requisitoria fiscal de elevación a juicio (fs. 216/223) en los siguientes términos: "*Sin poder precisar a partir de qué fecha exacta, desde el año 2008 y aproximadamente hasta mediados del mes de marzo del corriente año 2009, en el interior de su vivienda sita en calle L. S. N° xxx de esta ciudad de Paraná, **abusó sexualmente de su hija** M. d. R. Y. S., nacida el día 14 de marzo de 1995, accediéndola carnalmente por vía vaginal en forma reiterada, amenazándola que si contaba le pasaría algo a sus hermanos; en todas las oportunidades aprovechando que la madre **de su hija** y los restantes miembros de su familia se hallaban ausentes o dormían*" (el destacado en negritas me pertenece) y, al responder a la primera cuestión planteada, luego de evaluar la prueba producida, sin hacer referencia alguna a la cuestión de la prueba del vínculo filial entre víctima e imputado, refiere que "*...S. se acostaba en la cama de **su hija** Y....*" y a "*...los abusos sexuales que se le atribuyen a S. en perjuicio de **su hija** Y....*" (cftr.: fs. 303, 3ro. y 4to. párrs.), para finalmente concluir dando "*...por fehacientemente acreditada la plataforma fáctica examinada...*" (sic, fs. 309), agregando el señor Vocal que comandó el acuerdo sentencial - al que adhirieron sin reservas los restantes miembros del tribunal- que concluye esta primer parte de su voto "*dejando sentada mi total y completa convicción acerca de la existencia del injusto **tal como vino requerido** por el Ministerio Público Fiscal, con lo cual doy respuesta afirmativa a la 1er cuestión planteada*" (sic, fs. 309 -las negritas me pertenecen-), lo cual implica literalmente tener por acreditado como marco fáctico de la imputación -en lo esencial- que S. abusó sexualmente de **su hija**, toda vez que así específicamente vino imputado el hecho por el Ministerio Público Fiscal y así explícitamente lo da por acreditado el sentenciante al expedirse, precisamente, sobre la materialidad de los hechos y la autoría del incurso.-

Sin embargo, al tratar la sentencia la segunda cuestión, en lo referido a la determinación de la calificación legal que corresponda, expresa que la conducta de S., **tal como la subsumiera el Ministerio Fiscal**, debe encuadrarse en los arts. 45 y 119, párrafos 1º, 3º y 4º, éste último en su apartado "b", del Código Penal; esto es: abuso sexual agravado por la **calidad del autor**, reiterado, empero -agrega- con una salvedad que implica una disidencia parcial con la tesis de la Fiscalía (cftr.: sentencia, fs. 305vlto., pto. **B**) y, aunque manifiesta que "*...S. mantuvo relaciones sexuales **con su hija** Y....*" (sic., fs. 306, pto. **B1**), que "*...la comunicación efectuada por S. **a su hija** Y. tiene relevancia atemorizante...*" (sic., fs. 306, pto. **B1**, ap. **b**) y que -refiriéndose a las amenazas- "*...se potencia o dimensiona más y mejor al recordar que **el sujeto activo era el propio padre de la víctima...***", aclara a continuación el **resultado negativo en cuanto al vínculo biológico existente entre S. y Y.**, señalando que el genetista MARTINEZ explicó bien este asunto en la Audiencia; igualmente, asevera que el reconocimiento de su paternidad respecto de M. d. R. Y.(víctima) efectuado por el imputado surte efectos legales y, sobre todo, esa relación padre-hija era así sentida por ambos, lo cual implica -afirma- que S.(acusado) tenía ante Y.(víctima) un **rol de garantía** (cfme.: sentencia, fs. 306, infine/306vlto.).-

Poco más adelante, la misma sentencia -cuyos extractos se consignaron precedentemente- otorga razón a la defensa en su rechazo a la agravante por el vínculo paterno escogida por el Ministerio Público Fiscal, explicando que "*...S.(acusado), si bien es cierto que reconoció a Y.(víctima) como su hija, **no tiene con ella el vínculo***

biológico que es la esencia de esta calificante" (textual, fs. 307, 2do. párr. -las negritas me pertenecen-) y, acto seguido, concluye que "...**su conducta se precipita, claramente, en la última parte del inciso "b" del Art. 119 párrafo 3ro, esto es, el supuesto del 'encargado de la guarda'**..." (sic., fs. 307, 4to. párr.), con lo cual concluye catalogando la conducta de S. como "ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR EL ACCESO CARNAL, CALIFICADO POR LA **CONDICIÓN DE GUARDADOR** DEL AGENTE, EN FORMA REITERADA (CONCURSO REAL)" (cftr.: 307vlto.) y en tales términos se lo condena, finalmente a quince años de prisión, con más las accesorias legales (cfme.: fallo, fs. 308vlto., pto. **I**).-

III.- Esta circunstancia sobre la cual he focalizado mi análisis, entre otras que motivan la voluntad impugnativa de la defensa, constituyó objeto específico del recurso de casación articulado (fs. 319/328vlto.) contra ese pronunciamiento por la defensa técnica de E. G. S., invocando violación al principio de congruencia y su consecuente vulneración del derecho de defensa en juicio.-

La sentencia de casación (fs. 351/357) aquí impugnada, siguiendo similar interpretación del tribunal de juicio, afirma que "...*el hecho endilgado siempre ha sido el mismo, sin que tenga ninguna relevancia si, una vez encuadrado en el art. 119 párr. 3ero. inc. b, el Vocal concreta la calificación variando la calidad de padre por la de guardador ... Y ... la defensa no puede invocar que el cambio de calificación -que ella misma pidió- la haya sorprendido, ni tampoco puede argumentar que no tuvo la posibilidad de suponer o prever que el sentenciante -al excluir la agravante por el vínculo- podía recurrir a alguna de las otras alternativas que establece el inciso 'b'...*" (cftr.: fs. 355), sosteniendo que los hechos permanecieron incólumes y el recurrente tuvo completo conocimiento acerca de cuál fue la situación fáctica concreta que se le imputaba, independientemente de la **modalidad** escogida por el sentenciante, dentro de la misma calificación legal seleccionada por el Fiscal (cfme.: fs 355vlto.) y dicho cambio no ha desbaratado la estrategia defensiva del acusado impidiéndole formular sus descargos sino que, por el contrario, el cambio de calificación obedeció justamente a su planteo (cfme.: fs. 355vlto., *in fine*), rechazando el agravio casacionista con el insistente argumento de que se trata sólo de una diferente (y posible) subsunción jurídica aplicada a los mismos e idénticos hechos que fueron objeto de la acusación y de la sentencia.-

IV.- Ingresando al análisis del agravio -incongruencia- traído sobre ese extremo del pronunciamiento por la defensa de S., debo precisar que no puedo compartir el criterio que impulsa la sentencia de mérito y asume coincidentemente la Casación presumiendo que las diversas cualificantes contempladas en el art. 119, 4to. párr., inc. **b**, del Cód. Penal constituyan solamente diversas variables jurídicas que resulten indistintamente aplicables a una misma plataforma fáctica y que la selección de una u otra de esas agravantes incorporada al hecho concreto de la imputación no condicione la congruencia del marco fáctico de la causa, pudiendo cambiarlas en la calificación jurídica del hecho sin que ello resulte relevante respecto de la precisa determinación del mismo y de su necesaria identidad a través de los pasos esenciales del proceso.-

En ese orden de ideas, la Cámara de Casación hace caso omiso - es más, tácitamente adhiere a la tesis- de la grave circunstancia emergente de la sentencia de mérito que -no huera de contradicciones- tiene expresamente por acreditado en su materialidad y autoría el hecho descrito por la requisitoria fiscal de elevación a juicio **con todas sus circunstancias** -eminentemente fácticas- susceptibles de decantar la

conducta realizadora en la figura típica penal que corresponda y esa concreta plataforma fáctica, precisamente, ha sido la base de la acusación contra S., contemplando específicamente la **condición de ascendiente** de la víctima por parte del imputado y **no otracircunstancia** eventualmente agravante de la conducta imputada, respecto de lo cual tuvo el Ministerio Público Fiscal amplias posibilidades de corregir, modificando los hechos de la imputación de conformidad a la nueva realidad fáctica emergente de la prueba del debate, adaptando la acusación a tenor de la normativa del art. 387 del Cód. Proc. Penal, procedimiento por el que no optó e insistió en concretar su acusación con base en aquellos hechos de la requisitoria de elevación a juicio y manteniendo la calificación legal de la conducta de S. con el agravante de su condición de ascendiente de la víctima. Y, no obstante haber tenido expresamente por acreditado los hechos de la acusación fiscal -como señalé precedentemente-, asevera contundentemente al tratar la calificación jurídica la inexistencia de esa puntual condición parental entre víctima e imputado, como si ello no constituyese una inequívoca circunstancia fáctica de la acusación que condicione la adecuación jurídica de tales hechos, y desplegando una artificiosa y efectista dialéctica, simple y llanamente encuadra la conducta de S. en la cualificante de "guardador" del mismo art. 119, 4to. párr., inc. **b**, atribuyéndole una condición que nunca le fue intimada como tal y de la cual nunca pudo defenderse en la realidad de este proceso.-

Esta aparente fundamentación sentencial que no exhibe más que una escena de biribirloque jurídico, donde los hechos se confunden con el derecho y pareciera ser lo mismo ser encargado de la guarda que ascendiente, no solo es compartida por la Casación sino que, además, intenta aportarle sus propios argumentos reafirmatorios en idéntica orientación, pretendiendo justificar que los hechos de la acusación no varían un ápice y que el encartado pudo y debió suponer que podría ser acusado como guardador de la víctima al acreditar -como lo hizo- que no era su padre biológico; pero, lo que omite considerar la Casación es que esa posibilidad de ser acusado por un hecho diverso nunca se concretó efectivamente en el proceso y si no se incorporó esa puntual circunstancia fáctica en la acusación, no tenía el imputado obligación de defenderse ni de ofrecer elementos de prueba frente a una mera eventualidad que no se concretó jamás en el proceso mediante su debida intimación, porque esa pretensión importaría revertir la ecuación procesal acusatoria en una peor que la más retrógrada inquisitiva, haciendo que el imputado se defiende de algo de lo que no se lo acusó.-

Por lo demás, contrariamente a lo señalado en el pronunciamiento en crisis, la defensa no promovió el "cambio de calificación jurídica" de la conducta de S.(acusado) en los términos que la concreta finalmente la sentencia de mérito sino, solamente, pretendió y logró demostrar fehacientemente en el juicio -así lo afirma el tribunal sentenciante- que no era ascendiente de la víctima y que, por tanto, no correspondía encuadrar su conducta en esa precisa calificante; no buscó, con ello, recalificar su propia conducta en otra de las circunstancias agravantes posibles del art. 119, 4to. párrafo, inc. **b**, del Cód. Penal; eso era, en todo caso función propia del órgano de la acusación que -repito- no ejerció oportunamente.-

Mientras que la agravante por la condición parental está determinada por la simple calidad del autor, la agravante por la condición de encargado de la educación o guarda de la víctima, como explicaba Ricardo C. Núñez, "*emerge de una vinculación concreta de los dos sujetos del delito ...*" y que "*no siendo el caso de una*

potestad general de educación o guarda, **el encargo de la educación o guarda es una situación de hecho ...**" (cfr.: aut.cit., "Tratado de Der. Penal", T. III., Vol. II, págs. 274 y 275, Ed. Lerner, Cba.-Bs.As., 1977), en este supuesto no es la pura calidad del autor la que califica el hecho y para definir a los sujetos comprendidos en esta hipótesis se ha priorizado una **situación de hecho** antes que los más restrictivos vínculos jurídicos (cfme.: De Luca, Javier A. y López Casariego, Julio; "Delitos contra la integridad sexual", pág. 107, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2009 -las negritas me pertenecen-), en el mismo sentido se expresa Edgardo A. Donna, señalando que "...encargado de la guarda es aquel que, de modo regular debe cuidar a una persona por convención u oficio o por una situación de hecho..." (cfr.: aut.cit.; "Delitos contra la integridad sexual", pág. 87, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs.As.-Sta.Fe, 2000), de modo tal que tal extremo debe ser probado en la causa y, obviamente, estar comprendido expresamente en la acusación, no pudiendo ni debiendo ser "presumido" por el agente y defenderse "por las dudas" de una concreta circunstancia que no le fue formalmente atribuida en el proceso.-

En ocasión de emitir su voto como integrante de esta Sala en la causa "O. B. y otros" (4/3/93) tuvo oportunidad de destacar el Dr. Chiara Díaz: "*Recuerdo sobre este tema la importancia de la requisitoria o acusación fiscal en los denominados sistemas de enjuiciamiento mixto como el vigente en Entre Ríos, ya que se ubica en el vértice del proceso en el carácter de acto más eminente en el ejercicio de la acción penal, siendo el fin específico de la instrucción formal y la base del juicio plenario, por lo cual es imprescindible que respete de manera total el principio acusatorio en todas sus proyecciones para no afectar la defensa de los imputados. Allí se debe imputar formalmente a personas determinadas una específica responsabilidad por ser autoras o partícipes de conductas calificadas como delitos, lo cual tiene que ser fundado en las pruebas legítimamente incorporadas a la instrucción sumaria y en las que el Agente Fiscal sostiene su mérito de probabilidad delictiva.*"

Especialmente para la relación correcta del elemento objetivo de dicha imputación, el recordado profesor de Córdoba, Jorge A. Clariá Olmedo, exigía que fuera clara, precisa, circunstanciada y específica, para que pudiera 'entenderse sin dificultades por el hombre común: ... completo sin desarrollos inútiles que puedan confundir, pero captando la totalidad del hecho con expresión de todas sus circunstancias de modo, tiempo y lugar que sean relevantes para la ejecución, participación, encuadramiento penal y graduación de la pena ... Deben distinguirse bien los distintos grados y formas de participaciones para cada imputado en caso de complejidad subjetiva' (cfr. ob.cit., T.III, N°750, p.50).

Y refiriéndose a las condiciones básicas que debe observar la descripción objetiva del hecho imputado, Alfredo Vélez Mariconde sostenía con razón: '...b) Una relación circunstanciada del hecho ... que identifica el objeto fáctico del proceso, es decir, el acontecimiento histórico que el acusador afirma cometido, la conducta humana que estima violatoria de la ley penal. Se requiere una descripción DETALLADA -que expresa las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que tal conducta se exteriorizó- PRECISA y CLARA, de modo que no pueda provocar una confusión acerca de la pretensión que se hace valer; y cuando se refiera a varios hechos, debe ser también ESPECIFICA: cada uno de ellos debe ser tratado separadamente. Para la correcta valoración de este requisito HA DE ATENDERSE A LA DICCIÓN MATERIAL DEL REQUERIMIENTO, CON CRITERIO OBJETIVO, sin

que pueda influir en modo alguno la posibilidad que el imputado conozca por otros medios el hecho que se le atribuye...' (cfr. Derecho Procesal Penal, t.II, p.218/9, edic.Lerner, 1969) ... Al respecto, la propia Cámara Criminal de Gualeguay ha sido siempre muy estricta al verificar ese tipo de deficiencias básicas, resolviendo: 'Para que funcione debidamente la garantía de la defensa en juicio la imputación de los hechos reputados delictuosos debe subjetivizarse enteramente, y dado que ella concreta el objeto procesal orientado y delimitado la investigación y el contradictorio, el imputado debe tener oportuno, expreso, integral, claro y preciso conocimiento de los hechos a él atribuidos, con lo que se preservará el principio de congruencia en sus aspectos objetivo y subjetivo...' ...".-

Por mi parte, he destacado la trascendencia del acto de la acusación en punto a su carácter de presupuesto indispensable para el aseguramiento del derecho constitucional de defensa en juicio, garantizado en el art.18 de la Constitución Nacional, habida cuenta que su eficaz ejercicio exige que el individuo sometido a un proceso penal pueda por sí (defensa material) o a través de su defensor (defensa técnica) contestar la imputación que en su contra se formula y, por ello, nuestra ley ritual consagra numerosas disposiciones que aseguran la posibilidad de audiencia del imputado y establecen la forma y oportunidad en que debe efectuarse la intimación que siempre - obviamente- ha de ser previa a aquélla, a fin de que el imputado pueda conocer acabadamente cuál es el hecho que se le atribuye, con sus circunstancias de tiempo, lugar y modo y responder así íntegramente a la acusación.-

Por ello, como derivación necesaria de la inviolabilidad de la defensa, surge como rector del debido proceso el "principio de correlación" o "principio de congruencia" que exige una congruencia material y de sus elementos físicos, psíquicos y normativos entre el hecho objeto de la intimación y de la decisión jurisdiccional y ella debe mantenerse durante todo el desarrollo del proceso; así, debe existir entre la requisitoria fiscal de instrucción formal, la intimación previa a la declaración indagatoria y el procesamiento, entre éste y la requisitoria fiscal de elevación a juicio, o eventualmente, el auto de elevación a juicio y, por último, donde mayor significación adquiere el principio, entre esa acusación fiscal que da base a la apertura del juicio, la finalmente concretada en el debate y la sentencia.-

De tal modo, cualquier variación introducida respecto del acontecimiento histórico descrito en la pieza requirente, inclusive en sus circunstancias esenciales, más allá de la ampliación permitida por la norma del art. 387 del Cód. Proc. Penal -en tanto y en cuanto se haya seguido el específico procedimiento establecido para garantizar la defensa integral del encartado-, implicará una inadmisibles afectación del derecho de defensa, habida cuenta que ésta -por falta de intimación previa- no pudo abarcar la totalidad de los elementos componentes de la atribución delictiva final.-

Es coincidente la doctrina sobre el particular, expresando Maier, que **"la sentencia sólo se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación sobre los cuales él ha tenido oportunidad de ser oído, lo que implica vedar que el fallo se extienda a hechos o circunstancias no contenidas en el proceso..."** (cfme.: aut.cit.; "Derecho Procesal Penal Argentino", T.I, Vol.b, pag. 336, Ed. Hammurabi, Bs.As., 1989 -las negritas me pertenecen-; en idéntico sentido: VELEZ MARICONDE, A.; "Der. Proc. Penal", T. II, pag. 233, 3ra. Edic. actualiz., Ed. Lerner, Cba.-

Bs.As., 1981; también: CLARIA OLMEDO, J. A.; "Dcho. Procesal Penal", T.III, pags. 241/2, nº 826, Ed. Lerner, Cba.,1985, y C.S.J.N., "Fallos", 242:227; 246:357; 284:54; 298:104; 298:308; 302:328; 302:482;302:791, entre otros).-

La regla ha sido receptada en el Código Procesal Penal que rige en la especie al establecer expresamente la potestad del órgano jurisdiccional para otorgar al hecho una **calificación jurídica** distinta -NO un hecho ni una circunstancia relevante del mismo- a la contenida en el requerimiento fiscal -*iura novit curia*- y **la forma de proceder si**, en cambio, **el tribunal entendiese que el hecho resultante del debate fuere distinto del enunciado en la acusación** (art. 408, C.P.P.).-

El principio bajo estudio se encuentra íntimamente relacionado con la inviolabilidad de la defensa y se traduce en que 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, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente, lesiona aquel principio -cfme.: Maier, J. B. J., ob.cit., pag. 336- (cftr.: mi voto, *in re*: "C., M. J.-Amenazas, Daño simple, Hurto simple, Defraudación en Conc. Real - Recurso de Casación"; S.T.J.E.R., Sala Nº 1 en lo Penal, 20/5/91, L.S. 1991, fº147), lo cual trasciende, por tanto, a las reales y efectivas posibilidades defensivas del encartado, la consecuente elaboración de la estrategia para desarrollarla con mayor eficacia y la orientación con que se propondrá la producción de pruebas, la conveniencia de declarar o abstenerse en ejercicio de la defensa material, etc.; resultando ello incontestablemente demostrativo que la omisión de una circunstancia fáctica relevante de la acusación, máxime que, caída la agravante originariamente imputada, se trata de una circunstancia configurativa de una calificación agravante del delito atribuido, no incluida legalmente en la acusación, lo que implica una notoria conculcación de un derecho constitucional.-

Empero, tal situación, específica y claramente planteada por la defensa en su recurso de casación no fue debidamente atendida por el tribunal casatorio que, por tanto, no observó estricto cumplimiento de su función revisora.-

V.- En consecuencia, haciendo caso omiso de esta situación el pronunciamiento casatorio aquí impugnado, debo necesariamente concluir que el mismo no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicado a las concretas constancias comprobadas de la causa, lo cual lo descalifica como acto judicial válido en términos de conocida doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre arbitrariedad y, por consiguiente, la impugnación extraordinaria bajo examen deviene procedente, deba hacerse lugar a la misma, declararse la nulidad de la sentencia puesta en crisis y devolver las actuaciones a su origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento ajustado a derecho.-

Así voto.-

La señora Vocal, Dra. MIZAWAK, a la cuestión propuesta,

dijo:

I.- Liminarmente, dejo constancia de mi adhesión total y esencial a lo expuesto por el vocal de primer orden, Dr. Chiara Díaz por comulgar con el itinerario lógico jurídico que guía su sufragio y la solución que propicia, especialmente en lo atinente a la impecable factura de la sentencia de casación, mediante la cual se revisó integral y completamente la condena del acusado y el consecuente rechazo de las

alegaciones de la defensa respecto al no tratamiento de ciertos agravios, la deficiente explicitación del medio comisivo del abuso sexual con acceso carnal y la individualización de la pena impuesta.-

Sin perjuicio de ello, adicionaré, a modo de complemento, algunas consideraciones relativas a la cuestión sobre la cual discrepan los vocales preopinantes, esto es, si se respetó o no la congruencia procesal al condenar a S. como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por la condición de guardador del agente.-

II.- Al respecto, debo recordar que al actuar como Tribunal de Casación esta Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal ha sostenido invariablemente que lo trascendental en aras de respetar el principio de congruencia -que forma parte de la garantía de la defensa en juicio-, es que el suceso fáctico endilgado al acusado se mantenga invariable a lo largo del proceso, pero la calificación legal dada a ese hecho puede cambiar a lo largo del trámite, sin riesgo alguno para las garantías constitucionales de quien está siendo juzgado - entre muchos otros: "C." (sent. del 12/12/2008); "F." (sent. del 09/06/2008); "F." (sent. Del 25/03/2009); "R. - L. - P." (sent. Del 2/09/2009), "D.-V." (sent. del 19/10/2009); "S. M." (Sent. del 22/12/10); "F. V.", (sent. del 09/03/2011); "A." (sent. del 04/05/2011) y "R. y ots.", (sent. Del 06/03/2013).

De las constancias glosadas al presente expediente se advierte sin dificultad que el acusado -y sus defensores- desde su primera intervención tuvieron conocimiento del comportamiento delictivo que le era endilgado, esto es: el haber abusado sexualmente de M. d. R. Y. S.-

Ese hecho fue descripto e intimado de manera clara, precisa, circunstanciada y específica. El factum sobre el cual se desarrolló la actividad procesal se mantuvo invariable y lo único que sufrió modificaciones fue la calificación legal, como consecuencia de la acreditación de la inexistencia del vínculo paterno-filial entre el imputado y Y., pese al reconocimiento formal efectuado por el propio S., tal como surge del testimonio de nacimiento obrante a fs. 40.-

En efecto, el cambio de la agravante se basó en que si bien Y. no era hija biológica del encartado -lo que tornaba inaplicable la calificante por el vínculo establecida en el párrafo cuarto, apartado b), del artículo 119 del Código Penal- éste en los hechos ejercía el rol de progenitor, desde el nacimiento de la joven, ya que se casó con su madre cuando estaba embarazada de ella (cfrt. Declaración testimonial de R. N. F. obrante a fs. 109/110) situación que indiscutiblemente implicaba el ejercicio de ciertos deberes de guarda y cuidado inherentes a su condición de "padre legal" de la joven, que agravan su conducta de por sí ilícita.-

Ese "plus" de disvalor es claramente contemplado en el mismo cuarto párrafo, apartado b), del artículo 119 de la ley sustantiva que, precisamente, califica la conducta de quien además de afectar la integridad sexual de su víctima, infringe los deberes relativos a su cargo o a las obligaciones que asumió voluntariamente. Tal como explica Donna "encargado de la guarda" es quien de modo regular debe cuidar a una persona, atendiendo a sus necesidades" (Cfrt. Donna, Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Tercera edición actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2007, págs.608/609).-

Así las cosas, como bien lo apuntó el Dr. Chiara Díaz, no es audible que el encartado alegue que la aplicación de la agravante por ser encargado de la guarda lo sorprendió, ya que la imputación en su contra siempre giró sobre el mismo sustrato material: el abuso sexual de quien tenía bajo su cuidado y protección.-

Por ende, considero que la modificación de la agravante del abuso sexual con acceso carnal endilgado a S. no afectó el principio de congruencia y no impidió el despliegue de la estrategia defensiva delineada por el incurso y sus abogados, quienes desde el inicio de las actuaciones conocieron la conducta reprochada y las proyecciones legales de la misma.-

En consecuencia, adhiero a la propuesta formulada por el vocal de primer voto y propicio que se rechace la impugnación extraordinaria deducida contra la sentencia de fs. 351/357 dictada por la Cámara de Casación, la que debe confirmarse.-

A LA SEGUNDA CUESTION PROPUESTA, EL SR. VOCAL DR.

CHIARA DIAZ, DIJO:

Deben adjudicarse las costas de la fase impugnativa al condenado vencido en sus pretensiones.-

Asimismo, corresponde dejar constancia que no se regulan los honorarios de los profesionales intervinientes al no haber sido ello peticionado expresamente (art. 97 inc. 1, del Decreto Ley N° 7046/82, ratificado por Ley N° 7503).-

La lectura íntegra de la sentencia se concretará de acuerdo al organigrama a través del Tribunal y sus miembros, el **27 de mayo de 2015 a las 12:30 horas.-**

Tal es mi voto.-

El señor Vocal, Dr. CARUBIA, a la misma cuestión, dijo:

Con arreglo a las consideraciones que fundamentan mi voto disidente a la cuestión anterior, debo concluir que la parte recurrente contó con razón plausible para litigar como lo hizo y, en consecuencia, corresponde ser eximida de costas (cfme.: art. 548, Cód. Proc. Penal). Debiendo declararse las mismas de oficio.-

Así voto.-

A su turno, la señora Vocal, Dra. MIZAWAK, sobre la cuestión propuesta, manifestó:

Que, conforme lo expresado en la primera cuestión planteada adhiero a lo indicado por el Dr. Carlos Chiara Díaz.

Con lo cual se dio por terminado el acto, quedando acordada la siguiente **sentencia:**

CARLOS A. CHIARA DIAZ

DANIEL O. CARUBIA (en disidencia)

CLAUDIA M. MIZAWAK

SENTENCIA:

PARANA, 7 de mayo de 2015.-

VISTOS:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede;

SE RESUELVE:

1) RECHAZAR el recurso de impugnación extraordinaria interpuesto a fs. 360/371 vlt. por los Dres. **Miguel Angel Cullen** y **Guillermo O. Vartorelli**, defensores técnicos del imputado, contra el pronunciamiento de fs. 351/357

dictado por la Sala Nº 1 de la Cámara de Casación Penal de esta Capital, el que, en consecuencia, se confirma.-

2) ESTABLECER la totalidad de las costas a cargo del imputado (art. 547 y 548 C.P.P).-

3) DEJAR constancia que no se regulan los honorarios de los profesionales intervinientes al no haber sido ello peticionado expresamente (art. 97 inc. 1 del Decreto Ley Nº 7046/82, ratificado por Ley Nº 7503).-

4) FIJAR audiencia para el día **27 de mayo de 2015 a las 12:30 horas** para la lectura íntegra de la sentencia.-

Protocolícese, notifíquese, bajen.-

Fdo: Dr. Carlos Alberto Chiara Diaz, Presidente- Dr. Daniel Omar Carubia - Dra. Claudia Mónica Mizawak. Ante mí: Noelia Virginia Rios, Secretaria. Es copia fiel de su original. Doy fe.

Noelia V. Rios
Secretaria