

**STJSL-S.J. – S.D. N° 044/21.-**

--En la Provincia de San Luis, a **veintiocho días del mes de abril de dos mil veintiuno**, se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON, ANDREA CAROLINA MONTE RISO, JORGE OMAR FERNÁNDEZ y CECILIA CHADA – Ausente en este acto la Dra. DIANA MARÍA BERNAL por encontrarse en uso de licencia - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos: **“OLIVA ÒSCAR OSMAR - ABUSO SEXUAL - RECURSO DE CASACIÓN”** - IURIX PEX N° 178331/15.

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, CECILIA CHADA y habiendo asumido los Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ, pasa a éstos para su estudio y votación.

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión son:

- I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación interpuesto por la defensa de Oscar Omar Oliva?
- II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el Art. 428 del Código Procesal Criminal?
- III) ¿En caso afirmativo la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse del caso en estudio?
- IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?
- V) ¿Cuál sobre las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO dijo:** 1) Que en fecha 10/08/2020 por ESCEXT N° 14452702 la defensa del imputado interpone Recurso de Casación contra la Sentencia Definitiva integrada por el Veredicto N° 13 de fecha 03/07/2020 (actuación N° 14309030) y sus Fundamentos de fecha 07/08/2020 (actuación N° 14400148) dictada por la Excma. Cámara Penal N° 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, que

declaró a su pupilo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante continuado agravado por el vínculo (art. 119, párrafos segundo y cuarto inc. b) y art. 45 del Código Penal), en perjuicio de V.R.O y condenarlo a sufrir la pena de nueve años de prisión, accesorias legales y costas procesales; ordenando en consecuencia, la inmediata detención del acusado, debiendo ser trasladado al Servicio Penitenciario Provincial.

El recurso es fundado por ESCEXT N° 14530738 en fecha 19/08/2020.

2) Que corresponde en primer término, efectuar el pertinente análisis, a los fines de determinar si se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos por la normativa vigente en punto a la admisibilidad del Recurso en cuestión.

Analizadas las constancias del expediente y del sistema IURIX, se observa que el Recurso ha sido interpuesto y fundado en término.

Asimismo, ataca una sentencia definitiva de un Tribunal competente, encontrándose el recurrente exento del depósito judicial conforme al art. 431 del Cód. Procesal Penal.

En consecuencia, debe considerarse en este estudio preliminar y en mérito a lo dispuesto por el inc. a) del art. 442 del Código de rito, que el Recurso articulado deviene formalmente procedente.

Por ello, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. CECILIA CHADA, JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO y votan en igual sentido a esta PRIMERA CUESTIÓN.

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, la Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, dijo:** 1) Agravios del recurrente: En primer lugar, la Defensa hace referencia a los antecedentes históricos del recurso de

casación, y de las posturas doctrinarias acerca de los límites del mismo, lo que aquí se tiene por reproducido en honor a la brevedad.

Luego manifiesta que las previsiones de los arts. 428, 429 y cc. de nuestra legislación ritual, han sido revisadas de manera tal que cualquier aplicación procesal siempre es consecuencia de circunstancias de hecho que también van protegidas por una norma constitucional, siendo la norma procesal la que reglamenta la ley fundamental, que si es puesta en crisis, se abre la posibilidad de que V.E lo verifique. Que esto no es resultado de un cambio intempestivo, sino que en realidad responde a un proceso cuyo comienzo explícito tal vez podamos ubicar allá por el año 1995 con el caso "Giroldi", y que termina desembocando en "Casal", donde ya de manera definitiva se plasman principios acordes con la legislación y doctrina supranacional.

Bajo el título III. ANTECEDENTES DEL PROCESO, manifiesta que en virtud de haber sido elevado a Juicio Oral ante la Excma. Cámara del Crimen N° 2 de la Segunda Circunscripción de San Luis el expediente de marras, la Defensa ha planteado la nulidad por las irregularidades en cuanto a las calificaciones en todas las etapas procesales y adolece la sentencia de la misma falla, al no delimitar el delito atribuido.

Agrega que, no obstante los pedidos defensitas, estos se han desoído y considera altamente peligroso permitir el cambio de calificación ya adentrado el Debate Oral a pedido de la Fiscalía de Cámara, en detrimento de los derechos de su asistido. Que las irregularidades en cuanto a las diversas calificaciones recaídas en autos hicieron incurrir en un error en cuanto a la interpretación de las normas.

Sostiene que la Excma. Cámara en sentencia condena a su pupilo por un delito más gravoso que aquel por el cual fue llamado a prestar declaración indagatoria, procesado y acusado, ello por el inusual cambio de calificación ya en debate Oral; pone de resalto que el mismo Fiscal en sus alegatos dice no entender el porqué de la menor calificación por la que viene a juicio el imputado y el mismo pide el cambio en el debate, momento en que la defensa era ejercida por otro profesional.

Destaca que la condena recaída en autos adolece de los mismos errores de la interpretación, nótese que es parte de la sentencia la “AMPLIACIÓN DE LA ACUSACIÓN” en el punto 1.2. agrega que existe un grave error toda vez que cuando el Fiscal amplía arbitrariamente la acusación, la defensa del imputado era ejercida por el Dr. GUSTAVO ÁVILA, y la nulidad fue planteada con posterioridad. La sentencia reza: “...cedida la palabra a la defensa Dra. Karina Mantelli...”, lo dice con respecto a la ampliación de la acusación y es allí donde radica el primer error, ya que la citada profesional no era aun defensora del imputado.

Sostiene que, como ya se advirtiera en la nulidad planteada, su defendido fue llamado a prestar declaración indagatoria por un delito inexistente, es decir se hace remisión en el mismo al art 118 del Código Penal, inexistente por haber sido derogado.

Desataca en definitiva que son dos los errores que acarrea este proceso, por un lado la mutación de las calificaciones durante todo el proceso y por el otro, la inclusión en los diversos estadios procesales de delitos derogados e inexistentes.

Bajo el titulo MANIFIESTA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA VIOLACIÓN A LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, expone que con fecha 25 de abril de 2017 el Sr. OSCAR OSMAR OLIVA es llamado a prestar declaración indagatoria mediante un decreto sin fundamento, ni motivación, ni relación de hechos en franca violación a lo normado en el art 248 del CPCrim. y además, el delito atribuido a su defendido es inexistente, ya que la norma del art 118 del Código Penal está derogada.

Agrega que todas las resoluciones procesales posteriores adolecen por inercia del mismo vicio, imputaciones y acusaciones de un delito que no existe, que nacen de un decreto sin fundamento ni prueba. Que llama la atención también la pérdida de jurisdicción del Sr. Juez de Instrucción a extralimitarse en los plazos de investigación desde el llamado a indagatoria hasta la acusación fiscal sin haber pedido prórroga extraordinaria a la Excma. Cámara correspondiente.

Destaca que la sentencia atacada en su portada adolece del mismo defecto que todos los actos nulos que la sustentan, ya que su defendido fue condenado por el delito contemplado en el art 119 último párrafo *en remisión al art 118 inc. b y f , texto ordenado DJA ley 26939*, y todavía la defensa está tratando de adivinar de qué delito se trata, ya que es imposible condenar por delitos que no se encuentran debidamente individualizados, no se puede condenar por aproximación o por digesto, para algo existe una ley perfectamente codificada, es decir un código, del cual el sentenciante no se puede apartar

Luego destaca que a fs. 22 vta. de la Sentencia que se pretende casar, se dice que la conducta encuadra en el art. 119 primero y segundo párrafo, se aduce que el Juez de Instrucción lo llama a prestar declaración indagatoria por abuso sexual gravemente ultrajante pero que el Fiscal de Cámara en sus alegatos expresó que fue procesado por abuso sexual simple y ahora sentenciado por abuso sexual gravemente ultrajante, por lo que se observa una errónea aplicación del derecho de fondo en franca violación con todos los preceptos constitucionales. Cita doctrina y jurisprudencia que se tiene por reproducida e introduce la cuestión constitucional.

2) Traslado a la contraparte: Que en fecha 24/08/2020 por actuación N° 14559562, contesta vista el Sr. Fiscal de Cámara N° 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, quien expresa, respecto de los agravios de la defensa, que: *“...debe tenerse en cuenta que no es exacto que se le impute una norma inexistente o un hecho que no se encuentra penado en nuestra legislación, solo que se encuentra codificado de otra forma (ley 26.939), en lo que es conocido como Digesto Jurídico Argentino, de amplia aplicación en los tribunales de primera instancia de la Segunda Circunscripción. En este sentido debe tenerse presente que de ninguna manera se ha inventado un tipo penal o se ha aplicado una norma derogada, la Cámara resolvió perfectamente esta cuestión al momento de rechazarse la nulidad en debate, no habiendo violación alguna al principio de legalidad”*.

Respecto del segundo de los agravios, expone: *“que el primer error es considerar que se planteó el cambio de calificación ya “adentrado el debate”, dado que este Ministerio Fiscal hizo reserva de cambiar la calificación en el momento previsto por el Artículo 333 del Código de Procedimientos, es decir en la propia apertura del juicio, por lo que el Sr. OLIVA sabía perfectamente la calificación que en su oportunidad le iba a ser endilgada, esto es la del artículo 119 1° y 2° párrafo del Código Penal, en relación al inc. B) del mismo cuerpo normativo (Abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo), calificación por la que finalmente fuera condenado .Y ello obedeció a que la calificación legal impuesta en primera instancia era evidentemente incorrecta...”*.

Agrega que las cuestiones formales introducidas se tornan irrelevantes pues no se menciona en momento alguno, qué defensas se ha privado de ejercer o qué medidas podrían haberse petitionado para exculpar o mejorar la situación del imputado.

3) Dictamen del Sr. Procurador General: Que en fecha 15/09/2020 por actuación N° 14727544 se expide el Sr. Procurador General de la Provincia, quien opina que: *“...el Recurso de la Sra. Defensora pretende fundarse en la mera discrepancia con la valoración de los hechos y la prueba que ha realizado el Tribunal de Juicio y posterior encuadre legal, y no logra demostrar notorios apartamientos de la regla de la sana crítica y de la lógica que conmuevan la sentencia”*.

*“Asimismo considera se debe rechazar el recurso incoado, pues el tribunal sentenciante no ha incurrido en falta de logicidad o inconsistencias en sus argumentaciones, no se ha apartado de las disposiciones legales ni de la sana crítica al momento de ponderar la prueba producida en el debate oral...”*.

4) Recurso de casación. Consideraciones previas. El recurso de casación ha sido definido como el medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho, específicamente previstos en la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la

perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío a un nuevo juicio. (TRATADO DE LOS RECURSOS, Tomo III, *Recurso de Casación Penal*, por Jimena Jatip, Págs. 39/82. Ed. Rubinzal Culzoni).

Sin perjuicio de ello, con el alcance del nuevo recurso de casación, surgido de la sentencia de la Corte Suprema en “**Casal Matías Eugenio**”, del 29/9/2005, según la cual, después de la reforma constitucional de 1994 (cfr. art. 75 inc. 22), y teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional (en particular “HERRERA ULLOA”, 1994, de La Corte Interamericana de Derechos Humanos), todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia para que un Tribunal superior revise, integralmente, los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba del hecho, con el único límite de los que están íntimamente ligados a la inmediación real.

La Corte remarcó que la norma procesal que regula el recurso de casación (arts. 456 en la Nación, arts. 428/429 Cód. Procesal. Crim. Provincial), no restringe el alcance de la casación entendida de este modo, sino que había sido interpretada restrictivamente -y por ende de modo inconstitucional-, y por ello no declaró su inconstitucionalidad, sino que estableció cual era el criterio con que debe ser interpretado.

5) Resolución del recurso: Sentado ello, procederé a analizar el primer agravio de la defensa, referido a la supuesta vulneración, al principio de congruencia y a la defensa en juicio. Sin embargo, adelanto que dicho agravio debe ser rechazado, conforme los fundamentos que de seguido expondré.

Recordemos junto a destacada doctrina, la vigencia en el proceso penal del llamado principio de congruencia (o de “correlación” o “coherencia”, conforme la denominación de la CIDH) según el cual el contenido de determinados actos condiciona el de actos posteriores, o, a la inversa, que ciertos actos del proceso penal al llevarse a cabo deben observar determinada coincidencia, especialmente en su contenido, en relación con actos anteriores. (cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, 3º ed. act. por los

Dres. Manuel Ayán y José Caferatta Nores, Lerner, Córdoba, 1981, t. II, págs. 233 y ss., citado por Nelsón R. Pessoa, en *La nulidad en el proceso penal*, 4º ed. ampliada y actualizada. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2020, págs. 442 y ss.).

La lectura de las sentencias de la CSJN permite hacer un enunciado que puede decirse es jurisprudencia firme: el Alto Tribunal federal ha sostenido y sostiene que el principio de congruencia o correlación o coherencia tiene rango constitucional y que el mismo forma parte de la garantía de la defensa en juicio, así, entre muchos, por ejemplo, Fallos: 315:106; 319:2659 voto de los Dres. Petracchi y Bossert; Fallos: 321:469.

Es frecuente que se ponga el acento, en función de la regla de congruencia, respecto a la relación entre **acusación y sentencia**. Tal visión no es correcta. La regla de congruencia tiene una vigencia más amplia en el proceso penal; así, rige entre **indagatoria y auto de procesamiento**.

También rige entre **procesamiento (o prisión preventiva) y requerimiento de elevación a juicio**. Y obviamente, entre **requerimiento de elevación de la causa a juicio y debate** y particularmente con la **sentencia**, y rige luego para la etapa del **recurso**.

Esto significa que solamente el hecho que fue materia del acto de indagatoria puede ser objeto del auto de procesamiento; solamente lo que fue materia del auto de procesamiento (o prisión preventiva) puede ser materia de requerimiento fiscal de elevación de la causa a juicio, y exclusivamente el o los hechos que fueron objeto de este acto acusatorio de elevación a juicio pueden ser objeto del debate y especialmente la sentencia, etc.

Y siguiendo a “Pessoa”, diremos que la obligatoriedad de coincidencia de contenido de los diversos actos del proceso, se refiere a “hechos”, es decir, al comportamiento atribuido a la persona sometida al proceso penal.

Queda excluida de la regla de la congruencia la calificación jurídica que se otorga a ese hecho, de manera que en momentos sucesivos ese “hecho” puede tener diversas calificaciones jurídicas. (*iura novt curia*).

En nuestro sistema procesal, rige el principio de que en la sentencia, el Tribunal puede otorgar una calificación jurídica distinta a la del requerimiento fiscal o auto de elevación a juicio, siempre que juzgue el (mismo) hecho materia de acusación (C.P.Crim. art. 358).

A modo de síntesis, diremos junto a la doctrina citada que en principio, la regla de congruencia rige respecto de hechos y no de la calificación jurídica de esos hechos (cfr. SCJN, Fallos: 310:2094; 314:333; 315:2969, etc.). El cambio de calificación jurídica no afecta la garantía de la defensa en juicio; pero si el cambio de calificación jurídica dada a los hechos frustra a la defensa, en la medida que la defensa replicó los argumentos jurídicos de la acusación y no los del Tribunal que se incorporan de manera sorpresiva, se habrá lesionado la defensa en juicio (entre otros, voto de los Jueces Zaffaroni y Lorenzetti en “Ciuffo” de fecha 11/12/2007, CSJN Fallos: 330:5020). En algunos casos, el cambio de calificación jurídica, en realidad implicaba un cambio del hecho materia de enjuiciamiento, en tales supuestos, la Corte entendió – correctamente- que estaba afectada la garantía de defensa en juicio, especialmente por la introducción sorpresiva de elementos respecto de los cuales el imputado no pudo alegar (entre otros, “Sircovich” Fallos: 329:4634 de fecha 31/10/2006, y “Delgado” de fecha 18/06/13 Fallos: 336:714). El punto central a tener en cuenta es que los tipos penales diferentes, en última instancia, describen comportamientos distintos, por eso precisamente el legislador los ha creado a cada uno de ellos, razón por la cual es muy difícil penar en situaciones en las que el cambio de calificación no signifique un cambio del “hecho”, más allá de la lesión de la defensa en juicio que importa el cambio de calificación normativa por parte de Tribunal al momento del fallo. (cfr. Nelson R. Pessoa, ob. Cit., pág. 470).

Del estudio de la presente causa, observo lo siguiente: 1) El Sr. OSCAR OSMAR OLIVA fue **llamado a prestar declaración indagatoria** en fecha 25/04/17 (cfr. actuación N° 7042931), por considerarlo sospechoso de haber infringido el art. 119 último párrafo con remisión al art. 118 del C.P. – *texto ordenado DJA-*, en perjuicio de la menor de edad V.R.O

observo que la cita del art. 118 obedece a un error material o de tipeo, ya que el mismo fue derogado en el año 1995.

**II) El imputado fue procesado sin prisión preventiva en fecha 21/09/17** (actuación N° 7891212), como presunto autor del delito de **ABUSO SEXUAL** (art. 119 último párrafo con inc. b) y f) del C.P. en perjuicio de VRO.

**III) En la Acusación Fiscal de fecha 30/11/17 (actuación N° 8284174)**, el delito endilgado es abuso sexual simple, agravado por la condición de ascendente del autor, y por haber sido cometido contra una menor de 18 años, aprovechando la relación de convivencia con la misma. (art. 119 último párrafo con remisión al *art. 118 inc. B) y f) del C.P texto ordenado DJA - Ley 26939*).

**IV) En fecha 04/03/2020 por Auto Interlocutorio N° 33 (actuación N° 13594262)**, la Excma. Cámara del Crimen N° 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, resuelve denegar la suspensión del juicio a prueba solicitada, debiendo continuar la causa según su estado.

**V) Abierto el debate conforme lo dispuesto por el art. 333 y ss. del C.P.Crim. y leída la requisitoria fiscal, el Sr. Fiscal de Cámara manifiesta que, tal como lo adelantó al momento de contestar la solicitud de la *probation*, amplía la acusación haciendo reserva de que en el momento de efectuar el alegato, el acusado sea condenado en orden al art. 119 segundo párrafo en relación al inciso b) de la misma norma, es decir, abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo.** Cedida la palabra a la Defensa de OSCAR OSMAR OLIVA, interpone la nulidad absoluta de todo lo actuado a partir del decreto de fecha 25 de abril de 2017, que dispone el llamado a indagatoria de su pupilo, incidencia que previo traslado al Ministerio Público Fiscal, se resuelve mediante **Auto Interlocutorio N° 103, de fecha 17/06/2020** (actuación N° 14176183).

Dijo la Excma. Cámara: *"...Analizado el decreto cuya validez se cuestiona, resulta que el mismo expone claramente los motivos del llamado a indagatoria. Efectivamente se ha manifestado que considera reunidos los*

*requisitos del art. 147 del C.P.Crim, para la citación a indagatoria de Oscar Osmar Oliva, por considerarlo sospechoso de haber infringido los artículos Art. 119 último párrafo con remisión al Art. 118 del C.P. – texto ordenado DJA, en perjuicio de de la menor de edad VANESA ROCÍO OLIVA. Aunque de manera concisa, se encuentran exteriorizados los motivos por los cuales, el juez está convocando a la persona citada al acto de indagatoria, la posible calificación del mismo y la presunta víctima del hecho. De este modo, se ha permitido al interesado controlar los motivos bastantes de la citación”.*

Y agrega que: *“Más allá del prejudicioso ritualismo formal que pretende adjudicarle al acto el impugnante, lo cierto es que la indagatoria respeta en lo fundamental los derechos constitucionales de la defensa, dado que los motivos bastantes para sospechar de la participación del encartado en el hecho objeto de investigación fueron puestos en conocimiento del mismo, circunstancia esta, que ha quedado plasmada, al ser interrogado sobre si conoce el motivo por el que se lo llama a prestar declaración Indagatoria y manifiesta que si lo conoce. Amén de ello se le pone en conocimiento que los es, a raíz de la denuncia de María Cristina Castillo de fecha 23 de abril de 2015, como así también cuales son las pruebas obran en la causa...”.*

***“...Que no se advierte en el acto de formularse la imputación, una afectación al principio de legalidad, por cuanto se individualiza la norma del art. 119 último párrafo del Código Penal, concertando la especificación del hecho en la figura de abuso simple, cuando se invoca el art.118 del DJA”.***

En definitiva, la nulidad es rechazada por extemporánea, porque pretende retrotraer el proceso a etapas ya precluidas y porque además, no se advierte la vulneración a formas procesales realizadoras de mandatos constitucionales durante todo el desarrollo del proceso. Además, la facultad de ampliar la acusación se encuentra regulada en el art. 333 del C.P.Crim.

Durante los alegatos finales, la defensa planteó la vulneración de la congruencia, atento que *“calificar del delito como gravemente ultrajante es exagerado”.* El tribunal sostuvo que: *“En este aspecto y tal como*

*se ha plasmado en juicios anteriores, este Tribunal entiende que la calificación legal puede ser modificada a lo largo de la tramitación del proceso, siempre que, como el caso de autos, se mantenga sin variación la plataforma fáctica de los hechos. Es decir, no se advierte alteración sustancial alguna entre los hechos tomados como base para deducir la acusación del Ministerio Público Fiscal y los que originalmente se le dieron a conocer al imputado y sobre los cuales se ha basado su defensa”.*

*“El hecho que el Sr. Fiscal de Cámara amplíe la acusación, no implica violación al principio de congruencia o al derecho constitucional de defensa en juicio ni al debido proceso. En el mismo sentido se ha pronunciado el STJSL al dictar sentencia en los Autos caratulados: “ARIAS MARTHA CRISTINA – LESIONES GRAVES -EXTORSIÓN- LESIONES LEVES EN CONCURSO REAL- GARRO ALBERTO RAMÓN - EXTORSIÓN EN GRADO DE PARTÍCIPE NECESARIO ENCUBRIMIENTO AGRAVADO- RECURSO DE CASACION” Expte. 39-A-10, Tramix PEX N°64292/9”.*

Respecto de la ampliación de la acusación, diremos junto a destacada doctrina, que cuando esta facultad de la parte acusadora, fiscal o querellante sea ejercida, el Juez o Tribunal -a pedido de la defensa- deberá suspender el debate por un término prudencial, según la naturaleza de los hechos y la necesidad. El nuevo hecho que integre el delito o la circunstancia agravante sobre la que verse la ampliación quedaran comprendidos en la imputación y, por lo tanto, como objeto del juicio. (cfr. Eduardo Jauchen, *PROCESO PENAL. SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL*, 1º ed. revisada –Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2015, págs. 641/642).

La ampliación de la acusación debe ser durante el debate. Al no determinarse plazo específico alguno, se entiende que puede ser en cualquier momento desde su apertura hasta el final.

Asimismo, siguiendo al autor citado, debe tratarse de una reiteración de hechos que, conforme a la ley penal, configure un supuesto de delito continuado en relación con el hecho atribuido en la acusación. Los

hechos surgidos del debate deben ser similares objetiva y subjetivamente y guardar dependencia entre sí, de manera que configuren un único delito.

La circunstancia agravante puede ser objetiva o subjetiva, debiendo la Fiscalía fundamentar en ambos supuestos las razones de hecho y de derecho en las que sustenta su pretensión ampliatoria. Quedan incluidas las agravantes genéricas como las que prevé el Código Penal en su parte general para cualquier tipo de delito, como las agravantes específicas previstas en la parte especial de dicho digesto en los casos en que expresamente se prevén tipos calificados por agravación del tipo básico, como ocurre en el caso de autos.

Conforme al principio de congruencia, la pieza acusatoria del órgano requirente sienta las bases subjetivas y objetivas del juicio, concretando y delimitando lo que será el exclusivo objeto juzgable en esta etapa fundamental del proceso, de modo que la base fáctica descrita en la acusación no puede ser variada en el curso del debate ni el Tribunal puede resolver por otros hechos ni sobre otros sujetos que no hayan sido los acusados, y, limitándose a ellos, resolver sobre la absolución o la condena. La facultad otorgada a la parte acusadora para introducir una ampliación, cuando durante el debate surjan elementos nuevos que acrediten la continuidad delictiva **del mismo hecho** o una circunstancia calificante de agravación **del mismo hecho**, no significa violentar aquel principio de congruencia porque, en primer lugar, no se produce una mutación fáctica del hecho atribuido en la acusación, sino que a ese mismo hecho se le añaden circunstancias que complementan su cualidad del delito continuado o lo califican, y en segundo lugar, porque la defensa puede solicitar la suspensión del debate con el propósito de reunir las pruebas y argumentos que puedan refutar tal complemento de la acusación. (cfr. Eduardo Jauchen, ob. cit., pág. 643/644).

Considero que en el proceso no se ha vulnerado el principio de congruencia, ni tampoco la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio. En efecto, en ninguno de los actos procesales señalados (puntos 1 a 5), se ha visto modificada la base fáctica de los hechos imputados a OSCAR

OSMAR OLIVA; y la reserva de ampliar la acusación (cfr. el art. 333 del C.P.Crim.) efectuada por el Sr. Fiscal de Cámara, no lo ha sido por hechos distintos al objeto de la imputación, sino por una circunstancia agravante típica del delito de abuso sexual simple, lo cual es procedente, según la norma procesal y la doctrina citadas.

Las circunstancias de realización o la duración del abuso sexual simple, cuando configuran un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima, determinan la aplicación del tipo penal del art. 119 segundo párrafo del C.Penal. Se ha sostenido que: *“Implican un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima los actos sexuales que objetivamente tienen una desproporción con el propio tipo básico y que producen en ella una humillación más allá de lo que normalmente se verifica con el abuso en sí (conf. DONNA, Edgardo Alberto, “Delitos contra la integridad sexual”, pág. 46). Esta agravante fue acertadamente introducida por el legislador porque es indudable que hechos de tamaña gravedad no podían estar reprimidos con la misma pena que un furtivo tocamiento de nalgas o senos en un colectivo repleto de pasajeros, supuestos que claramente encuadran en la figura básica (del voto del Dr. Mazzucco -MA-)”* (cfr. Cám. en lo Crim. de Primera Nominación de San Fernando del Valle de Catamarca, 01/06/2005, “Moya Maldonado, Argentino Edgar p.s.a. abuso sexual gravemente ultrajante”, Expte. N° 145/2004, sentencia N° 24/2005, Jueces: Roselló, Mazzucco, Sampayo. ///Penal; 145; RC J 4846/00, en <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/busqueda/busqueda/resultadojurisbd/> acceso 10/02/21).

También se ha sostenido que: **“Lo degradante del abuso que califica el tipo básico del art. 119, Código Penal, es una consecuencia del derecho al reconocimiento de la dignidad humana, por producir sufrimientos y humillaciones, menoscabando de manera grave la integridad de la víctima, tanto por la intensidad como por la duración temporal o repetición.”** (T., D. J. L. s. Abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la convivencia y T., B. L. s.

Encubrimiento /// Trib. Crim. N° 2, San Salvador de Jujuy, Jujuy; 12/06/2017; Rubinzal Online; 104044/2015; RC J 7158/17, en <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/busqueda/busqueda/resultadojurisbd/> acceso 10/02/21).

El Tribunal ha tenido por probado: *“...Que a la luz de las pruebas receptadas en el curso del debate oral, consistente en la testimonial, informe socio-ambiental, informe de Cámara Gesell y de la evaluación psicológica a la menor Vanesa Rocío Oliva, informe de la observación psicológica del acusado Oscar Osmar Oliva e informe de la observación del testimonio de la menor en Cámara Gesell incorporado en autos por el Perito de parte y demás instrumental incorporada a la causa por su lectura, nos permite arribar a ese grado intelectual de total certeza sobre la existencia material del evento delictuoso. A esta conclusión se arriba luego de valorar los elementos probatorios citados y de haber escuchado el video que registra el testimonio de la damnificada Vanesa Rocío Oliva en Cámara Gesell, quien brindó un relato consistente, mantenido en el tiempo, con detalles completos y claros respecto de los abusos padecidos desde sus 8 años hasta los 13 o 14 años por parte de su progenitor, poniendo en evidencia como acaecieron los hechos....”*.

*“En su testimonio se observa por momentos un relato impregnado de una elevada carga de angustia y por momentos con cierto aislamiento afectivo y ello obedece, tal como lo explica la Lic. Anya Costa, Psicóloga de la Cámara Gesell, a los mecanismos defensivos actuantes los cuales se activan al tomar contacto con el dolor que le provoca el recuerdo. No se percibe intencionalidad alguna en contra del acusado, sino una descripción clara de los hechos traumáticos vividos, ubicados en tiempo y espacio...”*.

*“De este modo la versión de los hechos denunciados por María Cristina Castillo, ha sido revalidada por el testimonio de la víctima en Cámara Gesell, quedando debidamente acreditado a lo largo del Debate Oral que el Sr. Oscar Osmar Oliva abusó sexualmente de su hija menor Vanesa Rocío Oliva y que dichos abusos consistían en tocar sus partes íntimas*

*(vagina, cola y pechos), introducir los dedos en su vagina y en alguna oportunidad exhibirle el pene o pasárselo por su vagina...”.*

En cuanto a la comisión del hecho y la autoría del encartado, comparto el examen efectuado por el Tribunal de Juicio, el que a través de las testimoniales, la declaración de la menor en Cámara Gesell (la que fue exhibida durante la audiencia oral y en esta instancia) y las periciales médicas, psicológicas y psiquiátricas de la víctima y del imputado (cuyas respectivas explicaciones fueron dadas por los peritos en el debate), consideraron demostrados los hechos de abuso sufridos por VRO y la autoría del imputado, por las razones que invoca y a las cuales me remito.

Hemos sostenido que en esta clase de delitos *intra muros*, la declaración de la víctima, recepcionada bajo el dispositivo de Cámara Gesell, evitando su revictimización y de acuerdo a los parámetros dados por la Convención de los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 de la C.N.) y la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26061, representa una prueba de importante valor convictivo, la que junto a otros indicios plurales, concordantes, unívocos y convergentes, determina la formación del estado de certeza que la instancia requiere para la aplicación de una condena. (“INCIDENTE DE CASACIÓN EN MOYANO GUILLERMO LUIS (IMP) T.M.N. (DAMNIF) - ABUSO SEXUAL CON ACCESO AGRAVADO POR PRECONVIVENCIA CON LA VÍCTIMA” - IURIX INC N° 148850/1, por STJSL-S.J. – S.D. N° 127/19 de fecha 15/08/19).

La Lic. HANYA COSTA, psicóloga del Cuerpo Profesional Forense que recepcionó la declaración de la joven en la Cámara Gesell, explicó en el debate que la niña fue muy clara cuando relató los hechos de abuso sexual cometidos por su progenitor, consistentes en tocamientos en sus partes pudendas, desde que tenía ocho años hasta la edad de trece o catorce años. El relato es claro, ella recordó los distintos episodios en los que sufrió el abuso sexual, y las amenazas y manipulaciones de las que era objeto por parte de su padre, si ella decidía contar lo que él le hacía. La psicóloga no observó indicadores de fabulación en la niña, ni que haya sido inducida o sugestionada.

Validó su relato conforme los criterios de validación y confiabilidad establecidos por la ciencia de la psicología.

Se valoró además la declaración de la psicóloga de la adolescente, Lic. MARÍA EVA MALLEA, quien declaró el resultado de las entrevistas que tuvo con ella. Manifestó que la entrevistó una vez por semana durante dos años, que en las vacaciones no la veía, iba de manera semanal. Que no vio indicadores de fabulación en el relato. Que advirtió indicadores de stress postraumático por el proceso de la denuncia, al principio era lo que conllevó el cambio a nivel familiar (la separación de sus padres), en ese momento a nivel económico fue un cambio profundo. Que fue explícita en situaciones de abuso del padre, que consistían en tocamientos en sus partes íntimas, se le subía encima, o la obligaba a que lo tocara a él. Sentía culpa y angustia, ya que no le eran indiferentes los efectos de su denuncia, no era algo ventajoso para ella, las consecuencias eran graves, ya que ello implicaba la separación y cambio a nivel familiar.

También las declaraciones de la madre y la tía de la menor, Sras. MARÍA CRISTINA CASTILLO y MERCEDES ISABEL CASTILLO, respectivamente, fueron meritadas por el Tribunal conforme el principio de inmediación, y el valor convictivo de cada testimonio fue plasmado en el fallo de manera fundada.

Respecto de la calificación legal dada a los hechos, **abuso sexual gravemente ultrajante continuado agravado por el vínculo (art. 119 segundo y cuarto párrafo inc. b del C.Penal)**, el Tribunal ha considerado que: *“Los actos perpetrados por Oliva a su hija, esto es, manosear la zona de sus genitales, tocarle la vagina, la cola, los pechos, introducirle los dedos en la vagina y en alguna oportunidad exhibirle el pene o pasárselo por su vagina (recordemos que por la época en que se producen los hechos, desde el año 2008 al 2013 o 2014, es de aplicación la Ley 25.087), configuran un abuso sexual gravemente ultrajante, toda vez que tienen una connotación más relevante que aquellos que caracterizan a un simple abuso sexual. De este modo conllevan un mayor ultraje a la dignidad e integridad sexual, moral y*

*personal de la víctima, produciéndole un daño cualitativamente más elevado. El hecho de introducirle los dedos en la vagina, es por sí objetivamente idóneo como para producirle sufrimiento y humillación, generando un resultado sumamente perjudicial en la víctima”.*

*“En el caso de autos, la prolongación de los actos lesivos en el tiempo (cinco o seis años), el sometimiento impuesto por la dependencia vincular y familiar de la víctima con el imputado, sumado a la naturaleza de las acciones, en particular el introducir los dedos en la vagina de la niña, conforman actos cuya intensidad de lesión al bien jurídico lo encuadran en la figura del sometimiento gravemente ultrajante para la víctima”.*

La figura “gravemente ultrajante”, viene a captar aquellos casos en que si bien el ultraje a la integridad sexual no alcanzaba a configurar un acceso carnal, resultaba mucho mayor que los casos que tradicionalmente se encuadraban, sin otro remedio, en aquella calificación más benigna. En este sentido, prestigiosa doctrina ha sostenido que: *“la diferenciación fue acertadamente introducida por el legislador porque es indudable que hechos de tamaña gravedad [de los que aquí se encuadran] no podían estar reprimidos con la misma pena que un furtivo tocamiento de nalgas o senos en una colectivo repleto de pasajeros”* (cfr. Gavier, Enrique Alberto, “Delitos contra la Integridad Sexual”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, pág. 29). Al devenir de estos actos un mayor ultraje para la víctima, es lógico que la sanción aplicable para su autor deba resultar más severa.

Por otra parte, ese “grave ultraje” que deviene del abuso sexual, puede deberse a su “duración” o a las “circunstancias de su realización”, conforme se desprende del propio tipo penal. En este sentido, se ha dicho que la figura delictiva de trato “requiere que el abuso sexual sea de una duración o llevado a cabo bajo circunstancias tales que impliquen un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima. Por ‘duración’ se ha entendido que el legislador se ha referido a una excesiva prolongación temporal, que excede el tiempo necesario para llevar a cabo el abuso sexual, lo que represente un peligro mayor para la integridad de la víctima y una mayor

afectación de su dignidad y por 'las circunstancias de su realización' a aquellas situaciones en que los actos son intrínsecamente escandalosos, humillantes, peligrosos y de un alto contenido vejatorio" (cfr. D'Alessio, Andrés José, ob. cit., págs. 170/171). (cfr. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DEL NEUQUÉN - L. J. B. s/ abuso sexual • 06/08/2013 - Cita Online: AR/JUR/69859/2013) (El subrayado me pertenece).

La corta edad de la niña cuando comenzaron los abusos (ocho años) y la singularidad y continuidad de los actos ejecutivos del delito, constituyen un ataque particularmente degradante y vejatorio que, además de violentar su identidad sexual, implican un menoscabo a su dignidad como persona, que subsume el hecho en la figura en cuestión.

El razonamiento de la Excma. Cámara en lo Penal, aparece reflejado de manera clara, tanto respecto al hecho mismo como a su desarrollo, valoración de la prueba, autoría y encuadre legal.

Es oportuno recordar que el sistema de libres convicciones -para la valoración de la prueba- permite al órgano jurisdiccional fundar el juicio de certeza sobre la participación de los inculcados, valiéndose tanto de prueba directa como de prueba indiciaria que conformarán la certeza para la declaración de culpabilidad (cfr. SCBA. "Luna, Franco s/ Recurso de Casación" TC0005 LP 74031 82 S, 16/02/2016. [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar)).

En consecuencia, debo destacar que en el texto del fallo no aparecen los vicios de vulneración del principio de congruencia y de la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio alegados por el recurrente; por el contrario, se han consignado suficiente las razones que llevan a determinar las conclusiones expresadas, por lo que el Recurso articulado deviene improcedente, y debe ser rechazado.

Por todo ello VOTO a estas SEGUNDA y TERCERA CUESTIONES por la NEGATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. CECILIA CHADA, JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ comparten lo

expresado por la Sra. Ministro, Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN**.

**A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, dijo:** Atento a la forma en que se han votado las cuestiones anteriores corresponde el rechazo del Recurso de Casación interpuesto por la defensa de OSCAR OMAR OLIVA. **ASÍ LO VOTO.**

Los Señores Ministros, Dres. CECILIA CHADA, JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN**.

**A LA QUINTA CUESTIÓN, la Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, dijo:** Costas al recurrente vencido. **ASÍ LO VOTO.**

Los Señores Ministros, Dres. CECILIA CHADA, JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN**.

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Señores Ministros, la sentencia que va a continuación.

**San Luis, veintiocho de abril de dos mil veintiuno.**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el Recurso de Casación interpuesto por la defensa de OSCAR OSMAR OLIVA.

II) Costas al recurrente vencido.

**REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.**

No firma la Dra. DIANA MARÍA BERNAL, por encontrarse en uso de licencia.