

"SCHUSTER MARCELO MARTIN - ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR SER ASCENDIENTE Y POR APROVECHAMIENTO DE UNA SITUACION DE CONVIVENCIA S/ RECURSO"

Excmo. Tribunal:

JORGE AMILCAR LUCIANO GARCIA, Procurador General, a V.E. digo:

I.- Contra la resolución de V.E. del 19/5/ppdo que rechazó la Queja por impugnación extraordinaria provincial denegada, incoa la Defensa del condenado Schuster, Recurso Extraordinario Federal.-

II.- La inadmisibilidad de la vía es manifiesta, no solo por la ausencia de agravio Federal ya enfatizada por V.E., sino porque vuelven a plantearse idénticos pseudogravios a los ya refutados en la condena de instancia y en la amplia revisión Casatoria, que justificaron la inadmisibilidad del remedio del art.521 CPP ya en sede "a quo".-

En casos semejantes, hemos reiterado que la vía recursiva del art. 521 y conctes. CPP adelanta en sede local la conclusividad de los juicios penales como expresión de soberanía política no delegada al Estado Federal. De allí que rechazada la impugnación extraordinaria o como en el *sub examine* su Queja, solo queda igual remedio ante la Corte Suprema, -siempre claro está que no se trate de la llamada "Cuestión Federal Sorpresiva", que aquí ni siquiera se atisba, mas allá de lo que diremos *infra*, (confr. V.E. desde "CARDENAL DOS SANTOS, Miguel - HOMICIDIO SIMPLE s/IMPUGNACION EXTRAORDINARIA", del 25/2/2015; idem

"ZARAGOZA, Sergio Alberto - Abuso Sexual con Acceso Carnal S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA" N° 4909, del 6/11/20;idem"REIMONDI, Walter Marcelo - Abuso sexual simple y abuso sexual gravemente ultrajante S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA", del 11/11/20; idem "REYES, Sergio - Abuso Sexual con Acceso Carnal agravado -Recurso de Casación S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA" , del 21/12/20, entre muchos).-

III.- Basta una lectura del pretense recurso Federal para advertir que es un calco del presentado ante V.E. como "Recurso Directo de Queja" y que mereciera un lapidario pero incontrastable rechazo de V.E. que lo califica de *"... mera disconformidad contra la conclusión a que arriba la denegatoria de la Cámara, no surgiendo de su análisis las concretas afectaciones a la defensa en juicio y al debido proceso que motivarían el acceso a la instancia extraordinaria de revisión y solo declamativamente se invocan..."*.-

Es que la Defensa vuelve a tergiversar las constancias del fallo de instancia y de la Revisión amplia del Tribunal Casatorio, sesgando partes del voto preopinante para darle un sentido divergente al que posee, con dudosa lealtad procesal, pero que ni siquiera en la reiteración calcada logra conmover las abrumadoras probanzas de cargo que determinaron la certeza forense sobre el núcleo del factum y su significación jurídico penal, mas allá de nuestra disconformidad con el quantum punitivo, vedado en la

impugnación por el art.513 CPP.-

A tal punto llega el desacoplado intento defensivo de hipotetizar un inexistente vicio Federal, que arguye a su favor una nota presentada por la madre de la víctima luego del fallo Casatorio, en la que ésta se disconforma con ambas sentencias por lo que estima, -al igual que nosotros-, lenidad sobre todo en la tercer cuestión, amén de otras discordancias menores, es decir que se expide en sentido diametralmente opuesto a la ajenidad delictiva que planteó la Defensa, por lo que toma ribetes de ridículo la pretensión de que abogue a su favor!!!!.-

En la propia "cronología" de la causa que la Defensa reseña ahora, queda patente que vuelve a plantear falsamente que el Tribunal de Juicio condenó por un "hecho diverso" al endilgado, y que la perito Oficial Pita descartó el abuso.-

Ambas afirmaciones son falsas toda vez que como le fue confutado tanto por el vocal ponente Dr. Pimentel en el Tribunal de Instancia, como en el dictamen de rechazo del Sr. Fiscal Coordinador Dr. Piérola y el voto revisor Casatorio del Dr. Perotti, el cuadro concluyente de certeza forense sobre el Abuso, -tocamientos en la zona vaginal- por el padre de la pequeñísima niña, se hallaba hartamente fundado en su declaración en Cámara Gesell, corroborada por los dichos de su madre, de su abuela, de las terapeutas Abdala y Retano, y al contrario de la antojadiza versión defensiva, en absoluto disminuida en su valor por la licencia Pita.-

En varios precedentes análogos, en que se pretende que

existe vulneración al *doble conforme* solo porque se vuelven a rechazar válidamente los idénticos argumentos fallidos, -es decir pretendiendo una soñada transmutación alquímica de piedra en oro-, que dicho déficit discursivo constituye una falacia es decir "*un argumento no razonable o racionalmente no convincente, que, aunque puede ser válido, contiene un error inferencial por violar uno o más criterios de buena argumentación...*" (utilizamos una definición amplia de "*falacia*", que emplea Monserrat Bordes Solanas, en "Las Trampas de Circe" Ed. Catedra/teorema, Barcelona, 2011, pag. 129 y sig.).-

En realidad la Defensa en todos sus recursos comete la falacia denominada "*ad nauseam*", -en su formulación vulgar: «repite algo durante mucho tiempo y la gente acabará por creérselo», y que en su forma lógica se puede expresar: "Si $A_1, A_2 \dots$ An dicen que p reiteradamente = Es verdad que p ".-

Esta forma discursiva es legítima en el marco teológico, ya que existe allí un ruego o plegaria a un Ser Superior, que en la insistencia propia de la fe, incluso multiplicada en las voces de los fieles devotos producen este efecto de "cascada de la disponibilidad" en el Ser Supremo.-

Pero ello es inadmisibile en el discurso moral o jurídico, profano y sin sustancialismos teológicos o de tradición donde solo vale el mejor argumento racional, magüer el esfuerzo persuasivo o retórico de suplir la falta de razones con la insistencia en el mismo planteo huero, precisamente, de aquellos.-

Igual falsedad contiene el segundo aserto defensivo, de que se condenó por un *hecho diverso*.-

Como volvió a aclarar el vocal Dr. Perotti "...el Tribunal tiene en cuenta que, luego de presentar sus alegatos, tanto el Fiscal como el Querellante restringieron el hecho por el cual acusaban a SCHUSTER, desistiendo de incriminar por la introducción de dedos en la vagina, modificando de tal manera la subsunción legal del hecho ilícito a un ABUSO SEXUAL SIMPLE, AGRAVADO POR EL VÍNCULO.-

Tal restricción imputativa en la acusación final en modo alguno significa alterar el hecho imputado afectando al principio de congruencia sino acusar de manera racional y con el criterio de "supperasertibility" según conceptos de Crispin Wright, pero con pleno contralor y posibilidad de contienda y refutación defensiva.-

Tal como V.E. ha sentado en momofilaquia pacífica desde antaño, el principio de "congruencia" que complementa al principio del "ne procedat ex officio", se funda en la finalidad de impedir la afectación a la defensa por sorpresividad, de allí que los proyectos modernos limiten incluso la facultad del "iura novit curiae" con la advertencia previa del Tribunal a ésta de la posible modificación de la calificación jurídica para que prepare su defensa, siguiendo a la Ordenanza Proc. Penal alemana, (confr. nuestro antiguo comentario a la señera doctrina de la Sa. Penal de Casación, en "El recurso de Casación y el control de la garantía constitucional del juicio previo" en JER, nro. 55 ed. Delta, por todos).-

Precisamente nuestra normativa de rito, arts. 448 y 452 CPP, precisa esta limitación a los supuestos donde la calificación fuese mas gravosa que la mantenida por la Fiscalía, situación diametralmente opuesta a la del *sub examine*, donde el MPF y la Querrela disminuyeron la significación de entidad agravada del abuso en la introducción de los dedos por el Garante Institucional, lo que dejaba claramente incólume el Abuso simple en el rol especial, -como figura básica en concurso aparente-.-

Queda claro que esta regla normativa juega en pro de la intangibilidad del derecho de Defensa, ocluyendo la posibilidad de ampliaciones sorpresivas de la imputación, por lo que obviamente no rige cuando lo que acaece es una restricción imputativa, o bien cuando se trata de variaciones en la subsunción típica del mismo *factum imputado*, (confr. V.E. desde el precedente "Cejas" y los innumerables ulteriores, vgr. recientemente "*CASTRO, ROSENDO JONATAN s/ ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA EN GRADO DE TENTATIVA- RECURSO DE CASACION*", del 4/10/08; idem. "*CASCO MATIAS R. Y OTS. S/ TENTATIVA DE HOMICIDIO Y OTRO S/ RECURSO DE CASACION*"; idem "*ACOSTA, Aníbal E. s/LESIONES GRAVES - s/RECURSO DE CASACION*" (*acum...*: "*ACOSTA, Eduardo A. s/LESIONES GRAVES s/REC. CASACION*", del 15/4/11; idem "*ASSELBORN, Luciano Roberto - Negociaciones incompatibles con el ejercicio de la Función Pública s/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA*" N° 4906, del 12/3/20-.-

IV.- Solo nos resta agregar en pro de la inadmisibilidad de la vía Federal que nada tiene que ver con el caso bajo análisis la situación del precedente de la CSJN "Tommasi, Julio Alberto y otros", que la Defensa trae a colación.-

En efecto, sabido es que en nuestro sistema propio de la tradición continental europea, los precedentes jurisprudenciales no son obligatorios ni crean Derecho, si bien cada vez mas su labor de "desarrollo continuador del Derecho" y la concreción de la Norma individual bajo el paradigma Constitucional y Convencional, relativizan las distancias del sistema del "common law".

Y obvio que en dicha tendencia ocupa un lugar trascendente la nomofilaquia de los Tribunales Superiores, pero a condición de su peso argumental, es decir por la jerarquía de los "mejores argumentos", -en la lógica de una comunidad ideal de habla-.

Pero en este loable objetivo es presupuesto imprescindible que los casos que se traigan al diálogo institucional tengan pertinencia material y dogmática, con el *thema decidendum*.-

Lejos de ello , la causa "Tommasi, Julio Alberto y otros", trata la situación de dos hermanos Mendez condenados como partícipes necesarios en delitos de privación ilegal de la libertad doblemente agravada por tratarse el agente de un funcionario público y haberse cometido con violencia, e imposición de tormentos doblemente agravada por tratarse el agente de un funcionario público y la víctima de un perseguido político .Se trata,

como se ve de uno de los casos de la represión genocida del regimen que asoló a la República entre los años 76 y 83, que nada tienen de análogo al sub examine.-

Por el contrario los fallos atacados aquí son coherentes con la doctrina de la CSJN, (confr. "Gallo López", del 6/6/11, con un erudito dictamen del Procurador General; idem "Fariña Acosta", del 11/10/16 y "Rodriguez, Marcelo", del 19/9/17; reciente, en igual sentido "Sanelli, Juan Marcelo s/ abuso sexual -art. 119 3° párrafo" del 4/6/20).-

V.- Por todo lo expuesto, es nuestra opinión que V.E. debe rechazar la apertura de la vía Federal.-

PROCURACION GENERAL, 22 de junio de 2021.