En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 03 días del mes de septiembre del año dos mil siete, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Juan Pedro Cortelezzi, Jorge Pfleger y Alejandro Javier Panizzi, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados “R., R. A. s/ Abuso sexual con penetración carnal de menor de 18 años, agravada por la situación de convivencia” (Expediente 20.728 – R - 2006).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 374: Panizzi, Cortelezzi y Pfleger.

El Juez Alejandro Javier Panizzi dijo:

I) El día 24 de octubre del año 2006, la Cámara en lo Criminal de la Ciudad de Esquel condenó a don R. A. R. a cumplir la pena única de 22 años de prisión —comprensiva de la condena firme impuesta por ese mismo Tribunal en la causa N° 63 - Fº 68 - Año 2004 CCCE—, con más las accesorias legales y costas del proceso, al hallarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal cometido aprovechándose de que la víctima no pudo consentir libremente la acción y la situación de convivencia preexistente, por el hecho ocurrido en aquella ciudad durante la primer quincena del mes de abril de 2003, aproximadamente, en perjuicio de M. R. S. (artículos 12, 19, 29, inciso 3°, 40, 41, 58 y 119 en sus párrafos 1°, 3° y 4° inciso f) del Código Penal).

II) Contra el pronunciamiento condenatorio la defensa pública del acusado, a cargo del doctor Javier Ángel Allende, dedujo un recurso de casación fundado en el artículo 415, inciso 2° del Código Procesal Penal porque consideró que los magistrados violaron el principio de la sana crítica en la construcción del fallo, al no formular una derivación lógica entre las pruebas y la condena.

El primer ataque del recurrente estuvo dirigido a la aserción del tribunal con respecto a que el acusado le suministró una pastilla de clorpromazina a la víctima, para impedirle resistirse al abuso, pues consideró que en ese punto hubo un desvío lógico. Señaló que la adolescente expresó haber tomado un Geniol, que R. sacó de un frasco de medicamentos –luego, secuestrado- que estaba en el aparador de la vivienda, y en cuyo interior se hallaron comprimidos de esa medicación y de clorpromazina.

Agregó que ni de la denuncia ni de la declaración de fs. 141, tomada en sede fiscal, surge que la niña mostrara dudas sobre el remedio que tomó –Geniol– por lo que, con la prueba obrante en la causa, los sentenciantes no debieron concluir que el condenado le proporcionó a la víctima clorpromazina para abusar sexualmente de ella.

Destacó que, secuestrado el frasco al que hizo referencia la víctima, la simple apreciación ocular de ambas pastillas demuestra la imposibilidad de confusión, puesto que los comprimidos son de diferente tamaño y, como dato accesorio, indicó que a los blísteres de clorpromazina no les faltaba ninguna píldora.

Añadió que no se acreditaron en la causa los efectos que sendas drogas deberían producir sobre la víctima, por lo que concluyó que los juzgadores no pudieron válidamente sostener que su administración le haya causado a la víctima una determinada reacción, con exclusión de cualquier otra droga.

Atacó los informes médicos, agregados por lectura al juicio, pues –según el casacionista– no se pudo establecer que la menor hubiera sufrido un estado de sedación o somnolencia derivada de la clorpromazina, por la falta de una prueba pericial al respecto. Y criticó los dictámenes psicológicos, porque consideró que no alcanzan para afirmar la existencia de una relación sexual no consentida entre R. y la víctima.

Por último, el recurrente se agravió de la consideración por el a quo de las condenas anteriores que sufrió el acusado, para establecer –a falta de prueba concreta– el modus operandi de R., pues lo estimó como la aplicación de un derecho penal de autor.

Hizo reserva de plantear la cuestión ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

III) El remedio fue concedido por la Cámara a fs. 351/352 y mantenido en esta instancia a fs. 356/57.

El Sr. Procurador General, en su dictamen cosido en la hoja 372/vta., propició el rechazo del recurso, respaldando la resolución dictada por el Tribunal al encontrar las probanzas valoradas mediante las reglas de la sana crítica, de acuerdo a los fundamentos que anotó allí.

IV) Por razón del monto de la pena impuesta en la sentencia de fs. 329/339 vta., esta causa deberá ser sometida a la revisión del Tribunal, en los términos del art. 179 punto 2 de la Constitución Provincial y su correlato, el art. 391 del Código Procesal Penal.

V) El hecho por el cual R. A. R. fue llevado a juicio, ocurrió en la fecha ya citada, en la vivienda ubicada en .... de la ciudad de Esquel, propiedad del acusado, donde la víctima se encontraba trabajando como empleada doméstica y vivía con la familia del encartado desde que comenzó a laborar —en el mes de abril del año 2003— porque, además, cuidaba del hijo menor de la familia.

En uno de los días de trabajo, la damnificada le manifestó al acusado que le dolía la cabeza. Por ello, R. le ofreció un medicamento que ella tomó, quedándose dormida luego de ingerirlo. Aprovechando los efectos del remedio, el acusado la accedió carnalmente vía vaginal y sin su consentimiento, situación que en iguales circunstancias se habría repetido en tres oportunidades. La víctima contaba en el momento del hecho con dieciséis años de edad.

VI) La defensa se agravió por la manera en que el tribunal de juicio valoró los elementos de prueba obrantes en la causa para condenar a su defendido, sin embargo no advierto errores lógicos en la reconstrucción del hecho investigado.

El tribunal de juicio determinó que la relación sexual ocurrida entre R. A. R. y M. R. S., no fue consentida por ella, en tanto se encontraba bajo los efectos de la medicación que el acusado le había suministrado.

Si bien es cierto que la damnificada denunció que el imputado le suministró un “Geniol” el día en que el abuso se produjo, los efectos manifestados por S. luego de la ingesta del medicamento (somnolencia, excesiva transpiración e inconvenientes para comer) son por completos ajenos a esa medicación, pero propios de la clorpromazina hallada dentro del frasco secuestrado en la vivienda de R..

A esa conclusión arribó el a quo con sustento en el informe elaborado por el Laboratorio A. P., cosido a fs. 266/277, donde se especifica la composición, características farmacológicas y, fundamentalmente, las reacciones adversas de la clorpromazina entre las que se encuentra la sedación o somnolencia (ver fs. 274).

Los informes psicológicos realizados por la Lic. M. del Cuerpo Médico Forense (fs. 52 y 143), y las Lic. S. M. y C. V. del SPVD (fs.123 y 154 respectivamente), validaron los dichos de la denunciante al demostrar la gran afección emocional y traumática que había sufrido, con relación al delito del que fuera víctima. Y señalaron como indicadores su imposibilidad de hablar sobre lo ocurrido, la sensación de defraudación que manifestaba y una elevaba angustia.

De manera que rechazo la calificación de la defensa a esta prueba pericial como insuficiente para determinar el carácter no consentido de la relación sexual sucedida entre R. y S., pues la impronta psicológica que presenta la víctima no deja dudas de la existencia del abuso.

Finalmente, el casacionista se agravió porque los juzgadores tuvieron en cuenta las condenas anteriores que cumplía el acusado, por hechos en los que el modus operandi coincidió con el de autos, lo que califica como derecho penal de autor.

Sin embargo, tales circunstancias son un claro indicio de personalidad, que demuestran la aptitud de R. para desplegar conductas como las que se le atribuyen en esta causa y su consideración

por el a quo es válida toda vez que sirvió para establecer la especial manera de actuar del acusado para alcanzar el fin propuesto.

El modus operandi es el modo especial de actuar o trabajar para alcanzar el fin propuesto. En derecho penal, la manera en que se logra el resultado de la conducta prohibida por la norma.

Para establecer la correspondencia, la relación entre particularidades de distintos delitos o una serie de éstos, y reflexionar si en cada uno existen iguales aspectos, no hay otra posibilidad que examinar hechos anteriores. No para fundar la peligrosidad del autor, sino para determinar un singular rasgo de comisión. Es decir, para desentrañar si la modalidad de un hecho, se corresponde inequívocamente con otros ya probados.

Los hechos del pasado son parte de la realidad, y los jueces no están obligados a darles la espalda, si éstos son relevantes para contrastar el peculiar modo de ejecución de un hecho juzgado con otro que se está juzgando en el presente. El límite, claro, será la medida de culpabilidad del hecho presente, pero no los aspectos concernientes a la autoría de ese mismo hecho.

Claro, una cosa es la verdad enfocada desde la práctica inquisitiva de vigilancia y castigo, y otra, es la verdad como objeto de un proceso penal.

Así, la tensión entre el derecho penal de autor y la búsqueda de la verdad pueden ciertamente llegar a entrar en conflicto. Pero, en el caso, esta meditación es una mera apariencia. Y procure el lector, que ésta no soslaye la esencia del asunto.

De manera que no se incurre en el ejercicio de derecho penal de autor si para establecer, a modo de indicio, un aspecto del hecho juzgado, fuera del orden o común modo de obrar, el tribunal lo compara con el de otros hechos ya juzgados. El suministro de un sedante es un hecho desacostumbrado, excesivamente peculiar u original, que válidamente puede ser cotejado con hechos similares.

Por lo expuesto, los argumentos esgrimidos por la defensa no logran conmover los fundamentos del fallo condenatorio, por lo que propicio el rechazo del recurso de casación deducido.

VII) Al efectuar la revisión integral de la sentencia, establecida por el artículo 179, inc. 2º de la Constitución Provincial, advierto que al momento de la cuantificación de la pena las magistradas coincidieron con la propuesta fiscal e impusieron una condena única de 22 años de prisión, compresiva de la aplicada por ese mismo Tribunal en la causa N°63 - F°68 - Año 2004, sin determinar de qué manera habían compuesto esa sanción unificada.

Al no identificar la sanción unitaria aplicable al caso y la totalidad de la pena que el acusado ya cumplía, los sentenciantes infringieron las formas esenciales que requiere un acto jurisdiccional, como lo es la unificación de pena, vulnerando el derecho de defensa en juicio del imputado.

Es un deber de los magistrados evidenciar y motivar debidamente la sentencia en punto a la unificación de pena, en un todo de acuerdo con el artículo 58 del Código Penal. Pero, en este punto, falta fundamento en el fallo. Por ello, propicio la nulidad de la sentencia y el reenvío de la causa, para que se dicte un nuevo pronunciamiento motivado a este respecto.

VIII) Al analizar el fallo, noto que la sentencia sólo ha sido suscripta por la doctora Cristina Isabel Jones, con fundamento en que la doctora Teresa González Landa de Caveri estaba de licencia por enfermedad y el doctor Jorge Eyo omitió pronunciarse en uso de la facultad que prevé el art.

357, 2da. parte del Código Procesal Penal, justificando el tribunal tal omisión en lo normado por el art. 358 in fine del mismo ordenamiento ritual (conf. punto 4º de la parte dispositiva).

Tal como me pronunciara en autos “M., G. I. s/ Atentado agravado contra la autoridad por poner mano sobre ella en Concurso Ideal con Lesiones leves – P., O. s/ daño agravado en c. real con atentado agravado contra la autoridad por poner mano sobre ella en c. ideal con daño Esquel” (STJ N° 36 del 11/09/06) y otros, la sentencia firmada por un solo magistrado –la doctora Jones– infringió lo normado por el artículo 358 del Código Procesal Penal, pues en nuestro ordenamiento adjetivo la regla es que las sentencias de los tribunales colegiados deben ser dictadas y firmadas por todos los jueces intervinientes.

La excepción se produce en los supuestos de licencia u otro impedimento análogo, donde las decisiones pueden ser firmadas por los restantes miembros que constituyan la mayoría absoluta del cuerpo, pero nunca podrán ser suscriptas por un solo magistrado sin que ello pueda considerarse un vicio intrínsecos del fallo que ataca la validez del acto.

En esos casos, el Superior Tribunal de Justicia debería declarar la nulidad del fallo de la Cámara que no reúne las formalidades sustanciales para ser considerado como acto jurisdiccional válido, aunque no haya sido objeto de agravio por el recurrente. Y es, en definitiva, lo que postularía (artículos 108, 358 y 363, inciso 5º del Código Procesal Penal), si esta Sala Penal, por mayoría, no hubiera sentado el criterio contrario, en el pronunciamiento recaído en la causa “H., M. A., A. I. s/ Homicidio Simple en calidad de coautores” (Expediente 20.710 – 256 – 2006 – Sentencia N° 52 de fecha 05/06/07).

IX) Por todo lo expuesto, propongo rechazar el recurso de casación deducido y declarar la nulidad parcial de la sentencia por la falta de fundamentación y determinación en la composición de la pena única de 22 años impuesta al acusado.

X) Regulo los honorarios de los profesionales intervinientes, en la suma de PESOS TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO ($375), más IVA, si correspondiere (artículos 6, 10, 14, 45 y concordantes del Dto. Ley 2200, T.O. 4335; artículo 59 de la Ley 4920, Dto. 1303, BO. 24/10/02).-

Así voto.

El Juez Cortelezzi dijo:

Las circunstancias fácticas y los motivos del recurso han sido lo suficientemente detallados en el voto precedente, por lo cual a ellos me remito para evitar reiteraciones innecesarias. En cuanto a la solución del caso, no habré de coincidir con la propuesta del juez Panizzi.

En primer término me expediré acerca de los requisitos que debe contener la sentencia, comenzando por el artículo 357, que determina que los votos que emitirán los jueces serán individuales y motivados.

De esta manera, se advierte que la jueza que lidera el acuerdo ha formulado su exposición sin explicar los motivos que la condujeron a sostener la inexistencia de consentimiento por parte de la víctima, circunstancia fundamental para la acreditación del tipo.

Expone la doctora Caveri al expedirse sobre el tema: ´...En cuanto a la voluntariedad o no de la víctima con la presunta o probable ingesta de medicamentos forman un modus operandi del indicado que se concatena con los efectos secuestrados y que dan pauta, que si bien no pueden ser tomados como declaración de autoría, muestran un modus operandi con los referentes anteriores... Las distintas psicólogas intervinientes, no hechas comparecer por los mismos organismos dan cuenta de que la joven presenta angustia, llanto, mutismo, siempre que se trata de abordar el hecho en juzgamiento, cosa que no ocurre con otras relaciones de su vida afectiva que no tuvieran relación con lo acontecido...´ -del voto de la doctora Caveri, fs. 334 vta. y 335-.

Se desprende de la lectura de este voto que la camarista se limita a la enunciación de afirmaciones meramente dogmáticas, sin explicar concretamente las pruebas que le permiten confirmar la inexistencia de voluntariedad. Esta situación nos impide considerar a esta voto como válido, por carecer de argumentos, y así, concluir que no existió mayoría en el tratamiento de las cuestiones.

Como dato curioso, mas allá de la flagrante violación al principio del derecho penal de acto, y con la sola finalidad de demostrar la inutilidad del antecedente condenatorio de la misma Cámara invocado en la sentencia –como indicio de personalidad-, debe tenerse en cuenta la inexplicable contradicción en la que incurre aquella víctima cuando en su primer declaración da cuenta de la violencia física, que logra doblegar su voluntad, y la ofrecida ante el Tribunal cuando sostiene la ingesta de una infusión que bloqueó su conciencia.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, considero oportuno volver a aclarar, como en otras oportunidades lo hice, que la competencia de esta instancia se limita a controlar o revisar la sentencia únicamente.

Así, este Tribunal no puede sustituir con otros mejores argumentos a los insuficientes utilizados en la sentencia con la finalidad de confirmar la condena, si, en cambio, si se trata de absolver al imputado a partir de la prueba adquirida en la audiencia.

Explico el motivo de la aclaración.

La jueza del segundo voto, que a mi juicio es el único formalmente válido en la sentencia, sostiene que la única prueba del abuso es la declaración testimonial de la víctima, la paternidad acreditada por la pericia de ADN y las secuelas psíquicas que mencionan los informes psicológicos. Asimismo, menciona como indicio de personalidad las dos condenas anteriores.

Los argumentos expuestos no logran convencerme. El acceso carnal, más allá del silencio del acusado, no está cuestionado en la sentencia, máxime cuando existe una prueba tan contundente

como la pericia genética practicada. La cuestión radica en determinar si la víctima consintió o no el acto sexual.

Para ello, se tuvo en cuenta la denuncia que la menor hizo en la comisaría, toda vez que fue la única vez que pudo relatar lo acontecido. En dicha ocasión dijo: ´... Que no recuerda bien pero creo que ya habían pasado tres semanas de trabajar y un día cuando la señora se fue de la casa a la escuela porque estudiaba computación como a las siete de la tarde, yo le manifesté que me dolía la cabeza, y él me ofreció un geniol, el cual tomé, y al poco rato me quedé dormida, no sabiendo mas nada. Que al otro día me desperté recién a las doce, cosa que yo siempre lo hacía a las ocho de la mañana.- y me sentía rara, no podía tomar nada, y transpiraba mucho...´ - v.declaración de fs. 1/vta.

El resultado del allanamiento practicado en el domicilio del imputado ha sido considerado relevante para los sentenciantes, ya que se secuestró, entre otra medicación, la droga denominada “Clorpromacina”.

Por último, si bien no fue analizada por los camaristas, se encuentra agregada en autos la pericia ordenada para establecer fehacientemente el efecto del medicamento, si el mismo tiene entidad suficiente como para alterar la conciencia y, si en esas condiciones resulta factible la comisión del acto sexual sin posibilidad de resistencia, el informe sostiene: “...De la lectura de la bibliografía se desprende que esta droga CLORPROMACINA, no produce sueño. ...Cabe aclarar que esta droga CLORPROMACINA si produce una disminución de actividad motora espontánea... cabe aclarar que la persona está conciente de lo que ocurre a su alrededor pero se encuentra con un enlentecimiento de sus respuestas a los estímulos... esta droga puede producir efectos adversos tales como: Sincope (desmayo, pérdida de conciencia transitoria y breve); sedación (disminución de la actividad motora espontánea)...” –v.fs. 251/2-.

En cuanto al estado en la que se encontraba la menor víctima al momento del hecho, únicamente contamos con sus dichos, ya que teniendo en cuenta que la denuncia se efectúa tres meses después, ningún vestigio pudo haber quedado de la ingesta en su organismo.

Refiriéndonos a la calificación jurídica, cabe aclarar que la violencia requerida por el tipo del artículo 119 comprende aquellos casos en los que el autor haya puesto a la víctima en estado de inconsciencia, por el uso de medios narcóticos por ejemplo –C.P., art.78).

De esta manera nos encontramos ante la primera hipótesis analizada en la norma en estudio, y para la configuración del tipo se debe acreditar que el imputado haya hecho ingerir a la víctima la droga en cuestión con el fin de disminuir o anular la resistencia que ésta pudiera oponer.

Y es aquí donde encuentro debilidad en la fundamentación del fallo, ya que todo el proceso se construye de esta única declaración que S. hiciera ante los funcionarios policiales.

Que en la oportunidad de ser citada por el Ministerio Público Fiscal –un año y medio después de la denuncia-, se sumerge en un estado emocional que no le permite emitir una palabra de lo acontecido, ni siquiera se logra que ratifique la denuncia. Por este motivo se suspende la audiencia para retomarse en otra instancia y de ser posible se sugiere Cámara Gesel.

Que este estado se mantiene hasta el día del juicio –v.acta de fs. 322 vta., más de tres años del hecho-, cuando la Licenciada P. describe a la víctima muy conmocionada e inhibida, y que mantenía su postura de no declarar. Que a raíz de ello el fiscal desiste de la declaración de la menor, no oponiéndose la defensa, aceptando la incorporación por lectura del acta de fs. 1/vta y 141.

En síntesis, hay aspectos relevantes en este proceso que no han logrado alcanzar la certeza que se requiere en esta etapa del juicio, así: no se acreditó fehacientemente el estado de inconsciencia de la víctima; los efectos que le pudieran haber provocado la toma del medicamento, la cantidad de pastillas que ingirió, qué droga se le suministró; la hora en que lo hizo, cuándo le provocó los primeros efectos; si disminuyó o anuló su resistencia, etc.

Muchas de estas dudas seguramente se hubieran aclarado si la víctima prestaba declaración testimonial, cuestión a la que no se le dio demasiada importancia en el proceso, no recabándose los medios necesarios para preparar psicológicamente a la damnificada para relatar ante el Fiscal primero, y el Tribunal, la situación que inició la presente causa.

Siendo ello así y, más allá de la declaración de nulidad parcial propuesta por el juez Panizzi, y la propia que se deriva de la existencia de sólo un voto fundamentado (C.P., art. 169 y C.P.P., art.107), y conforme el precedente sentado en autos “M., H. F. s/ desbaratamiento de derechos acordados” (expediente 20.372-M-2006), al advertirse la existencia de otro motivo que constituye una cuestión esencial, y la omisión de su tratamiento por el atajo de una vía formal como lo es la nulidad, significaría negar al imputado el derecho a ser juzgado en forma íntegra, voto por la nulidad –total- de la sentencia y, asumiendo competencia positiva, absolver a R. A. R. del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente, debiéndose disponer la libertad del nombrado en la presente causa, manteniéndose la detención dispuesta en la causa nro. 63-fo.68, año 2004, de la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Esquel.

En cuanto a la regulación de honorarios, coincido con la propuesta dada por el juez Panizzi en este sentido.

El Juez Jorge Pfleger dijo:

I. Creo que mis distinguidos colegas de Sala han realizado, cada cual a su turno, una exhaustiva descripción de los problemas que constituyen el núcleo del recurso que es objeto de tratamiento en la instancia; me libera de repetir y al contrario me impulsa a ir derechamente al grano.

Pero antes una previsión, que a esta altura tiene ribetes de retintín. La pena impuesta al condenado habilita el procedimiento de consulta conforme el art. 179 punto 2. de la Constitución Provincial y 391 del C.P.P, Ley 3155 y sobre este particular sigo sin encontrar razón alguna que me haga cejar en la porfía que lleva a predicar que es el Superior Tribunal en pleno quien debe entender en supuestos como el traído.

Así me expedí en autos “L. E. F. y otros s/ homicidio calificado por alevosía” e iguales de reciente data y así prosigo ahora, remitiendo por razones de brevedad a los argumentos entonces desarrollados en aras de evitar fatiga a los destinatarios de la sentencia.

Este parecer no ha sido aceptado por el Tribunal y es por esa razón que debo necesariamente emitir sufragio aún los reparos mentados.

II. Llamado a dirimir la disidencia, y sin perjuicio del respeto que merecen las consideraciones expuestas en el primer voto, el criterio que he de verter dará razón a la postura del Ministro Cortelezzi, con cuya opinión coincido en un todo.

Cierto es que poco puedo añadir a los conceptos que abastecieran la prolija relación que antecede, pero intentaré esbozar la justificación de mi propio anuncio.

Creo que la sentencia de la “a quo” padece de un vicio que la invalida como acto jurisdiccional: la prueba ha sido valorada arbitrariamente y por consecuencia la declaración de verdad legal fuente de la condena carece de sustancia.

He dicho, otrora, que el problema de la verdad es crucial en el proceso penal; aunque nada he descubierto con ello, solo abierto los ojos.

Ya lo dice claramente Winfried Hassemer en su “Crítica al derecho penal de hoy” (Ed. Ad- hoc) cuando, página 84, se expide en los términos que siguen: “...El objetivo de averiguar la verdad acerca del hecho imputado es uno de los principios básicos de todo derecho procesal penal en un Estado de derecho. En cualquier caso una condena debe poder referirse a una base fáctica

indubitable. Así como la justicia constituye el “ethos” de la aplicación de las normas, la verdad constituye el “ethos” del esclarecimiento de los hechos...”.

Esta cuestión se vincula, de manera inescindible, con los conceptos de certeza, como estado de conciencia del Juez; y de sana crítica, como método de interpretación de la prueba, capaz de generar o no aquella certeza.

En varias oportunidades me he ocupado del tema y definido, a la certeza, como el “estar en lo cierto” acerca de lo que se predica sobre algo que es objeto de análisis; en el proceso penal la existencia de un hecho delictual y la culpabilidad del imputado.

Y he señalado también que ese estar en lo cierto es nada menos que estar en posesión de la verdad; verdad que es tan difícil asequir en el juicio penal en cuyo decurso se intenta la reconstrucción ideológica de un hecho presentado por el Ministerio Fiscal como plataforma o campo de discusión y que –insisto- los jueces sólo podrán configurar en su mente, debiendo dar razones fundadas al momento de pronunciarse positiva o negativamente.

Esto significa que no es tarea de los jueces investigar la correspondencia entre la cosa (lo acontecido) y la idea que tenemos acerca de ella, o, acaso, la adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que el objeto es en realidad (en mi copiado latín “adequatio rei et intelectos”), sino llegar a un criterio o nivel de verdad luego de un trabajo paciente, sistemático y honesto, mediante la aplicación de la sana crítica, método que importa echar mano de las reglas del recto pensar basadas en la lógica, la psicología y la experiencia, a cuyo través las consecuencias se derivan de sus causas conforme el observador imparcial.

III. Esta panoplia dogmática es el tamiz que no supera la sentencia venida.

Es correcto el predicado que declara la existencia de intercurso sexual entre el imputado y la denunciante.

El examen de ADN que atribuye la paternidad de la hija de G. A. S. al atribuido(ver conclusión de fs. 125/129) resulta, como bien lo afirmó el Ministro pre-opinante, una evidencia irrefutable.

Empero, me pregunto, ¿esta circunstancia de por sí habilita a tener por acreditado en los términos exigidos otros extremos cuya existencia nutren a la figura penal de la condena”.

La respuesta es para mí negativa.

Una valla difícil de superar es la imposibilidad de lograr un relato de los hechos por vía de la denunciante.

Su relato es objetivamente lábil en el principio (fs. 1/2) y la testimonial de fs. 141 disonante con aquella primera aproximación.

¿Pudo haber sido narcotizada y por ello la ausencia de evocación clara”; ¿pudieron los traumas de una maternidad no deseada alterar de tal modo su psiquismo impidiéndole de verbalizar los recuerdos sobre el hecho pasado”.

En punto a lo primero es válido pensar en términos de probabilidad. De hecho existían en la casa del R. grageas con poder sedativo, aún cuando la lectura del prospecto de fs. 267/ 277 no le atribuye las propiedades de un somnífero (no es lo mismo “...sedación o somnolencia...indiferencia afectiva, reacciones de ansiedad, variación del estado tímico...”, que inducción del sueño).

¿Esa probabilidad excluye otras posibilidades y se alza más allá de cualquier duda razonable”.

Me atrevo a disentir con la honorable Juez Jones que, con seguridad, me aplicaría el sayo con el que pretendió autorizar su ponencia: ciego ante lo evidente.

Pero desde la más acabada honestidad intelectual indico que jamás podrá saberse si la hipótesis recogida en la sentencia se produjo.

No existe dato ninguno que abroche el relato –en términos requeridos por el proceso penal- de que la niña fue inducida a la inconciencia a través del suministro de una gragea de aquellos psicofármacos secuestrados en la casa de R..

M. R. habló en principio de “Geniol” que dijo haber recibido cuando, supuestamente, yació con R. en contra de su voluntad. Así identificó lo que tomó de manos del incuso cuando se quejó de un dolor de cabeza.

De Perogrullo resulta el conocimiento de la identidad de un “Geniol”, medicamento de color, textura y sabor inconfundible.

¿Ocurrió el intercambio allí, ese día u otro”.

Nada podrá saberse por la imposibilidad de quebrar el mutismo de la señorita y por el tiempo sucedido desde aquél primer instante y el momento de la denuncia.

Tampoco es factible conocer si hubo fuerza física o psíquica en algún punto, o aún consentimiento.

Esto último puede parecer un pensamiento cruel, al profano; pero jamás al Juez cuando se trata de revisar un argumento de justificación de una condena.

En síntesis, todo es posible y, por ende, es inasequible la existencia de una probabilidad prevaleciente que alcance para postular certeza; o al menos el discurso de la “ a quo” no ha resultado capaz de arribar a ese estadio.

La segunda interrogación merece idéntica respuesta.

Creo que la Fiscalía debió acudir a procedimientos más eficaces para formar convicción que apelar a los informes emitidos por quienes brindaran atención. Una atención incompleta, por otro lado, por propia decisión de la afectada.

Una cuestión es la tarea pericial, basada en un protocolo preciso que ayuda al Juez a formar criterio y otra diferente la conclusión a que arriba el profesional terapeuta.

Ambos tienen ámbitos de incumbencia diferente y si bien es cierto que, en casos, la percepción, diagnóstico y pronóstico del tratante resulta valiosa -de hecho no existe traba para su adquisición en el proceso, dada la libertad que consagra el ritual- no menos cierto es que, siempre en términos de valor, habrá de ser ponderada en un contexto en el que no se encuentre huérfana de otras evidencias.

De este modo -otra vez- se ve privado el intelecto de conocer sin hesitación alguna la razón del mutismo que puede obedecer a múltiples causas, vinculadas siempre al hecho de haber mantenido sexo con el imputado y de parir un niño de su progenie.

Merece también reparo el tratamiento de los indicios de personalidad formulados en la sentencia.

Coincido con el doctor Panizzi en la posibilidad de erguir, como prueba de cargo, a los indicios de personalidad. Más aún cuando estos se basan –o pretenden apuntalarse- en una sentencia.

Pero como buen hecho indicativo, deberá necesariamente confluir con otros para servir de base a la construcción de una tesis imputativa, lo que no sucede en el litigio.

Es más. Se podrían formular operaciones intelectuales de cargo que dieran como resultado, aquí, sobre la vinculación de R. con hechos de abuso sexual forzado a mujeres menores de edad. Y ensamblar ese dato con otros que lo refuercen; pero no los hay.

Y aún se halla la razón privada de argumento cuando se nota, sin mayor esfuerzo, que la sentencia ha equivocado la apreciación de aquella recaída ante los Tribunales de Viedma, pues si bien aquellos Jueces determinaron la existencia de una pluralidad de delitos simétricos a los que aquí se ventilan, no describieron que la conducta vulnerante de la sexualidad de las víctima tuviera como patrón el narcotizarlas para violarlas.

En suma, añado estos argumentos a mi coincidencia con el Ministro Cortelezzi y voto por la admisión del remedio casatorio y en ejercicio de la competencia positiva prohijo la solución que el preopinante ha dado; igual digo respecto de los honorarios.

Así me expido y voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- S E N T E N C I A ----------

1º) Declarar procedente el recurso de casación deducido a fs. 341/350 por la defensa del acusado, a cargo del doctor Javier Ángel Allende, sin costas (artículo 24, inciso 2°, 485 y siguientes del Código Procesal Penal).

2º) Declarar la nulidad de la sentencia, protocolizada bajo el N° 116 – F°859/69 – T° II – Año 2006, cosida a fs. 329/339 y asumiendo competencia positiva, absolver a R. A. R. del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente (artículo 119, párrafo 1°, 3° y 4° inciso f) del Código Penal) disponiéndose su inmediata libertad en la presente causa, sin perjuicio de mantenerse la detención dispuesta en la causa N° 63 – F° 68 - Año 2004 CCCE.

3°)Regular los honorarios de los profesionales intervinientes, en la suma de PESOS TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO ($375), más IVA, si correspondiere (artículos 6, 10, 14, 45 y concordantes del Dto. Ley 2200, T.O. 4335; artículo 59 de la Ley 4920, Dto. 1303, BO. 24/10/02).

4°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo: Dres. CORTELEZZI, PFLEGER Y PANIZZI.

Rawson, de de 2007.

Rivadavia y Jones S/N | Rawson (9103) | Tel/Fax (02965) 482333 | sij@juschubut.gov.ar

NOTA n° /07 S.I.J.