En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 03 días del mes de diciembre del año 2007, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia bajo la presidencia del señor ministro Juan Pedro Cortelezzi; integrada con los señores Ministros Jorge Pfleger y Alejandro Javier Panizzi, para dictar sentencia en "L. , D. E. s/Abuso sexual por acceso carnal" (Expte. 20.878-Folio 289-L-2007).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 358: Pfleger, Cortelezzi y Panizzi.

El Juez Jorge Pfleger dijo:

I. Ha venido a consideración de esta Sala la sentencia emitida por la Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Comodoro Rivadavia que el día 27 de diciembre de 2006 condenó a D. E. L. a la pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual mediante amenaza con acceso carnal (arts. 119, 1º, 3º párrafos del C.P.), por el hecho ocurrido en la ciudad de Sarmiento, el día 21 de abril de 2005, en perjuicio de L. R. M. .

El hecho reprochado fue el siguiente: "... el día 21 de abril del año 2005, aproximadamente a las 4:30 hs., en momentos en que L. R. M. luego de trabajar en el local comercial "L. T. ..", ubicado en calle E. y * de j., salió junto a D. L. , alias "E. C.", y su compañera de trabajo P. M. , en el vehículo Toyota del imputado y se dirigen al local Milenium, quedándose allí hasta aproximadamente las 05:30 hs. o 06:00 hs. de dicho local, se retiran L. junto con la víctima a tomar algo en el domicilio de éste, sito en calle P. nº *** de esta ciudad de Sarmiento. Al ingresar a la vivienda se dirigen hacia la habitación del encartado a tomar una cerveza, transcurrido media hora aproximadamente la Sra. M. se quiere retirar del domicilio y "e. C." le impide salir, tomando un cuchillo que estaba en la mesa de luz y con el mismo, el imputado le propina un golpe en la cabeza y la arroja sobre la cama. En todo momento L. mantiene el cuchillo en su mano e intimidando y amenazando a la víctima, la obliga a desvestirse, para proceder a accederla carnalmente, pese a la negativa de L. M. . En dos oportunidades el encartado somete a la denunciante, en la primera utiliza preservativo, eyaculando e inmediatamente después la accede carnalmente sin preservativo pero esta vez no eyaculó. En ningún momento la víctima prestó su consentimiento más obedeció a su exigencia, atento a que se encontraba amenazada con el cuchillo de grandes dimensiones que portaba el imputado (con el que la había golpeado), diciéndole que si no la accedía la iba a cortar. Luego de esto el encartado le ordenó a la víctima que se vista y que se vayan (sic) abriéndole la puerta de la casa, retirándose ésta de allí hacia su residencia para luego ir a la comisaría a denunciar los hechos..."

II. A fs. 287/313 luce recurso de casación presentado por el abogado defensor del imputado, doctor D. C. P. , donde citó como motivo justificante de la impugnacion, la causal prevista en el artículo 415 inciso 2do. del Código Procesal Penal-Ley 3155- denunciando vicios en las reglas del acuerdo legal, falta de mayoría sobre la primera cuestión a resolver y falta de fundamentación debido a que los jueces habían transgredido las reglas de la sana crítica emitiendo conclusiones insostenibles que hacían nula a la pieza procesal aludida.

En el punto titulado: IV. CRITICA DEL FALLO, denunció las falencias que tenía, en su opinión, el primer voto. Consideró, en ese sentido, que era una mera enunciación de las versiones contrapuestas del imputado y la denunciante, de algunos testimonios, y demás elementos de prueba pero que carecía de una explicación racional y lógica sobre la derivación de sus conclusiones.

Afirmó, sobre los mismos, que la Jueza valoró situaciones en forma errónea como por ejemplo la existencia del mentado cuchillo que L. tenía encima de la mesa de luz, y la existencia o no de una visita previa a la casa del imputado por parte de la víctima.

Puso de relieve que se dio por sentado que el imputado actuó potenciado por el alcohol o la droga sin que hubiera ninguna constancia en la causa que lo acredite.

Hizo hincapié en que la doctora Pettinari trató solo temas superficiales pero nunca abordó temas esenciales relacionados con la figura penal seleccionada.

Manifestó que la autora del primer voto concluyó en el ámbito de la culpabilidad pero sin abordar antes el delito en su iter críminis desde los hechos.

Por esa razón consideró que la sentencia adolecía de falta de tratamiento de la primera cuestión relacionada con la existencia del hecho y la participación que le cupo al encartado en autos.

Sostuvo que esa circunstancia dejó inexistente el primer voto lo que, amalgamado con el derecho de no votar del que hizo uso el Juez Montenovo, a quien correspondía pronunciarse en tercer lugar, trocó a la sentencia en nula por ausencia de una mayoría legal.

Refiriéndose al voto del Juez Pintos admitió que si bien realizó un análisis un poco más profundo del tema, de todas maneras incurrió en el mismo error que su par.

Señaló como errores:

a) la remisión a conceptos idénticos de la Jueza Pettinari como por ejemplo la referencia al testigo M..
b) la presencia de contradicciones ya que, a su juicio, no hubo pacto sexual pero pudo haber pacto fuera del trabajo.
c) el desconocimiento del principio de inocencia y de la parte (órgano de la acusación) sobre el que recae la carga de la prueba.
d) el abordaje, en su análisis, de temás menores, sin que ingresara en el ámbito de la materialidad de los hechos que la norma legal requiere para su construcción.
Llamó la atención respecto de las pruebas valoradas por el Tribunal de Mérito, en especial en el hecho de que, cuando se tenía que dirimir la verdad en las versiones enfrentadas de la víctima y el imputado, sobre si hubo un abuso sexual o una relación consensuada, relativizaron la declaración del único testigo del caso que fue M. , que al momento del hecho dormía pared de por medio de la habitación donde se encontraban aquellos. El mismo que dijo haber escuchado claramente a la víctima manifestar: "...dame, dame más. No seas boludo..." versión que coincide con la de L. . Testigo que fue cuestionado por el Tribunal por entender que lo quiso favorecer al prevenido.
Valiéndose de un pormenorizado relato arengó sobre su convicción de que la sentencia en crisis era a todas luces inmotivada, y que los argumentos enumerados por los jueces de la "a-quo" para esos efectos respondieron solo a temas particulares justipreciados a través de un tamiz personal, pero nunca abordando temas centrales a la hora de resolver por ejemplo: porqué consideraron que existió un hecho delictuoso, donde apoyaron su certeza de que L. actuó sin el consentimiento de la víctima, y mediante amenazas.
Citó nutrida doctrina y jurisprudencia, hizo reserva del caso federal y culminó peticionando que este Cuerpo anulara el decisorio impugnado y absolviera a su defendido.

III. Sentado lo que es el meollo de la discusión, echaré dos palabras sobre algunos puntos que estimo válidos a la solución.

En primer término reiteraré que el examen que se hará de la sentencia será amplio, aún cuando atenido al contorno de los agravios.

Lo será a tono con los precedentes a cuyo través la Corte Suprema de Justicia de la Nación consagró la teoría del "máximo rendimiento" o de "máxima capacidad de rendimiento" en la revisión impulsada por la defensa, traducida en que el Tribunal posee respecto de los hechos sometidos a su control las más amplias facultades con el solo límite de lo que es propio de la inmediación y, naturalmente, del marco dado por el recurso. (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N, 8.2. h. de la CADH y 14. 5 del PIDCP, casos "Casal", "Martínez Areco" entre otros).

En segundo término, y en atención a que el agraviado ha sometido a escrutinio cuestiones que envuelven la apreciación de la prueba y la manera de formular el discurso de justificación de una condena, me remitiré a lo que profusamente he tratado en causas en que se plantean similares problemas en los que orbita los tópicos de la verdad, la certeza y la sana crítica, y, por añadidura, la arbitrariedad por ausencia de motivación.

Esta remisión implica ratificar cada uno de aquellos conceptos y dejar sentada la idea de que la tarea del Juez implica la reconstrucción histórica de un hecho y que sólo puede materializar mediante el ejercicio de la razón crítica, apreciando el todo que las partes le presentan con agudeza, con método, con honestidad intelectual.

Solo así estará "en lo cierto", en la creencia, mas allá de toda duda de poseer la verdad que es aquello "...que la razón reconoce exactamente...un juicio abstracto con razón suficiente...".
Por eso es correcto el proceder de los sentenciantes si, en la decisión han predicado certeza luego de un proceso de evaluación de la evidencia realizado con apego a las reglas de la sana crítica, fundando debidamente el relato que traduce la opinión.

IV. Bajo estos parámetros, penetraré en el examen del caso y, al respecto, anunciaré mi coincidencia con el planteo del recurrente pues el fallo está insuficientemente motivado.

Veamos.

Luego de una cuidadosa lectura del primer voto diré que no encuentro en él ningún elemento que justifique la conclusión condenatoria del dispositivo de la sentencia. Es más, y no me place consignarlo, cuadra al concepto de sentencia arbitraria que he venido elaborando a lo largo de mi Magistratura.

En efecto, la Magistrado del primer voto, realizó una desmesurada enumeración de los elementos de pruebas, con una innecesaria trascripción exacta de su contenido en algunos casos (vgr. la orden de allanamiento) y puede suponerse que de ello se gestó su convicción.

Pasó revista a una parte del requerimiento fiscal, de las actas que contenían la declaración del imputado, de la declaración de la damnificada L. R. M. , del certificado médico otorgado por el Médico Policial doctor S. G. sobre examen realizado a la víctima, del allanamiento y secuestro Nro. 32/05, del informe del Centro Nacional Patagónico, de los testimonios de P. G. M. , de N. B.

L. , de D. A. M , de H. A. B. , de M I. A. , e hizo mención de los testigos que, en su opinión, nada aportaron a la investigación.

Ahora bien, y como ya dije, como epílogo de las nutridas fojas que ocuparon esas transcripciones, en pocos renglones indicó qué versión le resultaba creíble y cuál debía descartarse por mendaz, sin brindar una explicación sobre los procesos lógicos que la habían conducido a las aseveraciones conclusivas.

En forma confusa (debo decirlo) la Juez, sin enunciar previamente lo que entendía que se encontraba probado, comenzó expresando: "...En primer término el hecho de salir del boliche "Mane" la joven M. con el encartado para ir hasta la casa de este, no significa a rajatabla la existencia de "un pacto sexual" entre los dos para llevar a cabo una relación sexual "tarifada" ya en el lugar de trabajo "T..."..." (sic)

Esta expresión, que no es la premisa de un silogismo, sino una afirmación sobre un pasaje previo del itinerario de los protagonistas, enmarca la enunciación de una certeza cual es que: el hecho de que la víctima salió del boliche con el encartado para ir a la casa de éste no es prueba de que existió un pacto sexual". Esto es cierto, pero claro, la Jueza omitió decir que, con la misma fuerza, lo citado tampoco prueba que no existió un pacto sexual.

Sin embargo, la ambigüedad que hubiese generado un juicio completo, esto es: que no es prueba ni de una cosa ni de la otra - lo que apoyaría un estado espiritual de duda- la que decidió lo hizo jugar no a favor sino en contra del acusado y lo ponderó como indicio en su perjuicio al declarar que no hubo pacto sexual y por ende que la relación fue forzada.

Si el principio de razón suficiente es que las consecuencias siguen a sus causas, no puede aceptarse que la causa "a priori" establecida por el discurso de la Magistrado derive necesariamente en la conclusión que se indicara.

Pero además si una cosa no puede ser a la vez A y B, principio de contradicción, la solución correcta del dilema es la que beneficia, no la que pueda cimentar un pensamiento de cargo.

Esta breve demostración de cómo se ha trasegado el sistema del correcto pensar se repite en todo el desarrollo del sufragio pervirtiéndolo.

Mas prosigo.

Sumando confusión a la línea de pensamiento que transitó en su lucubración pasó, la votante - sin solución de continuidad- a la ponderación de los dichos de la testigo M. sobre la costumbre que tienen las alternadoras de llevar o no preservativos cuando "salen" con un cliente, sin explicar que significación tenía para el caso o le había otorgado y porqué razón, realizó la cita de la mencionada testigo en la tarea de esclarecimiento de lo acontecido el día en cuestión.

Es como sí se hubiera insertado en un rompecabezas una pieza de igual estructura en el sitio incorrecto; o como una partitura con una nota disonante.

Pero hay más.

Otro sinsentido lo constituyó la ponderación y descalificación que realizó del testigo M. cuando, acerca de él, manifestó expresamente: "... Es más que evidente que este testigo ha querido mejorar la situación de L. pues también acotó que la misma ya había estado dos meses antes en la casa del imputado pero en esta ocasión con la música fuerte. Tal aseveración ha sido desmentida en forma tajante por la testigo M. como lo he trascripto, y por la propia víctima en su declaración que ha estado con el acusado sólo en el boliche..."

Del párrafo precedente se desprende sin esfuerzo que la sentenciante ha descartado el testimonio de M. porque a su parecer éste, en forma "evidente", quiso mejorar la situación procesal de L. .

Ahora bien, llega a esa convicción cuando, ante las versiones encontradas entre el victimario y la víctima sobre si esta había concurrido con anterioridad al suceso a la casa de L. , la testigo M. coincidió con su compañera.

Nos encontramos así ante una situación donde M. , que no vivía con L. , da fe de que nunca antes M. fue a la casa de aquel.

Obviamente le otorgó a la testigo en cuestión una dimensión de omnipresente que solo se puede adjetivar de un ser superior y, huelga decirlo, no es el caso de M. .

Pero tampoco he podido encontrar, de la lectura, que en algún punto la testigo hubiera expresado cuanto la jueza consignó como propio de la mujer.

Así, la razón que vertió para descalificar la versión de M. por interesada, se desvanece por absurda.

Siguiendo con el examen de los argumentos vertidos por la autora del primer voto para enervar a la defensa material, se destaca la valoración en torno del cuchillo, propiedad de L. que, según la damnificada, fue utilizado para someterla viciando su voluntad por el miedo a ser lastimada.

Sobre el punto expresó: "...No cabe duda alguna que el cuchillo de gran tamaño –unos 30 cms. de hoja- que L. tenía en su mesa de luz, describiéndolo el mismo como de mucho filo, y que utilizara contra la víctima después de la relación sexual que mantuviera, cuando ésta le reclamó el pago de más dinero tienen una explicación racional, ya que elegir el lugar (encima de la mesa de luz) para guardarlo de sus amigos porque en algún asado se lo puedan estropear, es pretender descartar que permanentemente comía asados y su poderoso filo se estaba mellando por tal motivo y ante la audiencia no compareció ningún comensal para dar testimonio de tamaña actitud, ni aún las palabras de M. teñidas de parcialidad diciendo que su patrón era cuidadoso de esta arma blanca que apreciaba y por eso la guardaba..."

En este caso, la Juez, comenzó admitiendo que la explicación que dio el imputado sobre el "porqué" tenía el cuchillo en la mesa de luz tenía racionalidad. Pero seguidamente, en el mismo párrafo, en forma otra vez confusa, embarullada, descalificó tal explicación porque, pese a reconocer que M. la apoyó con sus dichos, señaló que ningún comensal había comparecido para dar testimonio de que efectivamente L. comía asados; un razonamiento equivocado por inversión de la prueba en perjuicio del perseguido.

Comer asado, parte de la dieta normal de argentino medio no en un ágape extraño; en todo caso debió partir de esa premisa, avalada por un testigo, procurando la demostración de lo opuesto.

Luego, he de coincidir con el recurrente cuando afirmó que no quedó claro, en ningún caso de los citados, cual fue la razón que la llevó a la Juez a creerle a la víctima y a su compañera de trabajo y de pensión, P. G. M. , en perjuicio de las versiones brindadas por M. y L. .

Debo decir, en honor al lapso y distancia que me separa del juicio propiamente dicho, que tal vez existieron detalles que tallaron el ánimo de los sentenciantes hasta sumergirlos en la convicción de que, la que ostentaba la verdad, no era otra que la víctima, y que, el victimario, solo se apoyaba en una defensa elaborada con astucia y consideración de las circunstancias concomitantes, logrando apariencia de veracidad. Pero lo cierto es que esas razones no fueron incluidas en el texto de la motivación que es, en definitiva, el sustrato del control reclamado.

A lo dicho debo agregar que, a mi modo de ver, la versión del imputado se yergue con la misma importancia que lo hace la versión de la víctima, y la falta de prueba independiente, que incline la balanza sobre una u otra versión, no permite dirimir con un grado de certidumbre lo acontecido esa madrugada en la casa de L. .

V. Por lo expuesto, el primer voto no supera el nivel de validez aceptable y, sin mayoría, la sentencia debe ser anulada por defectuosa motivación (artículos 104 y 363 inciso 3ro. del Código Procesal Penal- Ley 3155).

Al respecto, y en vista de la raquítica prueba colectada en el proceso, ha menester echar mano de la casación positiva y absolver al imputado.

El análisis de la evidencia, maltratada ya, conduce siempre a hipótesis en las que prevalece la posición del hasta ahora condenado, cuestión crucial para la decisión que se estimula, y torna inútil la repetición del debate.

No obstante y habida cuenta de que subsisten las lesiones de carácter leve que sufriera la víctima en la cabeza a consecuencia de un planazo que le habría aplicado el incuso con el cuchillo arrimado a proceso, habré de propiciar la remisión de la causa para lo que corresponde.

VI. Por último, considero que deben regularse los honorarios profesionales del doctor C. P.en la suma de novecientos pesos ($ 900.-), no incluye I.V.A. (C.P.P., artículos 485, 486, 488 y concordantes-Ley 3155- y Ley 2.200, artículo 14).

Así me expido y 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, habré de coincidir con la propuesta del juez Pfleger.

De la lectura de la sentencia se desprende que la jueza Pettinari se limitó a transcribir la prueba rendida en el debate, pero no hizo valoración alguna de la misma, que explique y justifique su decisión.

Por otro lado, como bien indica el juez Pfleger, el voto no objeta lógicamente ninguna de las cuestiones planteadas por la defensa – en cuanto a la existencia de un pacto sexual convenido entre las partes; que era la segunda vez que la víctima concurría al domicilio del imputado; la declaración del testigo M.; etc.-.

Así, la jueza Pettinari decide creerle a la víctima, reconociendo que no hubo consentimiento de su parte y que fue obligada, mediante la utilización de un arma, a mantener relaciones sexuales con el imputado. Pero a la vez, mantiene incólume la versión del victimario, ya que para descartar la prueba de descargo utiliza juicios contradictorios y arbitrarios, apartándose groseramente del método de la sana crítica racional.

De esta manera el voto deviene inválido por carecer de la debida fundamentación, desapareciendo la mayoría que requiere el pronunciamiento.

Por todo ello voto por revocar la sentencia apelada, y, asumiendo competencia positiva, por los motivos indicados en el primer voto, absolver a D. E. L. del delito aquí investigado.

En cuanto alas lesiones leves acreditadas en la investigación, sufridas por la víctima por parte de L. , habrán de remitirse las actuaciones al tribunal competente a fin de proceder según corresponda.

Por último, vuelvo a coincidir con el juez preopinante en cuanto a la regulación de honorarios.

Así voto.-

El Juez Panizzi dijo:

Con los sufragios coincidentes de los doctores Jorge Pfleger y Juan Pedro Cortelezzi, existe mayoría de votos para conformar la voluntad del Superior Tribunal de Justicia; de modo que haré uso de la facultad que prevé el C.P.P., art. 357 -texto según ley 4550, art. 7.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente

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

1º) Declarar procedente la casacion interpuesta a fs. 287/313, sin costas.

2º) Declarar la nulidad de la sentencia protocolizada con el número 75/2006, de fs. 252/86 (artículos 104 y 363 inciso 3ro. del Código Procesal Penal- Ley 3155)

3°) Absolver a D. E. L. del delito de Abuso Sexual mediante amenaza con acceso carnal (art. 119, 1º y 3º párrafos del C.P.), por el hecho ocurrido en la ciudad de Sarmiento, el día 21 de abril de 2005, en perjuicio de L. R. M. .

4º) Regular los honorarios profesionales del doctor C. P. en la suma de novecientos pesos ($ 900.-), no incluye I.V.A.(Ley 2.200, artículo 14).

5º) Remitir la presente causa a la Cámara de origen para lo que corresponde.

6º) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: Dres. Cortelezzi, Pfleger y Panizzi.-