En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 28 días del mes de Junio del año dos mil diez, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Jorge Pfleger, Alejandro Panizzi y Fernando Salvador Luis Royer, presidida por el primero de los nombrados para dictar sentencia en la causa caratulada **"F., M. D. s/ Dcia. Corrupción de menores-Tw s/Impugnación""** (Expte. N° 21.690 - Folio 138.T.II – Letra "F" - Año 2009).

El orden para la emisión de los votos que resulto del sorteo es el siguiente: Pfleger, Panizzi y Royer.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Breve semblanza del caso y del recurso

a. Convoca a esta Sala la impugnación extraordinaria deducida por el Defensor Oficial, doctor Javier E. Reuter, en desmedro de la sentencia registrada bajo el número 5 del año 2009, emitida por la Cámara Penal de la ciudad de Trelew el 16 de Diciembre de 2009.

El órgano jurisdiccional referido decidió, a la sazón, aceptar parcialmente el recurso que motivó su atención y, consecuentemente, morigerar la pena impuesta por un Tribunal de Juicio a A. E. R. S., a quien se había encontrado autor material y criminalmente responsable en orden al delito de abuso sexual simple (art. 119, 1° párrafo, 44, 45 y 55 del C.P.)

La sentencia dejó sin efecto la sanción de seis años de prisión y la estableció en tres años y seis meses de prisión, con más las accesorias legales y costas (40, 41, 29 inc. 3° del Código Penal)

La Cámara Penal repelió, parcialmente según se ha visto, el argumento del abogado oficial encaminado a obtener la absolución de su pupilo, desarrollado en el escrito que está añadido entre las hojas 171 y 173.

Allí, y entre otras cosas, el Defensor denunció que había imposibilidad de establecer con certeza, en el tiempo, cuándo fueron las conductas imputadas; que se había roto el principio de congruencia y que la pena aplicada era excesiva. Subsidiariamente, ya en la petición, adujo que debían aplicarse los postulados de la Ley 22.278.

b.- En su escrito de impugnación (fojas 256/261 vta.) el letrado apelante atacó el contenido de la sentencia en crisis por entender que, en el presente caso, se debió aplicar el Decreto Ley 22.278 y su modificatorio, la Ley 22.803, pues, según su opinión, el condenado era un menor de edad al momento de los hechos fijados. En ese sentido, sostuvo que correspondía la declaración de autor responsable y la aplicación de medidas socioeducativas.

Tomando como base los argumentos vertidos en el voto disidente, y mechando párrafos del

sufragio en su discurso crítico, realizó una enumeración de los puntos que- en su opinión- tornaban incierta la ocurrencia temporal de los hechos endilgados y remarcó, en todo momento, que esa falta de certidumbre referida a las fechas que mostraba el voto de la mayoría, no podía servir de pábulo a una sentencia de condena.

Afirmó que no se probó en el juicio que la conducta reprochada haya tenido lugar después del día 1ro. de junio del año 2002, fecha en que el imputado cumplió 18 años de edad.

En ese camino, pasó revista de los testimonios que a su entender habían puesto en evidencia la minoridad de su pupilo al tiempo de los hechos ventilados.

Afirmó que la testigo M. J. sostuvo que los hechos ocurrieron "más o menos" tres años antes de la denuncia realizada el 28 de julio de 2006, lo que ubica la acción en el año 2003, fecha en que su hijo T. contaba con cinco o seis años de edad; pero que, sin embargo el niño, al prestar declaración en la cámara Gesell sostuvo que cuando ocurrieron los hechos él tenía cuatro años, circunstancia que ubicaría la conducta reprochada entre septiembre de 2001 y septiembre de 2002.

En apoyo de los dichos del menor víctima citó el testimonio de L. F. (madre de E. A.) quien afirmó que al momento de los abusos T. era chiquito, de aproximadamente 4 o 5 años de edad;

ubicando la concurrencia de los hechos en los años 2000 y 2001.

Criticó el fallo porque en él se descartó el planteo de la Defensa, confiriéndosele mayor credibilidad al dato temporal que brindaron los menores E. y L., pese a carecer de vinculación con circunstancia alguna.

Mediante la reiteración de párrafos del voto disidente, puso el acento en que las numerosas referencia temporales que sostuvieron tanto menores como adultos, en el caso, no solamente distaron de ser coincidentes sino que carecieron de anclaje en algún otro dato de la realidad, más allá de su mera afirmación, y que, si bien era cierto que no se podía exigir precisiones respecto de tan distantes sucesos, los yerros, omisiones o inexactitudes en las que incurrieron los testigos, no podían soslayarse sin más, pues se trato de un déficit probatorio que no debió interpretarse en perjuicio del acusado.

Fustigó los votos de los Jueces Martos y Portela por diferentes razones.

Acerca del primero expresó que la conclusión del Magistrado no era cierta "...porque del registro de audio surge otra cosa y es la manifestada por la doctora MÓNICA RODRÍGUEZ, estando las declaraciones de los menores y mayores llenas de contradicciones (eran muy chiquitos al momento de los hechos), no existiendo ninguna documental que avale los

dichos del señor Portela y contrario a lo que manifiesta de los propios dichos de los niños surge que el delito podría haberse ejecutado cuando mi asistido aún no contaba con 18 años de edad..."

Respecto del otro, expresó que "...de la simple lectura de sus argumentos podemos apreciar una falacia lógica que arruina todo el razonamiento...si se tiene en cuenta la fecha de la denuncia...es decir parte de la fecha de la denuncia para calcular la edad del imputado sin hacer un mínimo análisis de correlatos documentales o de las propias declaraciones de los menores quienes temporalmente nunca se refirieron a la fecha de la denuncia, por ello es al partir de una premisa falsa lógicamente se llegó a una conclusión falsa..." (textual del reverso de la hoja 260).

Al momento del petitorio reiteró su adhesión a los argumentos de la doctora RODRÍGUEZ y dijo que nada agregaría a los mismos por su claridad conceptual y luego de prohijar la aplicación de las formas para la sustanciación del recurso, impetró la adecuación del caso a los postulados del plexo legal que concierne a los menores desde lo que derivó en que debía absolverse a su asistido por haber sido sometido a un procedimiento diferente del que correspondía.

Hizo reserva del caso federal.

II. Algunas reflexiones pertinentes.

Tratándose éste, como se trata, de uno de los casos primeros en los que ha de considerarse impugnaciones venidas desde la defensa contra sentencias de condena ya revisadas, creo conveniente demarcar estrictamente los límites del recurso extraordinario estatuido en nuestro ordenamiento adjetivo.

Como ya lo he expresado, si bien la que aquí se estudia es el producto del avance cualitativo del proceso penal en la Provincia del Chubut que, a la vanguardia de la legislación en la materia, regula la impugnación ordinaria sobre la sentencia de condena de modo amplio (el doble conforme del art. 374 del C.P.P.), la intervención extraordinaria de la Sala no implica bajo ningún punto de vista una nueva instancia de revisión de igual tono, sino una vía no ordinaria escrupulosamente regulada.

Un repaso razonable de los presupuestos del art. 375 del adjetivo, norma del recurso, brinda una pista adecuada para desentrañar el correcto sendero que ha de transitarse.

Veamos.

Por un lado, el recurso extraordinario implica la posibilidad de ejercer control sobre el proceso que condujo a la emisión de la sentencia recurrida; única interpretación que autoriza el vocablo "... procedimiento defectuoso..." usado en la norma para catalogar

el presupuesto habilitante en ese sentido (inc. 1° del art. 375).

Luego, es la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, en la solución del caso concreto, lo que habilita al control del mismo modo (inc. 2°). Este dispositivo, a mi juicio, guarda relación con los preceptos que regulaban la casación tradicional en términos de derecho, empero basado en otros principios.

No es ya el control político de los Jueces, sino la razonable unificación interpretativa de las normas penales lo que inspira a esta norma que, a mi manera de ver, debe ser ponderada con estrictez y operada en la medida en que el Juez incurra en un error de derecho, que el apelante debe demostrar.

Por fin, quizás, la cuestión más álgida que se presenta, por la particular manera en que el tema de los hechos fue concebido en la actividad revisora extraordinaria, es el que concierne al evidente error en la fijación fáctica de la sentencia como causal de recurso extraordinario (inc. 3°).

Señalo sobre este particular que desde una perspectiva estrictamente semántica, lo evidente es aquello que es "... cierto, claro, patente y sin la menor duda..." (ver primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española).

Así entonces apunto a que para justificar la inspección sobre el proceso de determinación del

suceso fijado, el defecto ha de ser palmario y la denuncia traslucir esa condición de modo incuestionable.

Empero no dejo de pensar en cierta vaguedad o imprecisión en las palabras y, por ende, es menester hacer el intento de brindar cierto contenido al vocablo error que la norma procesal adjetiva de la manera vista a los fines de la impugnación.

En primer término –lo reitero- queda excluido un re-análisis de la prueba en si misma.

El valor convictivo dado a los medios que los Jueces revisaron queda incólume en la instancia.

Si así es, la manera adecuada de encarar la tarea es comprobar si, acaso, la sentencia recurrida cae dentro de la categoría de sentencia arbitraria o, de otro modo, si el comportamiento de los Jueces ha padecido arbitrariedad en la consideración de los juicios que otros emitieron.

Superada la etapa del "juicio al juicio", la labor queda estrechada a la manera en que los Magistrados de ese menester construyeron su pensamiento, y el único cartabón posible para medirlo es la prueba de "arbitrariedad".

Pero "arbitrariedad" no es un concepto pacífico, y no debemos olvidar que aquí se presenta calificada por lo evidente.

Vamos por parte.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha predicado que con la doctrina de la arbitrariedad se tiende a resguardar la defensa en juicio y el debido proceso exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa y esa situación se da, por caso, cuando las pruebas han sido consideradas en forma fragmentaria o aislada, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la verificación de los hechos conducentes para la solución del litigio, prescindiendo de una visión del conjunto y de la necesaria correlación de los testimonios entre sí y de estos con otros elementos indiciarios(Fallos 316:1717, 311:948).

Y entre otros: "... La arbitrariedad requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso, o una decisiva carencia de fundamentación ..." (Fallos , t. 311, Vol. 2, 1988,p. 3200, Sumario n° 269); "... La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir en tercera instancia sentencias equivocadas o que el apelante considere tales a raíz de su discrepancia con el alcance atribuido por el juzgador a principios y normas de derecho común o con la valoración de la prueba, sino que reviste carácter estrictamente excepcional ..."

(Ibíd.., p. 3201. sumario n° 277)

En la búsqueda de una definición doctrinaria se me ocurre prudente citar a Quiroga Lavie, Benedetti y Cenicacelaya quienes sostienen, básicamente, que "...son arbitrarias las sentencias que poseen omisiones de gravedad extrema..." y explican: "...Lo que se exige es que la sentencia recurrida prescinda inequívocamente de la solución prevista en la ley o adolezca de una manifiesta falta de fundamentación...".

Desde su perspectiva, los autores citados consideran que "...la arbitrariedad es el modo de manifestación de la voluntad del Juez no sujeto a formación alguna y que se ha apartado, desviado, negado o rechazado la normación vigente..." (ver "Derecho Constitucional Argentino- Segunda edición actualizada por Humberto Quiroga Lavie- T I, Ed. Rubinzal Culzoni página 697)

De modo entonces que esos defectos –evidentes, de nuevo- son los que han de explorarse a través del recurso extraordinario, lo que, en términos prácticos importa la observación del apego por las leyes y principios fundamentales de la lógica.

Coherencia y derivación; los principios de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente, han de ser cautelosamente puestos en picota, pues ellos previenen la

arbitrariedad, que es, como manifestación de un exceso de poder, lo que repugna a toda decisión estatal.

III. Breve tratamiento de la cuestión traída por la Defensa Técnica.

Sobre la base de las premisas sentadas en el punto II, y pese a los argumentos expuestos en la impugnación, debo decir que, para infortunio del recurrente, no se han expuesto en aquella elementos que justifiquen un nuevo examen.

En efecto, el esfuerzo del recurrente fue dirigido, sin lugar a dudas, a demostrar que había sido errónea la ponderación que el Tribunal de Mérito -en primer lugar- y la Cámara Penal -en segundo término- realizaron del cuerpo de pruebas.

Se pretende de esta Sala una nueva puesta en valor de los elementos llevados a juicio, sin haberse rebatido de modo prolijo los fundamentos en los que basaron sus conclusiones los jueces de la mayoría.

Si esa mayoría cohonestó con razonabilidad la conclusión de los Jueces del Juicio, aplicando las reglas que acabamos de enunciar, y la construcción dialéctica es consistente y explícita y no da lugar a equívocos, la solución es la correcta.

La mera insistente adhesión a la opinión de la minoría no alcanza para superar el estándar

que se ha expuesto supra, y por consiguiente el intento es vano.

Girar con pertinacia sobre una prueba no dirimente, cuya interpretación no altera la decisión ni la convierte en grotesca (el cálculo realizado para fijar el período de los hechos), teniendo en cuenta que fue obtenido a través del grado de convicción que surgió de los distintos testimonios colectados en el juicio, no es argumento válido para movilizar la inspección extraordinaria que, por lo que acabo de decir, debe ser desestimada.

Esto es así pues, la escasa crítica que sustentó el discurso del recurrente, fue orientada poner en el terreno de la duda la fecha cierta de los hechos endilgados, y la edad misma que tenía el imputado al tiempo en que fueron perpetrados aquellos.

Los elementos indicativos que forjaron la convicción de los jueces de la mayoría sobre ese aspecto, y así lo explicaron racionalmente, fueron obtenidos de los distintos medios de prueba entre los que se pueden computar no sólo la expresión de los menores sino también la versión de los peritos (particularmente el caso de T. E.) y los testigos convocados.

Es decir que el proceso intelectual fue forjado, en este punto que nos interesa, desde la mediatez propia de ese examen, y por esa razón conforma la materia que, como acabo de exponer,

escapa a las facultades instauradas por el ordenamento formal vigente, para la Instancia.

Reitero, el abogado de la defensa no ha hecho crítica sensata del fallo para demostrar la arbitrariedad o error evidente en la fijación de los eventos de los que derivó la condena. Su recurso es una mera exposición del voto de la minoría situación que, bajo ningún concepto, equivale a "crítica", elemento indispensable para conmover una decisión.

Pero aún así el fallo sale airoso una vez aplicado el cartabón cuya dimensión fue expuesta en los primeros párrafos de esta labor.

Por lo expuesto, estimo que deberá rechazarse la impugnación deducida, con costas, y confirmarse la sentencia en crisis.

Así me expido y voto.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Sin detenerme en los antecedentes de la causa, que fueron correcta y minuciosamente referidos en el voto anterior por el Profesor Pfleger, señalo –como anotó él– que se trata éste de uno de los primeros pronunciamientos en el que se considerará una impugnación extraordinaria de la defensa contra una sentencia condenatoria ya revisada por una Cámara en lo Penal.

Juzgo, al igual que mi colega preopinante, que el remedio deducido no habrá de prosperar.

II. En su presentación de hojas 256/261 vuelta, el impugnante cuestionó la apreciación

probatoria efectuada por el Tribunal *a-quo* con respecto a la determinación de la edad de su pupilo al momento de los hechos, procurando, por lo tanto, que esta Sala efectúe un nuevo análisis de los aspectos fácticos ventilados durante el juicio.

Pero, la discusión sobre estos extremos es materia propia de los jueces de la instancia previa y ajena al remedio extraordinario intentado.

El re-examen integral de la sentencia condenatoria y del cuerpo de prueba (fundamentalmente, de los dichos de los menores víctimas) ya ha sido cumplido acabadamente por los magistrados de mérito, que inspeccionaron el pronunciamiento emitido por la Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Trelew. Es decir, la doble impugnación a la respuesta dada por los tribunales se ha cumplido acabadamente –el doble tránsito por las instancias.

Estimo, en consecuencia, que la impugnación intentada debe rechazarse desde que la aseveración del impugnante, relativa al erróneo tratamiento de planteos defensivos, trasunta mera disconformidad en torno a una cuestión de hecho y prueba, que ha sido objeto de un adecuado tratamiento en la resolución atacada.

Considero, además, que el simple desacuerdo con la solución adoptada o, como en el caso, la sola adhesión al voto minoritario, no habilita un

escrutinio exhaustivo si el pronunciamiento se encuentra dotado de una argumentación jurídica sólida.

Por lo expuesto, postulo el rechazo de la impugnación extraordinaria deducida y la confirmación de la sentencia inspeccionada.

Así voto.

El Juez **Fernando S. L. Royer** dijo:

I. El artículo 25, último párrafo, del Código Procesal Penal –Ley XV N°9, antes 5.478- me impone la obligación de exponer los fundamentos que encuentro para confirmar o revocar la decisión atacada de modo extraordinario por el señor Defensor Oficial, doctor Javier E. Reuter, contra la sentencia dictada en autos por la Cámara en lo Penal de Trelew, el día 16 de diciembre de 2009, bajo el N° 05/09.

Prescindiré de toda reseña sobre el caso y los planteos recursivos hechos por la defensa de don A. E. R. S., ya que el relato hecho por el Juez Pfleger sobre ambos temas resulta apropiado.

II. Los Jueces que ya emitieron su voto, fijaron los límites y alcances de las impugnaciones extraordinarias contempladas por el artículo 375 del ordenamiento adjetivo en vigencia, y dejaron claramente expuesto que el estudio de los pronunciamientos dictados por las diferentes Cámaras en lo Penal de la Provincia

no implican, en esta instancia, un nuevo examen de la condena y su posterior revisión.

Por el contrario, el arribo de la causa a este Superior Tribunal de Justicia por efecto del artículo 375 del C.P.P y a impulso del acusado, involucra un control excepcional del proceso llevado a cabo en la etapa antecedente y su normal conclusión, la sentencia.

De manera que los planteos impugnatorios de la defensa, que envuelven un nuevo análisis de los hechos ventilados durante el debate y su prueba, no serán materia de estudio y discusión en este pronunciamiento pues fueron tratados en plenitud por la Cámara en lo Penal de la ciudad de Trelew.

III. El abogado defensor de don A. E. R. S., dirigió su ataque contra la valoración de las pruebas colectadas en la causa, por parte de los magistrados que condenaron a su pupilo y –también– por quienes revisaron aquella resolución, pues entendió que hubo errores en esa tarea y en ambas instancias, que perjudicaron al acusado.

La impugnación carece de sólidos argumentos que puedan derribar la razonabilidad de la resolución ataca y se presenta como una simple discrepancia u oposición a la decisión del a quo, sin una crítica seria que demuestre la arbitrariedad o los errores que alega.

Dar cabida a tales agravios significaría un nuevo estudio de los temas ventilados durante el debate, cuestiones que conforme al nuevo procedimiento penal vigente en la Provincia por la Ley XV N° 9 (antes Ley N° 5.478), quedan reservadas a las Cámaras en lo Penal y fuera de la oportunidad que marca el artículo 375 del Código Procesal Penal.

La sentencia dictada por los Jueces Mónica Rodríguez, Silvia Martos y Roberto Rubén Portela ha sido fundada y constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicado a las circunstancias comprobadas en la causa, y las razones esgrimidas por la defensa no permiten, en esta etapa del proceso, descalificarla como un acto jurisdiccional válido.

IV. Concuerdo con los magistrados que votaron antes, pues juzgo que deberá rechazarse la impugnación extraordinaria deducida por la defensa pública de don A. E. R. S., con costas, y confirmarse en un todo la sentencia dictada por la Cámara en lo Penal de la ciudad de Trelew con fecha 16 de diciembre de 2009, registrada bajo el N° 05/09.

Así voto.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) Rechazar la impugnación extraordinaria interpuesta por el Defensor Oficial de don A. E. R. S., doctor Javier Reuters, con costas.

2°) Confirmar la sentencia N°05/09, dictada por Cámara en lo Penal de Trelew, de fecha 16 de diciembre de 2009.

3°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo. Jorge Pfleger-Alejandro Javier Panizzi-Fernando S.L. Royer. Ante Mí: José A. Ferreyra-Secretario