En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 23 días del mes de octubre del año dos mil doce, se reunieron en Acuerdo los Miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada por los señores Ministros Alejandro Javier Panizzi, Jorge Pfleger y Fernando Salvador Luis Royer, presidida por el primero de los nombrados para dictar sentencia en la causa caratulada "**G., J. A. s/ Abuso Sexual s/ Impugnación**" (Expediente N° 22329 – Folio 44 - Año 2011).

El orden para la emisión de los votos, que resultó del sorteo practicado a fojas 455, es el siguiente: Panizzi, Pfleger y Royer.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. La cuestión traída a esta Sala es la sentencia registrada bajo el número 3 del año 2011, emitida por la Cámara en lo Penal con asiento en la Ciudad de Comodoro Rivadavia, que confirmó la sentencia N° 37/10 emitida por el Tribunal de Juicio.

La última pieza jurisdiccional mencionada condenó a J. A. G. a sufrir la pena de seis años y ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas, al hallarlo autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual cometido mediante violencia con acceso carnal y hurto agravado por ser perpetrado con escalamiento (artículos 45; 119, primer y tercer párrafos; 163, inciso 4° y 55 del digesto sustantivo), por los hechos cometidos en Comodoro Rivadavia el 5 de abril de 2009 en perjuicio de G. S. B.

II. Los episodios tal como los expuso el Ministerio Público Fiscal "... *acontecieron el día 5 de abril de 2009, aproximadamente a las 07:45 hs., cuando J. A. G. ingresó a la morada de G. S. B., situada en calle J. I. N° *** de km 5 en forma inesperada a través de una claraboya del techo del baño, que se hallaba a una altura de 3,70 m del suelo.*

///

Para ello descendió del piso superior donde venía efectuando tareas de construcción, haciéndolo a través de una manguera que había dejado preparada con antelación en el sitio.

Una vez en el interior de la casa, llegó hasta el dormitorio de G. S. B., donde ésta se hallaba durmiendo en compañía de su hijo menor de diez años de edad, teniendo G. su cabeza cubierta con un pañuelo grande, pudiéndosele ver tan solo los ojos; exigiéndole dinero a la mujer, a la vez que se acostaba en la cama. La apretó fuertemente contra su cuerpo y le solicitó que le diga a su hijo que se fuera, saliendo el chico hacia un pasillo. Ante esta situación B. le pidió que no le hiciera nada, que se lleve todo pero que no les hiciera daño ni a ella ni al hijo.

El imputado mediante el uso de la fuerza le bajó el pantalón pijama y la bombacha, a la vez que él se quitaba los pantalones, escuchando en ese momento un ruido temiendo la víctima la portación de un arma por parte del imputado, dado que estaba oscuro.

De modo violento G. pretendió accederla analmente pero no pudo merced a la oposición de la víctima, para luego vencer su resistencia logrando tener relación sexual por vía vaginal.

*Inmediatamente después de consumarse el hecho descrito, el imputado forcejeó con la víctima, lo que provocó la rotura del vidrio de un ventanal, y antes de retirarse se apoderó de distintos elementos: el celular de la mujer y el de su hijo, una cámara fotográfica Olympus, un radiograbador, una alianza de oro y la suma de sesenta pesos ($ 60.-). Todos estos elementos fueron posteriormente incautados en el domicilio del B. S., Calle C. ****, Casa N° ***, utilizado temporalmente por G. el mismo día de los hechos".*

III. En las hojas 418/428 y vuelta, el Defensor Público del imputado, doctor Eduardo Marcelo Cerdá, interpuso impugnación

///

extraordinaria contra el decisorio dictado por la Cámara en lo Penal.

Sostuvo que el Tribunal a quo a pesar de reconocer expresamente las diferencias entre el hecho acusado y el propuesto por el titular de la vindicta pública en la discusión final, las calificó como no esenciales y, por ende, permisibles.

Alegó que esa conclusión resultaba absurda e inconstitucional ya que vulneraba el derecho de defensa en juicio consagrado constitucionalmente.

Manifestó que también el a quo realizaba una valoración antojadiza de la prueba, lo cual descalificaba el pronunciamiento como acto jurisdiccional válido.

Indicó que la Cámara en lo Penal, con el objeto de aminorar la evidentes diferencias fácticas entre la acusación y la discusión final, analizó el testimonio de la víctima y las preguntas que luego le formulara la defensa en el momento del contra examen.

Manifestó que la prueba testimonial servía para confirmar la hipótesis acusatoria, pero de ninguna manera para variarla, salvo que se proceda a la ampliación correspondiente (artículo 322 del Código Procesal Penal).

Puntualizó que la defensa no se organizaba a partir de un testimonio cuando el debate estaba en pleno desarrollo (en el contra examen), sino que se estructuraba en base a una comunicación previa y detallada al imputado de la acusación.

Atacó la conclusión del tribunal revisor que convalidó el escenario fáctico al sostener que la acusación adquiría contornos definitivos en el curso del debate.

Cuestionó que la Cámara afirmara que a G. se le adjudicó haber sujetado con fuerza a la víctima o haber utilizado fuerza contra ella o que ésta ofreciera resistencia y que tuviera temor por su hijo. Adujo que estas circunstancias fueron reveladas recién en el debate.

///

Expresó que la calificación de abuso sexual mediante violencia se mantuvo, pero a último momento se varió el acontecimiento histórico endilgado a su defendido, lo que imposibilitó la defensa.

Como corolario, reiteró que resultaba agraviante el decisorio por catalogar de no esencial la modificación que se vinculaba con el medio comisivo del tipo penal seleccionado. Destacó que la violencia en el abuso sexual era trascendental para su configuración, lo cual implicaba que de ninguna manera podía asemejarse cualquier violencia en aras de mantener la condena de G.

En otro tramo de su impugnación, se agravió de que la Cámara en lo Penal adicionara circunstancias que conformaban el medio comisivo amenazas.

Apuntó que el tribunal de juicio condenó a G. por abuso sexual cometido mediante violencia, lo que ponía de resalto que las amenazas no fueron tenidas en cuenta por los jueces del debate.

A continuación, atacó que se le endilgaran a su asistido las lesiones de la víctima, ubicadas en las zonas genitales o próximas a ella.

En el final, volvió a denunciar la variación de la plataforma fáctica y reiteró la afrenta al derecho de defensa.

Formuló reserva de acudir por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y efectuó petitorio de estilo.

IV. Realizada esta breve semblanza de los motivos que movilizaron la impugnación, iniciaré mi voto con un anticipo: la petición defensiva no habrá de prosperar.

Es que, los planteos esgrimidos por el defensor público penal no admiten la habilitación de la instancia extraordinaria, donde esta Sala tiene vedado efectuar un escrutinio exhaustivo de la sentencia de condena.

///

En su presentación, el impugnante alegó la violación al principio de congruencia y cuestionó la apreciación probatoria efectuada por el Tribunal a quo, procurando, por lo tanto, que esta Sala efectúe un nuevo análisis de los aspectos fácticos ventilados durante el juicio.

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

La reexaminación integral de la sentencia condenatoria y del cuerpo de prueba ya ha sido cumplida acabadamente por los magistrados de mérito, que fiscalizaron el pronunciamiento emitido por el Tribunal de Juicio.

Juzgo, además, que la aseveración del impugnante relativo 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.

Por otra parte, no encuentro habilitado un escrutinio exhaustivo ya que el pronunciamiento atacado se encuentra dotado de una argumentación jurídica sólida.

V. Así las cosas, en el proceso cuya sentencia se cuestiona se cumplieron todas las garantías procesales: el Ministerio Público Fiscal acusó, su contraria se defendió, las partes produjeron su prueba, el tribunal de juicio emitió una sentencia condenatoria, la defensa recurrió el fallo, y el tribunal de revisión lo confirmó.

Es decir, el derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria –el "doble conforme"– se ha cumplido acabadamente: el Estado afirmó y confirmó la culpabilidad en dos ocasiones consecutivas, por medio de dos órganos judiciales distintos.

Por lo expuesto, corresponde declarar improcedente la impugnación extraordinaria articulada y confirmar la sentencia N° 03/2011 de

///

la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, con costas.

Así voto.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I.- Breve enunciación de los antecedentes

Como lo ha expuesto el primer votante, convoca la atención de la Sala el recurso extraordinario deducido por el acusado y su Defensor Técnico, doctor Eduardo Marcelo Cerda, en perjuicio de la sentencia de la Cámara en lo Penal de Comodoro Rivadavia que, el 14 de Marzo de 2011, confirmó aquella del Tribunal de juicio que lo condenó a pasar seis años y ocho meses en prisión como autor penalmente responsable de los delitos de Abuso Sexual cometido mediante violencia con acceso carnal y Hurto agravado por haberse cometido con escalamiento (arts. 45, 119 primer y tercer párrafo, 163 inc. 4to. y 55 del C.P.).

En efecto la decisión jurisdiccional bajo examen rechazó la impugnación ordinaria deducida por la defensa quien, ante la instancia, pretende- como planteo principal- la anulación de la recurrida y la absolución del causante.

En la audiencia llevada a cabo en esta instancia, el Defensor General persistió en la posición asumida en el escrito que está numerado 418/428 vta. de este legajo.

II. Algunas reflexiones pertinentes.

a. Creemos menester, como se ha formulado en otros sufragios, demarcar estrictamente los límites del recurso extraordinario estatuido en nuestro ordenamiento adjetivo tratándose, como se trata, de una impugnación venida desde la defensa contra una sentencia de condena ya revisada por la Cámara en lo Penal.

Resulta capital la faena de interpretación que proponemos- nada nueva, por cierto- pues de ella depende, en gran medida, la suerte del recurso.

///

Es que como lo hemos dicho, la vía recursiva excepcional no significa- bajo ningún punto de vista- una nueva instancia de revisión de igual tono a la del doble conforme, sino que constituye una opción escrupulosamente regulada.

Un repaso razonable de los presupuestos del art. 375 del adjetivo, norma aplicable, brinda una pista adecuada para desentrañar el correcto sendero que ha de transitarse y que ya hemos explicado en otros precedentes.

Sólo interesa recalcar el precepto del Código que estatuye como uno de los presupuestos de control "…que la sentencia, al fijar los hechos por los cuales condena o impone una medida de seguridad y corrección, ha incurrido en un error evidente que determina en ella la existencia del hecho punible o en el que se funda la medida de seguridad y corrección, la participación del imputado en él o la inexistencia de un hecho menos grave según la ley penal, que permita la reducción de la pena u otra decisión sobre una medida de seguridad y corrección, esencialmente diversa de la anterior…".

En ese sentido se ha visto, desde una perspectiva estrictamente semántica, que lo evidente es aquello que es "...cierto, claro, patente y sin la menor duda..." (ver primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española).

De manera entonces que para justificar la inspección sobre el proceso de determinación de los hechos, el defecto ha de ser palmario y la denuncia traslucir esa condición de modo incuestionable.

Empero, y frente a la vaguedad o imprecisión en las palabras y en el intento de brindar cierto contenido al vocablo "error", al que la norma procesal adjetiva con la palabra "evidente", hemos asociado esta conjunción lingüística a la sentencia arbitraria, lo que

importa verificar si, acaso, el comportamiento de los Jueces ha padecido el defecto en la consideración de los juicios que otros emitieron, y, por ende, fijaron la plana fáctica de modo desacertado, con toda evidencia.

Sin embargo – y se ha de reincidir en los conceptos- queda excluido un re- análisis de la prueba en sí misma, porque el valor dado a los medios que los Jueces revisaron queda incólume en la instancia.

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.

Se trata- para nosotros- de un modo más claro de habilitar la inspección sobre la determinación de los hechos o, en otras palabras, horadar sobre aspectos intrínsecos de la sentencia en ese ámbito.

b.- Otro punto que cabe explicar "a priori" es el que atañe al principio de congruencia, nudo de la cuestión que el apelante presenta.

Sobre el particular ya hemos tomado posición.

Brevemente, evocaremos que lejos de implicar un mero amor procesal a la simetría, el principio en cuestión constituye uno de los pilares del debido proceso legal, pues asegura el ejercicio pleno del derecho a una defensa material eficaz, al estipular la correlación que ha de existir entre la imputación, el retruécano y la sentencia.

///

Así se ha dicho que "…La base de la interpretación [del principio de congruencia] está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa, todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentrarlo probatoriamente)" (Maier, Julio B.J.: Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto, 2° edición, Buenos Aires, 1999, p. 568)." (voto de la doctora Ledesma, en1. Peralta, Diego Martín y otros s/ recurso de casación" - CNCP - SALA III - 26/03/2008 (El dial.com. El dial Express).

Es entonces que viola ese principio toda incompatibilidad o ausencia de adecuación entre el hecho que impulsa el proceso y el resultado de la sentencia; mutación que ha de ser esencial en la medida en que implique un menoscabo a la capacidad de refutación del imputado o su asistente técnico (paráfrasis del voto de la doctora Ledesma en el mismo proceso).

No lo son, a nuestro juicio, las pequeñas inobservancias o variaciones que fluyen del curso del debate adonde el caso adquiere su contorno definitivo, cuando no causan daños sustanciales a los derechos fundamentales y pueden ser soslayadas ("harmless error" para la Ley Federal de Procedimientos, regla 52, U.S y la jurisprudencia de Estados Unidos de América).

III. Breve tratamiento de la cuestión, sobre las bases dadas.

Sin perjuicio de que no reeditaremos los términos de la expresión de agravios, señalamos, en principio, tres cosas:

a. el distinguido colega a cargo de la defensa técnica ha reiterado argumentos que expuso a la hora de la impugnación ordinaria

///

b. no ha logrado demostrar cómo, en el centro de la cuestión alegada, se ha afectado el principio de congruencia; qué defensas concretas no logró introducir; qué se vio impedido de confutar.

c. el triunfo del planteo, desde otra perspectiva, se supedita a una nueva fijación de los hechos basada en una también nueva interpretación de la prueba.

Vamos por partes y con detalle.

La reiteración argumentativa sobre un tema puesto sobre el tapete ante la Cámara en lo Penal, y considerado por ella, sin otro matiz que renueve la postulación es inaceptable.

Tanto y más cuando, y más profundamente, el Tribunal cuya solución se impugna resolvió atinadamente la cuestión, muy por encima de los estándares que esta Sala ha establecido en otros casos.

Con toda pulcritud – que les caracteriza por otra parte- los miembros de la "a quo" se explayaron sobre el tema sin incurrir en error. Su discurso de justificación dista mínimamente, en esencia, de cuanto hemos referido en las cuestiones preliminares, aunque ellos, los Magistrados, se explayaron sobre lo que aquí se expuso sucintamente.

Repetimos. Las variaciones que fluyen del curso del debate, en la medida en que no afecten el núcleo duro de la cuestión, en este caso la penetración sexual forzada de la víctima por vía vaginal en un contexto de tiempo y espacio no discutido, y en el que los aspectos de modo -escuetos en el relato inicial- se enriquecen con la noción brindada por quien padeció el ultraje, son inocuas.

Amén de otros medios que no pueden re-decodificarse, la testigo- si acaso se pusiera énfasis sobre ella- fue sometida al contra-examen, pasible de refutación en las alegaciones

///

y objeto de todo el menú de opciones que brinda el contradictorio a la defensa.

El precedente de la CIDH invocado está lejos de aparearse al presente.

Ya hemos tenido oportunidad de expresar nuestro punto de vista al respecto (ver nuestro sufragio en **"R., J. H. -Legajo de investigación fiscal N° 8367, carpeta individual N° 23- s/ denuncia abuso sexual – R., P. A. - s/ impugnación" (Leg. N° 21.108, año 2007, letra "R")**. A él remitimos.

Es pues entonces que, pese al esfuerzo intelectual del señor Defensor Público quien ha nutrido su alegato con interesantes citas, la sentencia de la "a quo" no merece descalificación alguna.

Como lo adelantamos, los votos de la Cámara Penal, cada uno, consideraron los fundamentos de la impugnación que el señor Defensor ha sostenido con insistencia aquí.

Dieron razones de porqué sostuvieron el fallo que estableció el abuso con acceso carnal y la sustracción de los elementos enumerados en el detalle.

Explicaron el modus operandi de G., justificando la conclusión condenatoria con evidencias relacionadas entre si en forma lógica y contundente ponderadas, en los votos mayoritarios, por el tribunal de Juicio.

La demanda de una nueva puesta en valor de los elementos ventilados en las demás instancias, sin haberse rebatido los fundamentos en los que basaron sus conclusiones los jueces de la mayoría demostrando el error evidente de juicio, no es propia de la impugnación extraordinaria.

Girar pertinazmente sobre la valoración de la prueba frente a una conclusión que no es grotesca, no es argumento válido para movilizar la inspección que, por lo que acabo de decir, debe ser desestimada en este punto.

///

La Cámara Penal cohonestó con razonabilidad la conclusión de los Jueces del Juicio, aplicó las reglas de la sana crítica y su construcción dialéctica es consistente y explícita. No da lugar a equívocos y el fallo debe homologarse en un todo.

Una palabra más. Hemos sentado, y lo hacemos nuevamente, que la mera insistente adhesión a la opinión de una opción minoritaria no alcanza para superar el nivel que se ha expuesto supra, y por consiguiente el intento de mudanza es vano.

IV. Epílogo

Coincido así con el Ministro que me antecede en el voto y, por ende, postulo el rechazo de la impugnación y la confirmación de la sentencia en crisis, con costas.

Así voto.

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

I. De acuerdo con el último párrafo del artículo 25 del Código Procesal Penal –Ley 5478– emitiré mi sufragio, con exclusión de toda referencia a los antecedentes del caso y a los agravios esgrimidos por el recurrente, merced a la minuciosa síntesis efectuada por el Juez Panizzi.

II. En cuanto a la solución del caso habré de coincidir con mis colegas preopinantes.

III. En primer término diré que la impugnación extraordinaria interpuesta no cumple mínimamente con los requisitos de admisibilidad, ya que no expresa en forma clara y concreta cuál es el agravio que merece la habilitación de esta instancia.

Así lo establece el artículo 375 del C.P.P., que regula la procedencia de la impugnación extraordinaria de la defensa cuando: *´…1) …afirmen que la sentencia es el producto de un procedimiento defectuoso, en relación al previsto por las reglas de este Código, siempre que hayan reclamado oportunamente la subsanación del defecto y que el defecto influya en la decisión;*

2) cuando afirmen que la sentencia, al condenar o imponer una medida de seguridad, ha inobservado o aplicado erróneamente la ley que funda la solución del caso; y 3) cuando afirmen que la sentencia, al fijar los hechos por los cuales condena o impone una medida de seguridad y corrección, ha incurrido en un error evidente que determina en ella la existencia del hecho punible o en que se funda la medida de seguridad y corrección, la participación del imputado en él o la existencia de un hecho menos grave según la ley penal, que permita la reducción de la pena u otra decisión sobre una medida de seguridad y corrección, esencialmente diversa de la anterior…´-.

En el caso de autos la defensa pretende introducir cuestiones de hecho que ya han sido analizadas por el Tribunal Revisor, y no describe en la impugnación ninguna de las circunstancias previstas en el ordenamiento de forma para habilitar la instancia.

IV. Sin perjuicio de lo expuesto, no advierto la violación del principio de congruencia.

El hecho que diera origen al debate oral y público ha sido descripto por el Juez Panizzi. El debate giró en torno a demostrar las circunstancias del abuso sexual con acceso carnal. De esta manera se presentaron y discutieron las cuestiones atinentes al tipo, y la defensa tuvo la posibilidad de intervenir en las cuestiones que surgieron con posterioridad.

De esta manera entiendo que los argumentos que se mencionan en el recurso para descalificar la sentencia no tienen asidero alguno.

V. Por último, sólo agregaré, que la Cámara en lo Penal reeditó el material utilizado en la primera instancia, examinando nuevamente la valoración que, del hecho y de la prueba, hicieron los jueces de mérito.

///

VI. Por las razones expuestas, deberá rechazarse la impugnación extraordinaria deducida por la defensa, con costas.

Así voto.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente

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

1°) Declarar improcedente la impugnación extraordinaria interpuesta por el Defensor Oficial del imputado (fojas 418/428 vuelta), con costas.

2°) Confirmar la sentencia N° 3 del año 2011, dictada por Cámara en lo Penal con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia.

3°) Protocolícese y notifíquese.

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

///