

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA Nro. 27

NEUQUÉN, 14 de marzo de 2016.

VISTOS:

Estos autos caratulados "**RUBIO, AGRIPINO S/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE MPFNQ 23999 AÑO 2014**" (Expte. Nro. 96 - año 2015) del Registro de la Secretaría Penal, venidos a conocimiento de la respectiva Sala del Tribunal Superior de Justicia, y

CONSIDERANDO:

I.- Culminado el Juicio por Jurados y la emisión del pertinente veredicto de culpabilidad recaído sobre el imputado Agripino Alejandro Rubio, el magistrado Martín Matías Marcovesky emitió la sentencia n° 149/2015, que lo declaró autor penalmente responsable de los delitos de Abuso Sexual gravemente ultrajante agravado por la utilización de un arma blanca -dos hechos- y robo con arma, todo ello en concurso real, a la pena de catorce (14) años de prisión de efectivo cumplimiento (arts. 55, 119, segundo párrafo, en función del párrafo primero, cuarto párrafo, inc. "d", y 166, inc. 2°, todos del Código Penal), declarándosele reincidente por segunda vez.

En contra de tal pronunciamiento la señora Fiscal Jefe, Dra. M. D. Finochietti, como así también el equipo de la Defensoría Oficial que asiste al imputado articularon sendas impugnaciones ordinarias (fs. 1/11 y 12/19vta.).

Que mediante sentencia n° 58/2015, el Tribunal de Impugnación, conformado en la oportunidad por

los Dres. Héctor O. Dedominichi, Federico Augusto Sommer y Gustavo Daniel Varessio, resolvió rechazar la impugnación deducida por la Defensa y receptor favorablemente aquella otra interpuesta por el Ministerio Público Fiscal, elevando la pena impuesta al acusado a la de dieciocho (18) años de prisión de cumplimiento efectivo (fs. 44/83).

Disconforme, la Defensa Oficial dedujo control extraordinario ante esta instancia (fs. 86/111).

Que por Auto Interlocutorio n° 112/2015, esta Sala Penal resolvió diferir el tratamiento de los agravios introducidos por la Defensa hasta tanto se cumpla con el "doble conforme" de la nueva pena dictada en su relación (cfr. fs. 116/117vta.).

Una vez cumplida dicha faena por un nuevo Tribunal de Impugnación, integrado en la ocasión por los Dres. Héctor Guillermo Rimaro, Richard Trincheri y Liliana Deiub (cfr. sentencia n° 90/2015, glosada a fs. 129/175vta.), y habiéndose ratificado -por mayoría de votos- el monto punitivo, la Defensa Oficial introdujo una nueva impugnación extraordinaria en contra de este último pronunciamiento (fs. 182/205vta.).

II.- De acuerdo a los antecedentes evocados, dos son los recursos que concitan la atención de esta Sala Penal (cfr., nuevamente, fs. 86/111 y 182/205vta.).

III.- Por estrictas razones metodológicas corresponde el análisis individual de cada uno de estos recursos, sin perjuicio de las remisiones que pudieren efectuarse.

**Recurso deducido por el Equipo Operativo n° 3
de la Defensa Oficial, obrante a fs. 86/111.**

En contra de la resolución n° 58/2015, antes mencionada, dedujo impugnación extraordinaria el señor Defensor de Circunscripción, Dr. Daniel García Cáneva, en forma conjunta con la otrora funcionaria, actual Defensora Pública, Dra. Verónica Zingoni, a favor de **AGRIPINO ALEJANDRO RUBIO** (fs. 86/111).

Los recurrentes fundaron la impugnación extraordinaria en los carriles previstos por el art. 248, incs. 1° y 2°, del C.P.P.N., invocando dos puntos de agravio:

Alegan que la sentencia sería arbitraria por contradictoria (fs. 96), pues si bien el a quo afirmó que el Jurado Popular había emitido su veredicto superando el estándar de la duda razonable, en simultáneo estimó que no estaba probado el elemento objetivo del tipo penal del robo con armas, en franca referencia al empleo de violencia en el desapoderamiento, al uso del arma -un cuchillo- y a quién se llevó el dinero de M.E.O., ya que no se obtuvo un solo testimonio que acreditara esa circunstancia; sin perjuicio de ello, el órgano revisor hizo lugar a la impugnación ordinaria deducida por el acusador público, disponiendo un aumento del monto de pena impuesta al enjuiciado (fs. 97/97vta.).

En suma, la crítica se reduce, al menos en este aspecto, a cuatro razones: la inobservancia del principio de la duda en relación al veredicto de culpabilidad del Jurado Popular en lo atinente a la figura de robo con armas; la inexistencia de prueba del

tipo objetivo del delito de robo calificado por el uso de arma; la falta de fundamentación de la pena y la vulneración del principio de congruencia, bajo el argumento que el imputado no habría sido intimado, durante la acusación, de la figura de robo calificado, en directa alusión al uso de un arma como medio para conseguir el desapoderamiento de la suma de dinero denunciada.

La arbitrariedad de la decisión estaría dada, además, por la confección irregular de las instrucciones y de los formularios para el veredicto del Jurado Popular (art 18 de la C.N.; art. 211 del C.P.P.N.).

Entienden que frente a dos teorías del caso en pugna -la de la acusación y la de la defensa-, una de ellas ha de superar necesariamente a la otra, eliminando toda duda razonable; sin embargo, el Juez técnico se habría limitado a explicarle al Jurado únicamente la tesis de la parte acusadora, al señalarles que debían dilucidar si la prueba producida en el debate logró acreditar "...la existencia del hecho y la autoría...", omitiendo aclarar que: "...la tesis que resulte vencida, lo fue ya que no logró satisfacer la exigencia de eliminar la duda razonable..." (fs. 99).

Por otra parte, tachan de nulidad a la graduación de la pena (fs. 101vta.). Critican el voto ponente del Dr. Dedominichi señalando que se apartó de lo ponderado por el Juez técnico en cuanto había evaluado con acierto, como una pauta atenuante, que Rubio no había realizado ningún tratamiento psicológico (provisto por el Estado, al haber sido privado de la libertad por hechos

similares al presente), con sustento en el informe del Lic. Gallinal, quien concluyó que el encausado detenta un diagnóstico psicopatológico que influye negativamente en su posibilidad de adaptación a la norma, circunstancia demostrativa de su menor grado de culpabilidad frente a otras personas que no padecen ese déficit, de conformidad con el principio de igualdad.

Así, mientras el Juez de grado apreció como agravantes la extensión del daño causado, las condiciones personales del imputado, su condición de reincidente y las características del hecho, el Dr. Dedominichi se refirió únicamente a esta última pauta refiriendo que las llevó a un lugar alejado, por más de dos horas, y se valió de un cuchillo (fs. 103/103vta.); de ello infieren que el magistrado habría incurrido en una doble valoración de circunstancias previstas en el tipo penal de abuso sexual gravemente ultrajante, precisamente por su duración o circunstancias de realización (art. 119, segundo párrafo, del Cód. Penal) y por el uso de un arma.

En prieta síntesis, el Dr. Dedominichi interpretó que se trataba de dos hechos de abuso sexual gravemente ultrajante agravados por el uso de armas, eliminando la subsunción del robo con armas, y, aun así, impuso cuatro años más de pena al enjuiciado, a pesar de que no evaluó la reincidencia, las condiciones personales del imputado, ni sus secuelas psicológicas; y tampoco relación el monto de pena con los fines preventivos que la presuponen.

Aducen que el voto dirimente, en lo relativo a la determinación de la pena, tendría un fundamento aparente, contraviniendo el art. 193 del código adjetivo.

Afirman que el Dr. Varessio contó con un tiempo exiguo para emitir su voto, ya que el magistrado preopinante consumió prácticamente todo el plazo para realizar esa tarea (fs. 106).

Alegan que en lo único que habrían coincidido ambos magistrados es en considerar que el traslado de las víctimas a un lugar alejado sería un agravante, afectando la prohibición de doble valoración porque es un elemento típico (fs. 107vta.); pero mientras el Dr. Varessio hizo alusión a la extensión del daño causado -por la grave humillación a la integridad y dignidad de las víctimas que significó el delito- y a la falta de reconocimiento de su ocurrencia por parte de Rubio, el Dr. Dedominichi, no valoró ninguno de esos parámetros, sino que apreció, como agravantes, la duración del suceso y el haber empuñado un cuchillo. Por ende, la sentencia no habría alcanzado una verdadera mayoría, pues cada uno de los votos cuenta con fundamentos diferentes.

En consecuencia, solicitan que, previa declaración de nulidad de sentencia, se ordene el reenvío para que se realice un nuevo juicio de cesura. Y, como se ejerció competencia positiva, con exceso en el ejercicio de la jurisdicción, debe preservarse el doble conforme (C.S.J.N., "Chambla", "Duarte"); de lo contrario, la pena debería ser impuesta en su mínimo legal (T.S.J.N., Acuerdo n° 33/2010, "Morán").

Hicieron reserva del caso federal.

Sentados así los motivos de la instancia de control extraordinario, se impone el estudio de los recaudos mínimos de procedencia, atento al principio general de las impugnaciones establecido en el artículo 227 del código de forma:

a) El escrito fue presentado en término, por parte legitimada para ello, ante la Oficina Judicial correspondiente.

b) Asimismo, el remedio intentado resulta autosuficiente, porque de su lectura se hace posible conocer cómo se configuran -a juicio de la defensa- los motivos de impugnación extraordinaria aducidos y la solución final que propone.

c) Además, se impugna una sentencia definitiva.

No obstante, cabe aclarar que, en nuestro sistema procesal, se consagra el principio de taxatividad de los recursos. En este sentido, se ha indicado que "*(...) el código establece taxativamente las resoluciones jurisdiccionales recurribles (...), de modo genérico (...) o específico (...), por quiénes y mediante qué recurso en particular. A más de ello, exige la observancia obligatoria de requisitos de tiempo y forma para su interposición, que varían según el recurso de que se trate (...)*" (Cfr. Cafferata Nores, José I.; Tarditti, Aída. "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado", Editorial Mediterránea, Tomo 2, pág. 357).

La fijación de una exigencia formal semejante se justifica en la necesidad de impedir que, bajo la aparente cobertura de esta nueva fórmula impugnativa, se

hagan valer otras alejadas del significado jurídico que es propio de un recurso extraordinario como éste.

En efecto: el Código Procesal Penal vigente en la Provincia (Ley 2784) ha establecido un sistema de impugnación amplio y eficaz, capaz de garantizar el derecho al recurso que le asiste a toda persona imputada de delito (arts. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica y 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). Dicha tarea está en cabeza del Tribunal de Impugnación y se regula por las disposiciones establecidas en los arts. 242 y ss. de dicho Cuerpo Legal. A su vez, en este diseño sistemático, se previó la competencia del Tribunal Superior local como instancia apelada sólo para casos excepcionales y taxativamente establecidos. Y si bien tales hipótesis están englobadas en un solo artículo, esos supuestos resultan no sólo de carácter limitado, sino también diferentes entre sí en cuanto a su objeto o pretensión (cfr. art. 248 del C.P.P.N.).

Una vez trazadas estas líneas conceptuales, nos avocaremos al estudio del motivo por el que se postula que la sentencia n° 58/2015, del Tribunal de Impugnación, sería arbitraria por obviar el principio de la duda, tanto en lo referente al veredicto de culpabilidad del Jurado Popular como a la condena por el delito de robo con armas, aspecto en el que, incluso, se habría infringido el principio de congruencia.

En primer término, los recurrentes no plasmaron objeción alguna a las instrucciones dirigidas al Jurado (arts. 205, primer párrafo, y 238, inc. c), ambos a contrario sensu, del C.P.P.N.). Ello constituye

un impedimento para la procedencia formal del agravio introducido bajo el carril del art. 248, inc. 2º), del C.P.P.N., pues si la defensa consideró la existencia de alguna afectación constitucional en torno a las instrucciones (que es lo que ahora plantea) debió haber introducido la hipotética cuestión federal en la primera oportunidad posible, manteniéndola en las etapas ulteriores, ya que, en esta instancia, la solicitud es tardía (Fallos: 266:275; 323:2708; 326:4551, entre otros).

Sin perjuicio de ello, merece destacarse que el *a quo* transcribió ciertos pasajes de las instrucciones dadas por el Juez técnico al Jurado (fs. 54/57), en donde se les informó detalladamente cuál era su función, cómo debían proceder en la deliberación, en la votación, y qué cuestiones eran importantes al momento de arribar al veredicto, explayándose en relación al concepto de duda razonable (fs. 56vta.).

En segundo lugar, el planteo no involucra una materia federal, toda vez que remite al análisis de cuestiones de hecho y prueba ajenos al carril previsto por el art. 248, inc. 2º, del C.P.P.N. (Acuerdo n° 26/2015, "Beliz", rto. el 29/07/2015), y, a lo sumo, se limita a mostrar el punto de vista de los recurrentes en relación a tópicos de derecho común, sin llegar a demostrar su inserción en un supuesto de arbitrariedad de sentencia, que, como reiteradamente sostiene la Alta Corte cuando trata el estado de duda, "...debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso..." (Fallos: 314:346, considerando 13) del

voto mayoritario; Fallos 324:1365, dictamen del Procurador Fiscal de la Nación, al que remite la Corte, Fallos: 329:6019, considerando 9), del voto de la mayoría, entre muchos otros).

Es preciso aclarar que, cuando el juicio se celebra ante un Tribunal de Jurados, la sentencia debe contener: "...en lugar de los fundamentos de la decisión sobre los hechos probados y la culpabilidad del imputado, la transcripción de las instrucciones dadas al jurado sobre las disposiciones aplicables al caso y el veredicto del jurado" (art. 211 del C.P.P.N.), por lo que, una vez que la causa llega a conocimiento del Tribunal de Impugnación, éste debe expedirse -y lo hizo- sobre la razonabilidad del veredicto.

Así lo ha establecido la Sala Penal cuando precisó que: "...Lo que tiene que hacer el Jurado es determinar con la prueba producida en el juicio, si las proposiciones fácticas que las partes dijeron se prueban y contribuyen a su teoría del caso. De lo contrario, de no cuadrar con el supuesto previsto por la parte acusadora, dictarán un veredicto de no culpabilidad. Esas proposiciones fácticas son cuestiones que, en conjunto, determinan que el hecho juzgado se califique de tal o cual manera. Por ello es imprescindible dejar sentado que el Jurado, si bien no determina en forma concreta la calificación legal del caso, debe decidir sobre conductas tipificadas en la ley, ya que tanto el Código Procesal Penal de la Provincia, como la Constitución Nacional le otorgan la función de pronunciar su veredicto sobre todas las cuestiones introducidas en las 'instrucciones' que le

entrega el Juez profesional para la deliberación, el debate y la decisión. Y en esas instrucciones deben estar contenidos todos los elementos que, tanto objetiva como subjetivamente, integran la figura penal en trato. Es decir, la subsunción de los hechos (a través de proposiciones fácticas) en el derecho (calificación legal)...” (Acuerdo n° 14/2015, “MENDEZ HECTOR DAVID S/HOMICIDIO ‘IMPUGNACION EXTRAORDINARIA’”, rto. el 30/04/2015).

Incluso, si a título de hipótesis entendiéramos que el caso conlleva una cuestión federal, la solución sería la misma. Es que, como puso de resalto en su voto el Juez ponente Dr. Héctor O. Dedominichi (que en este tramo de la decisión hubo unanimidad), luego de referirse al principio de congruencia -hecho atribuido por la parte acusadora en el alegato de apertura y en el alegato de clausura (fs. 53vta./54)- y a las instrucciones impartidas al Jurado Popular (fs. 54/57), el veredicto del Jurado debe ser ratificado, pues la prueba de cargo resultó categórica, permitiendo superar el principio de la duda razonable.

En ese sentido, el robo con armas se comprobó con el relato conteste de M. E. O. y G. K., quienes afirmaron que Rubio las abordó con un arma blanca cuando les sustrajo el dinero, agregando que no se interesó por los teléfonos celulares ni por las camperas (fs. 57/58), pudiendo afirmarse que la evaluación del *a quo* es afín al relato que las víctimas prestaron en el juicio.

En ese orden de ideas, M.E.O. relató que fue tomada del cuello por Rubio, quien le pegó un puntazo (se entiende, que le apoyó el arma bruscamente en el cuerpo) y le hizo sacarse las cosas, poniendo la mochila en el suelo, pidiéndole el dinero para contarle (cfr. audiencia del 18/06/2015, 19:45 min., 22:00 min., 01:19:20 min., aprox.), mientras que G.K. dijo, por su parte, que Rubio le puso el cuchillo en el cuello a M.E.O. antes de preguntarle si tenía "plata", en alusión a dinero (cfr. audiencia celebrada en esa misma fecha, 07:50 min., 09:40 min., 16:30 min., 50:30 min., aprox.). Por lo tanto, debe descartarse la hipótesis alternativa planteada por la defensa relativa a que el hecho encuadraría en el tipo penal de hurto simple, con sustento en que la violencia habría sido perpetrada para cometer el abuso sexual, pero no para ejecutar el robo.

Es cierto que el Dr. Dedominichi aludió, en una parte de su voto, a la falta de prueba sobre el elemento objetivo del robo (fs. 76 vta., 3° y 4° párrafo), pero no es menos exacto que ese aserto se debió a un evidente error de edición durante la confección del documento sentencial, teniendo en cuenta el análisis previo y la conclusión contraria a la que arribó el mismo magistrado en el capítulo pertinente. Obsérvese que de la profusa evaluación de la prueba efectuada en las páginas anteriores (fs. 57/59), el Dr. Dedominichi se había encargado de aclarar, en total concordancia con aquéllas, que: *"...No quedaron dudas, acerca del despojo y mucho menos de la forma en que el mismo se llevó a cabo, mediante el uso de un arma blanca sobre M. E.*

O.. Ambas jóvenes reconocen que desde que fueron abordadas por el acusado, este utilizó el cuchillo para llevar a cabo su accionar -en lo que aquí interesa- para sustraer el dinero que una de ellas tenía..." (fs. 57vta./58).

Incluso, si se repara en el párrafo inmediatamente anterior al que evoca la Defensa, se apreciará que existe una nueva remisión del magistrado a aquellas contundentes conclusiones en donde hizo mención al uso de violencia (cfr. fs. 76, 2° párrafo).

Así entonces, tal como lo apreciaron a su turno los magistrados que evaluaron esa pieza sentencial en el marco del "doble conforme" (cfr. fs. 165/166), lo que exhibe ese fragmento del voto del Dr. Dedominichi es un evidente yerro material y que, por tal, carece de soporte suficiente para fundar un agravio federal, máxime cuando dicha temática ha sido abordada y respondida de forma completa por el magistrado (C.S.J.N., Fallos 327:315 y 330:1366, entre otros).

En cuanto a la censura vinculada a la graduación de la pena, por tratarse de una temática especialmente abordada y ampliada por la Defensa en la restante impugnación extraordinaria que cabe aquí también resolver, corresponde que se brinde la debida respuesta en dicho apartado.

Recurso deducido por el Equipo Operativo n° 3 de la Defensa Oficial, obrante a fs. 182/205

El señor Defensor de Circunscripción, Dr. Daniel García Cáneva, en forma conjunta con la señora Defensora Pública, Dra. Laura C. Giuliani, dedujo

impugnación extraordinaria en contra de la resolución n° 90/2015, a favor de **AGRIPINO ALEJANDRO RUBIO** (fs. 182/205vta.).

En concreto, los recurrentes se alzan en contra de esta última decisión -invocando la doctrina de la sentencia arbitraria y la afectación a las garantías del debido proceso, defensa en juicio, doble conforme, e igualdad ante la ley- en función de los siguientes motivos:

1) Sostienen que el reenvío al Tribunal de Impugnación dispuesto por la Sala Penal se limitó a la revisión del monto punitivo, cercenando el derecho del imputado a una revisión amplia de la sentencia de condena.

Ello es así, a juicio de la defensa, porque se omitió justipreciar que la competencia de la Sala Penal es de tinte extraordinaria. Por ende, solicitan que se habilite esta última vía posibilitando el reexamen de la totalidad del veredicto (fs. 191vta.).

2) Invocan que se habría afectado la garantía del doble conforme a través de una errónea interpretación de la vía de aclaratoria (art. 78 del C.P.P.N.), cuyo efecto es la suspensión del término para interponer los recursos que correspondan (fs. 193).

Ponen de manifiesto que el agravio habría acontecido cuando la defensa pidió a esta Sala Penal que esclareciera si el reenvío era amplio (una reedición de la impugnación ordinaria), o si, por el contrario, el mismo se restringía al control de la gradación de la pena, puesto que se optó por esta última respuesta,

impidiéndole a la defensa la posibilidad de ofrecer prueba por la proximidad en que se fijó la fecha de audiencia.

3) Insisten en la nulidad de la primera de las sentencias emitidas por el Tribunal de Impugnación, bajo el argumento que no existió una verdadera mayoría y que los votos de los Dres. Sommer y Varessio serían infundados (fs. 193vta.).

4) Alegan que la ausencia de una revisión integral se hizo extensiva al concurso de delitos, en la inteligencia que el concurso sería ideal y no real.

En este sentido, expresan que el *a quo* se habría apartado de la interpretación realizada por el Jurado, al que el Juez habría omitido requerirle que determine la cantidad de hechos delictivos perpetrados por el enjuiciado, sopesando que: "...se confundió la solución jurídica con la determinación de los hechos y son cuestiones totalmente diferentes..." (fs. 195); razonando que, si bien no realizaron observación alguna a las instrucciones dadas al jurado popular, no existiría ningún impedimento para recurrir, por la influencia de la cuestión planteada en el quantum punitivo (fs. 188).

5) Tampoco se habría revisado la calificación legal, de robo con armas (art. 166, inc. 2°, del Cód. Penal), que no habría superado, según dicen, el estándar de la duda razonable (fs. 196). En subsidio, proponen su modificación por la de hurto simple (art. 162 del Cód. Penal), con la subsecuente disminución del monto de la pena (fs. 197vta.).

Sostienen que, en el alegato de clausura, la fiscalía no habría intimado los elementos constitutivos del robo: violencia, fuerza o comisión del ilícito con armas, sino que habría acusado por el desapoderamiento del dinero.

De haber existido violencia, la misma se habría desplegado para intimidar o amenazar a las jóvenes y consumir el abuso sexual, pero no para cometer el robo, ya que, como dijo una de las víctimas, el dinero fue dejado sobre el celular; incluso, ellas no denunciaron el robo de otros objetos de valor.

6) Plantean que se habría incurrido en una errónea aplicación del derecho sustantivo al subsumir el hecho como abuso sexual gravemente ultrajante, cuando, desde su óptica, debió ser calificado como abuso sexual simple, con la subsecuente disminución del quantum punitivo a diez años de prisión (fs. 203vta.).

Subrayan ciertas contradicciones que, según afirman, contendrían los votos de los magistrados con el objeto de evidenciar que habrían incurrido en una doble valoración prohibida por la ley, al evaluar la duración "casi más de dos horas" (sic.) y las circunstancias de su realización -el uso de un arma blanca, en un lugar alejado, de un modo peligroso y humillante- tanto al analizar el tipo objetivo (art. 119, segundo párrafo, del Cód. Penal) como en el marco de las agravantes genéricas (art. 41, inc. 2°, del Cód. Penal).

Hicieron reserva del caso federal.

Tal como en el recurso anterior, deben darse por cumplidos los requisitos que hacen a la legitimación,

plazo de interposición y autonomía, a la vez que se dirige en contra de una sentencia definitiva.

Sentado ello, abordamos la primera censura traída al control extraordinario, consistente en la hipotética afectación de la garantía del "doble conforme".

En ese marco, es aplicable el principio según el cual: *"...el alcance de la competencia de los tribunales de alzada cuando conocen por vía de los recursos deducidos ante ellos no constituye, en razón de su carácter fáctico procesal, cuestión federal que justifique el otorgamiento de la apelación extraordinaria salvo supuestos de arbitrariedad (Fallos: 320:2729 - disidencia del doctor Petracchi- y 324:1994, y sus respectivas citas, entre otros)..."* (Fallos: 331:2077, voto de la mayoría, por remisión, en lo pertinente, al dictamen del señor Procurador General; en este mismo sentido: Fallos: 262:34 y 67; 265:157; 268:20; 290:235; 302:1171; 304:1723 y 306:194).

Precisamente, la vía instituida en el art. 14, de la ley 48, es de carácter excepcional, por lo que no puede erigirse en una tercera instancia ordinaria a efectos de examinar el acierto o error de las decisiones impugnadas; y si, como ocurre en este pleito, se invoca la doctrina de la sentencia arbitraria, queda a cargo del recurrente su acreditación, omisión que, adelantamos, no puede ser salvada por esta Sala Penal.

El eje de la cuestión ronda en torno a la discrepancia de los recurrentes con el alcance de la R.I. n° 112/2015, de esta Sala Penal (fs. 116/117vta.), en

donde se ordenó que, como la sentencia n° 58/2015 del Tribunal de Impugnación (fs. 44/83) se enrolaba en un supuesto de casación positiva, debía diferirse el tratamiento de la impugnación extraordinaria interpuesta por la defensa (fs. 86/111) hasta tanto el *a quo*, con una nueva composición, efectuara una revisión integral del monto de pena impuesto a Agripino Alejandro Rubio.

La insistencia de la defensa en proponer que dicho objetivo únicamente podía cumplirse si se declaraba la nulidad de la sentencia n° 58/2015 soslaya los argumentos por los cuales se rechazó, por R.I. n° 117/2015, de esta Sala Penal (fs. 124/125), el recurso de aclaratoria; es decir, se ordenó el reenvío para que exista "*la doble conformidad judicial en torno a la nueva pena aplicada sobre el inculpado*" (fs. 124); lo que llevó a su vez a que el magistrado de grado, en su última resolución, también rechazara dicha petición (fs. 132vta.).

Es que la garantía a la revisión integral del fallo de condena se preservó con la competencia asumida en ambas oportunidades por el Tribunal de Impugnación, tanto cuando dictó la sentencia n° 58/2015 (fs. 44/83), en la que examinó todos los agravios de los recurrentes, como con su posterior intervención, con una diferente integración, justificada en la necesidad de controlar con exclusividad el *quantum* punitivo (sentencia n° 90/2015, fs. 129/175vta.).

Como segunda crítica, argumentaron que no se habría revisado el concurso de delitos; que no sería real, sino ideal.

En concreto, alegaron que el Tribunal de Impugnación se habría apartado de la exégesis efectuada por el Jurado, en tanto se habría confundido la solución jurídica con la determinación de los hechos; y si bien no se formularon observaciones a las instrucciones dirigidas al Jurado, estiman que ello no impediría recurrir, por la influencia de la cuestión planteada en el quantum punitivo.

Pues bien, el agravio ha sido articulado en forma tardía, toda vez que no fue introducido en la primera oportunidad que brindaba nuestro sistema procesal, ni fue mantenido en sus sucesivas etapas, ni se alegó un supuesto de arbitrariedad sorpresiva (Fallos: 303:718; 319:640; 326:4551, entre muchos otros).

Sobre este asunto, muy distinguida doctrina ha enfatizado que: *"...falta interés jurídico en los casos en que la privación de la defensa alegada por el recurrente es imputable al mismo, como sucede a quien omitió valerse de las que le competían en oportunidad procesal (Fallos: 191:85; 194:85)..."* (Ymaz, Esteban - Rey, Ricardo E., "El recurso extraordinario", Bs. As., Abeledo-Perrot, 2000, pág. 71, y sus citas).

Por otro lado, el motivo resulta infundado. En esta inteligencia, los recurrentes omitieron ofrecer razones jurídicas mínimas conducentes a su reclamo (art. 227, segundo párrafo, del C.P.P.N., art. 15, ley 48, ambos a contrario sensu).

Otra de las censuras articuladas se orientó en contra de la calificación legal de abuso sexual gravemente ultrajante, en el entendimiento que se

trataría de un abuso sexual simple, que haría posible una pena menor, de diez años de prisión.

Más específicamente se adujo que habría existido una doble valoración prohibida por la ley, al apreciar la duración -casi más de dos horas- y las circunstancias de realización -el uso de un arma blanca, en un lugar alejado, de manera peligrosa y humillante- tanto al analizar el tipo objetivo (art. 119, primer párrafo, del Cód. Penal), como en el marco de las agravantes genéricas (art. 41, inc. 2º, del Cód. Penal).

La índole del gravamen nos obliga a aclarar que en este acápite sólo nos detendremos a analizar las cuestiones atinentes a la calificación legal, pues todo lo referido a la determinación de la pena será respondido en el punto subsiguiente.

De ello se sigue, una vez más, que este aspecto del gravamen no fue introducido por la defensa en forma tempestiva, en la primera oportunidad procesal, según se desprende del escrito de impugnación ordinaria en donde las discrepancias giraron en torno a dos motivos: a) la condena por el delito de robo con armas, a cuyo efecto arguyeron que el veredicto de culpabilidad del Jurado era irrazonable por obviar el principio de la duda, y b) la graduación de la pena, que tildaron de arbitraria, solicitando su reducción (fs. 15/19vta.).

Tampoco se invocó la existencia de una cuestión federal ni que el caso encuadrara en un supuesto de arbitrariedad. Por ende, el motivo será rechazado.

Igualmente negativa será la respuesta a las críticas relativas a la mensuración de la pena.

Se impone, en primer lugar, atender los agravios que fueron diferidos en este mismo decisorio, por los cuales se solicitó la nulidad de la sentencia n° 58/2015 y el reenvío para que se practique un nuevo juicio de cesura.

La crítica consistió en que la decisión no contaría con una mayoría legal, pues los magistrados que conformaron el voto mayoritario únicamente habrían coincidido en evaluar, como agravante, la circunstancia de que el agresor llevó a las víctimas a un lugar alejado, discrepando en la consideración de los demás parámetros; así, mientras el Dr. Dedominichi -como Juez ponente- habría ponderado la duración del hecho y la utilización de un arma blanca, el Dr. Varessio -al emitir el voto dirimente- habría valorado la extensión del daño y la ausencia de registro del perjuicio ocasionado a las víctimas.

Incluso, los recurrentes señalan que el Dr. Dedominichi descartó la subsunción del hecho en la figura del robo con armas, y, en relación al doble abuso sexual gravemente ultrajante, obvió considerar como agravantes: las condiciones personales del imputado, la reincidencia, sus secuelas psicológicas, así como los fines preventivos de la pena, y ya, como atenuante, que Rubio no realizó un tratamiento psicológico cuando estuvo sometido al régimen carcelario.

Sobre este tópico, el Máximo Tribunal Nacional ha precisado que las cuestiones atinentes a las formalidades de la sentencia y el modo de emitir el voto los miembros de los tribunales colegiados resulta un tema

de carácter procesal, ajeno a la instancia extraordinaria (C.S.J.N., Fallos: 299:105; 304:1699 y 308:1922).

Sin embargo, también se ha establecido que: *"...las sentencias de los tribunales colegiados no pueden concebirse como una colección o sumatoria de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino como el producto de un intercambio racional de ideas entre ellos (Fallos: 308:2188; 312:1500)..."* (Fallos: 321:2738), toda vez que la esencia de las resoluciones judiciales es que las mismas constituyan *"...una unidad lógica-jurídica, cuya validez depende no sólo de que la mayoría convenga en lo atinente a la parte dispositiva sino que también ostente una sustancial coincidencia en los fundamentos que permitan llegar a una conclusión adoptada por la mayoría absoluta de los miembros del tribunal (confr. Fallos: 304:590; 308:139, entre otros)..."* (Fallos: 313:475).

Incluso, desde una perspectiva filosófica, se ha formulado una reflexión adicional: *"...No se trata, exactamente, de que las razones integren el resultado, sino de que la bondad del resultado depende de la coincidencia en las razones..."* (Farrell, Martín D., "La argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos", La Ley 2003-F, 1161).

En ese orden de ideas, si nos atenemos estrictamente a los términos de la anterior decisión, advertimos que el Dr. Dedominichi concluyó que no hubo dudas acerca del despojo (fs. 57 vta. y 76vta.), por lo tanto, la alegación de la defensa referida a que no estaría probada la tipicidad objetiva del robo es, en

realidad, una argumentación basada en un error material contenido en el último tramo de su voto (fs. 76vta.), tal como ya nos ocupamos de señalar.

Por lo demás, los magistrados que conformaron la mayoría -Dres. Dedominichi y Varessio- dispusieron aumentar el monto de la pena después de coincidir en evaluar, como circunstancias agravantes, la naturaleza de la acción y los medios empleados para ejecutarla (cfr. fs. 75vta./76, 82vta.). En particular, mencionaron que Rubio llevó a las víctimas un lugar alejado para que no pudieran ser socorridas por terceras personas, y que el hecho denotó un plus de maldad, por cuanto mientras le apoyaba el arma blanca en el cuello a una de ellas, le preguntaba a la otra qué estaba dispuesta a hacer para salvar la vida de su amiga (fs. 76). Por ello, resulta indiferente si uno de ellos también valoró la duración del hecho (Dr. Dedominichi) y el otro (Dr. Varessio), después de manifestar que le asistía razón al Juez del primer voto, ponderó la poca sensibilidad al castigo que muestra el imputado, desde que, en lo esencial, existe una coincidencia sustancial de opiniones entre ambos magistrados.

Sentado ello, los Dres. Richard Trinchero y Liliana Beatriz Deiub pusieron de resalto, al momento de revisar el monto de pena (fs. 171/171vta. y 173vta.), que la duración del hecho -en cuanto supuso un mayor sufrimiento para las víctimas- fue el factor decisivo para disponer un incremento en la graduación de la pena.

Una vez aclarado ese extremo, nos ocuparemos de las críticas referidas a la sentencia n° 90/2015, en lo que concierne al *quantum* punitivo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación lleva dicho en relación a esta temática que: "...*'si bien el ejercicio de la facultad de los jueces de la causa, para graduar las sanciones dentro de los límites ofrecidos para ello por las leyes respectivas no suscita, en principio, cuestiones que quepan decidir en la instancia del artículo 14 de la ley 48, cabe apartarse de dicha regla cuando se ha ocasionado un agravio a la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso que, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, se tiende a resguardar, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa'...*" (Fallos: 320:1463; 330:393, por remisión al dictamen del señor Procurador Fiscal).

A fin de cuentas, se exige que la sentencia explicité las razones por las que se elige una pena de determinada naturaleza e intensidad (Fallos: 314:1909; 331:2343, cons. 8°), del voto de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni), debido a que: "...*Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales...*" (Fallos: 329:3680, considerando

19), del voto de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco, Juan C. Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo L. Lorenzetti).

Como se destacó en los puntos anteriores, la revisión integral de la graduación de la pena fue practicada por el Tribunal de Impugnación en la sentencia n° 90/2015 (fs. 129/175vta.), donde se materializó el doble conforme.

En tal sentido, los reparos formulados por la defensa serán rechazados de plano, debiendo destacarse que los magistrados valoraron, a los fines típicos, las circunstancias de realización del abuso sexual gravemente ultrajante (fs. 170vta./171, y 172/173vta.), siendo la duración del hecho una materia considerada para graduar la pena.

En concreto, en la sentencia aludida se afirmó que: *"...todos los actos de contenido sexual realizados por Rubio sobre las víctimas son per se 'gravemente ultrajantes'..."* (fs. 169vta.), pues *"...obligó a [M. E.] [a] tocar en la cola a [G.]; (...) les introdujo los dedos en la vagina a ambas y las masturbó (...); (...) las víctimas aparecieron desnudas delante de las personas que las auxiliaron..."* (fs. 170/170vta., y fs. 173vta./174), actos de indudable contenido humillante y vejatorio para ambas jóvenes; considerando asimismo el *a quo* que la prolongación del acto ilícito reprochado -dos horas de duración, aproximadamente- es una circunstancia relevante para fijar la pena en un monto mayor al establecido por el Juez de grado (que pasó de catorce a dieciocho años de

prisión), por agravar el daño psicológico padecido por las víctimas y suponer una mayor afectación a su dignidad.

A fin de cuentas, el razonamiento no es arbitrario y lo significativo, a los fines de esta causa, es que no se incurrió en una doble valoración prohibida de un elemento contenido en el tipo penal, sino que, muy por el contrario, la pena seleccionada es afín a los principios de proporcionalidad y de culpabilidad por el hecho.

Tampoco puede soslayarse que el imputado llevó a las dos víctimas a un lugar alejado con el fin de cometer el delito, el cual se extendió por casi dos horas, que se trata de un ex policía y que reviste la calidad de reincidente (fs. 163vta.).

Incluso, una atenta revisión de los audios de las audiencias orales nos convence sobre la intensidad con que resultó afectado el bien jurídico, que, desde ya, comprometió a dos víctimas.

Así, [M. E. O.] señaló que: "...nos hace sacar la ropa interior..." (cfr. video de la audiencia del día 18/06/2015, 35:50 min.), "...siempre pinchándome con el cuchillo..." (36:25 min.), "...querés que matemos a esta hija de puta..." (36:55 min.), "...me empieza a tocar con sus dedos en mi vagina y hacía movimientos de arriba hacia abajo con sus dedos hasta que los introdujo pero con toda su bronca me los introdujo..." (37:50 min.), "...me pidió que gima..." (38:15 min.), "...me hacía tocar a [G.], porque me hacía tocarle la cola...", "...me besaba todos los pechos, me besó el cuello..."

(38:55 min.). A su vez, [G. K.] declaró que: "...nos tocó los pechos..." (cfr. video de la audiencia del día 18/06/2015 11:25 min.), "...Él dijo que le hacía recordar a la hija de puta que lo mandó en cana..." (12:20), "...la agarra a [E.] le pone el cuchillo en la garganta y le dice querés que la matemos a la hija de puta ésta..." (26:00 min.), "...[E.] me toca la nalga..." (27:40 min.), "...la agarra a [E.] y le penetra los dedos y le susurra 'estás culeada'..." (28:10 min.), mientras le decía: "...te confunde porque te está gustando..." (28:55 min.), "...después siguió conmigo..." (29:20 min.), "...me penetraba los dedos en la vagina, con fuerza, sádicamente..." (30:20 min.).

En relación con esto último, cabe traer a colación el punto de vista de la Dra. Patricia S. Ziffer cuando refiere que: *"...Todas aquellas reflexiones que ya han sido tomadas en cuenta por el legislador al establecer el tipo penal, o dicho de otro modo, todas aquellas circunstancias que fundamentan el ilícito, no pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena para un hecho concreto. (...). Es la prohibición de 'llevar doble contabilidad', como lo dice Bruns, y alcanza no sólo a los elementos del tipo estrictamente, sino también al 'fin de la norma'. (...). Ilícito y culpabilidad son conceptos graduables, y el paso decisivo de la determinación de la pena es definir su gravedad. Para esto es imprescindible recurrir a las circunstancias que fundamentan la punibilidad y establecer su grado. La gradación del ilícito es el terreno propio de la prohibición de doble valoración. Así, en el caso del*

robo, si bien no se podría valorar el uso de violencia 'en sí', nada impediría considerar el grado de violencia, leve o intensa, que hubiera empleado el autor para el hecho..." (aut. cit., "Lineamientos de la determinación de la pena", 2° edición, Ad-Hoc, Bs. As., 2005, pág. 107).

A una solución similar arriba el Dr. Esteban Righi al decir que: "...Si bien los conceptos de injusto y culpabilidad vienen dados por la teoría del delito existe una diferencia de perspectiva, ya que mientras a los fines de la imputación lo que interesa es si concurren sus presupuestos, lo que se considera en el ámbito de la medición de la pena, dado que se trata de nociones mensurables, es su intensidad..." (aut. cit., "Teoría de la Pena", Hammurabi, Bs. As., 2001, pág. 223).

Es decir, "...Si bien la ofensa al bien jurídico es, por regla, no computable para la graduación de la pena en tanto integra el resultado típico, se acepta que existe un standard mínimo de realización del tipo, que una vez excedido da lugar a valoraciones agravantes de la sanción..." (Fleming, Abel - López Viñals, Pablo. "Las Penas", 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, pág. 370).

En síntesis, si bien los delitos de agresión sexual contemplados en la norma aplicada tienen en sí mismos un componente que implica necesariamente la degradación, la humillación y la vejación de las víctimas (situación ya prevista por el legislador y reflejada en la ley); es obvio que los jueces, dentro del arco penológico que ella ofrece, deben mensurar la pena que

corresponde de acuerdo a las particulares circunstancias de su realización. Y no otra cosa hicieron los magistrados que graduaron (en mayor intensidad) la pena de Agripino Rubio, en tanto atendieron al carácter particularmente vejatorio y degradante de su ejecución, tal como fluye de las circunstancias especialmente evocadas por éstos y que fueron confirmadas, a su turno, por otros magistrados del Tribunal de Impugnación. Y si bien el apelante tilda a ambas sentencias de arbitrarias, ciertamente ello no sucede en el caso aquí examinado, conforme a los fundamentos previamente expresados.

En suma, este gravamen también debe ser desestimado.

Sin costas en la instancia, en atención a la naturaleza de las cuestiones debatidas y las características propias del caso (art. 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.).

Por todo ello, esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

I.- Declarar **INADMISIBLE** la impugnación extraordinaria interpuesta por la Unidad Operativa n° 3 de la Defensoría Pública Oficial, agregada a fs. 86/111, a favor de **AGRIPINO ALEJANDRO RUBIO**.

II.- Declarar **INADMISIBLE** la impugnación deducida por esa misma parte, a fs. 182/205 vta., articulada en favor del mismo imputado.

III.- SIN COSTAS (art. 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.).

IV.- Notifíquese, regístrese y hágase saber de ello a la Oficina Judicial a los fines pertinentes.

Dr. ALFREDO ELOSU LARUMBE
Vocal

Dra. M. SOLEDAD GENNARI
Vocal

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA
Secretario

Firmado por: TRIEMSTRA Andres
Claudio
Fecha y hora: 15.03.2016 11:12:40