



FALLO N° 37/19 -SALA B-. En la ciudad de Santa Rosa, capital de la Provincia de La Pampa, a los tres días del mes de julio del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala B del Tribunal de Impugnación Penal, integrada por los Sres. Jueces Fernando G. Rivarola y Mauricio F. Piombi, asistidos por la Sra. Secretaria, María Elena Grégoire, a los efectos de resolver el recurso de impugnación interpuesto en el legajo n° 43507/1, caratulada: "O [REDACTED] F [REDACTED] A [REDACTED] S/ Recurso de Impugnación", y

RESULTANDO:

Que la Jueza Sustituta María José Gianinetto, en carácter de Juez unipersonal de Audiencia de Juicio de la Segunda Circunscripción Judicial, con fecha siete de mayo del corriente año condenó a F [REDACTED] A [REDACTED] O [REDACTED] DNI N° 28.544.622, argentino, soltero, nacido el 08/06/1981 en esta ciudad, de profesión comerciante, instrucción secundaria incompleta, hijo de L [REDACTED] O [REDACTED] y de M [REDACTED] O [REDACTED] L [REDACTED] como autor material y penalmente responsable de los delitos de LESIONES LEVES CALIFICADAS POR HABER SIDO COMETIDAS CONTRA LA PERSONA CON LA QUE SE MANTIENE O MANTUVO UNA RELACIÓN DE PAREJA y LESIONES LEVES AGRAVADAS POR HABER SIDO COMETIDAS CONTRA UN DESCENDIENTE, AMENAZAS CALIFICADAS POR EL USO DE ARMA y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL en CONCURSO REAL (arts. 92 en relación con los arts. 89 y 80 inc. 1º, 149 bis primer párrafo segundo supuesto, 119 tercer párrafo y 55 del Código Penal) a la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales y costas (arts. 12, 40 y 41 del C.P. y arts. 355, 474 y 475 C.P.P.)

Que, contra la resolución antes mencionada los abogados Carlos Pedro Febre y Jerónimo Altamirano, letrados del condenado F [REDACTED] A [REDACTED] O [REDACTED] presentaron recurso de impugnación porque consideraron que existe una errónea valoración de la prueba.

Que la sentenciante se basó en los informes psicológicos de María Laura Cabot, Lic. Adriana Piras y Rubén Bochio.

Agregaron que no existió en la víctima ausencia de semen y tampoco de líquido preseminal que avalen la postura de la Juez de Audiencia. Que surge de los informes médicos que en la zona eritematosa de la vagina hay un enrojecimiento, a lo cual estos detallaron que se debe a múltiples factores, "puede ser por causa de relaciones sexuales, por bacterias, hongos virus el aspecto puede ser muy amplio. La prueba fue manejada entender los letrados defensores torna la sentencia en arbitraria.

Por último subrayan los letrados defensores solicitan que se debe aplicar el indubio pro reo y en caso que el Tribunal con la valoración de la prueba realizada por la Jueza, se aplique el mínimo de la pena.

CONSIDERANDO:

Que, integrada la Sala en su conformación y pasada ésta a estudio, se fijó la audiencia prevista en el art. 410 del C.P.P. para el 12 de junio del corriente año, donde también tomó conocimiento "de visu" del imputado, y habiéndose llamado a autos para



sentencia, ha quedado ésta ahora en condiciones de ser resuelta, quedando establecido el orden sucesivo de votación, correspondiéndole el primero al Dr. Fernando G. Rivarola y, luego al Dr. Mauricio F. Piombi.

El Sr. Juez Fernando G. Rivarola dijo:

En primer lugar, corresponde afirmar que el recurso de impugnación interpuesto por los letrados defensores de F [REDACTED] A [REDACTED] O [REDACTED] resulta admisible a tenor de lo preceptuado por los arts. 402 inc. 1 y 2 del Cód. Proc. Penal

Que en la presentación interpuesta aparecen debidamente explicitados los agravios que sustentan el recurso, surgiendo de los mismos, conforme la reseña señalada supra, el marco en que este Tribunal revisor debe realizar el máximo esfuerzo de contralor para garantizar a quien fuera condenado mediante sentencia aún no firme, el derecho que tiene a que su caso sea visto una vez más en forma integral, a los fines de legitimar el poder punitivo estatal, conforme lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.2.h) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.5), a los que adhiriera nuestro país y por ende forman parte de nuestro derecho positivo vigente y ser integrativos al concepto de debido proceso constitucional, emergente del art. 18 de nuestra Constitución Nacional.

Los agravios del impugnante, conforme fuera relatado precedentemente deberán ser examinados a la luz de las constancias probatorias incorporadas legítimamente, prescindiendo de todas aquellas cuestiones que resultan propias de la intermediación, tal como fuera fijado por la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal en el precedente "Casal"-

Ello así, y teniendo en consideración que ese Alto Cuerpo en la jurisprudencia aludida señala que "la revisión así entendida implica la eliminación de las limitantes por cuestiones de hecho y de derecho, debiendo aplicarse en nuestro derecho la teoría que en la doctrina alemana se conoce como del agotamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento", habré de ingresar al examen de la cuestión planteada con la amplitud de conocimiento y revisión expuesta.

El impugnante ha fundado sus agravios en relación a una errónea valoración de la prueba por parte del Tribunal de juicio, así como también a la errónea aplicación de la ley sustantiva en cuanto a la valoración de las distintas pautas determinantes para la mensuración de la pena concretamente aplicada.

Ingresando al análisis de la primera cuestión planteada, se hace necesario destacar a priori, tal como señaláramos en anteriores pronunciamientos en que nos referimos a cuestiones similares a la que nos ocupa, que debido a la particular naturaleza del hecho investigado, cuya modalidad fáctica opera dentro de un ámbito de intimidad, generalmente en ausencia de testigos presenciales, cometidos al amparo de una situación de soledad de los protagonistas y en donde el temor inhibe a las víctimas, no cabe esperar generalmente pruebas directas o evidencias incontestables, dado que el autor procede en lo común tratando de ocultar su acción a la vista de terceros.



Previo debo decir que la Jueza de Audiencia Sustituta María José Gianinetto, fijó el hecho de la siguiente manera: "los hechos ocurridos en el domicilio de calle 108 N° 512 Norte de esta ciudad, el 14/08/2018, compartido por el grupo familiar conformado por C [REDACTED] A [REDACTED] R [REDACTED] y su pareja F [REDACTED] A [REDACTED] O [REDACTED] junto a las hijas de ambos, K [REDACTED] (de 12 años de edad) y Arilene (de dos años), y que habrían sucedido en la cocina comedor de la casa y baño; para luego analizar los hechos acaecidos en el interior del dormitorio matrimonial.

La investigación se inició por la denuncia que realizara R [REDACTED] en sede de la Unidad Funcional de Género, Niñez y Adolescencia de esta ciudad el 15/8/18 expresando que la noche anterior luego de una discusión fue agredida por su pareja, quien también golpeó a su hija mayor y las amenazó.

Del material probatorio incorporado en las distintas audiencias surgió con certeza que el día 14/08/18 alrededor de las 23.00 horas existió una discusión entre la pareja Rekovsky y C [REDACTED] por una supuesta infidelidad del último, y éste golpeó a la denunciante y la hija de ambos, K [REDACTED] quien intervino en defensa de su madre ante la agresión, resultando también agredida y amenazada con una cuchilla.

Del testimonio de C [REDACTED] R [REDACTED] quien sostuvo en la audiencia un relato detallado y preciso de lo ocurrido aquella noche. Expresó que C [REDACTED] era una persona violenta, de quien hacía mucho tiempo quería separarse pero que no podía hacerlo, y que aquella noche por una cuestión menor -supuesta infidelidad- se desató una fuerte discusión que terminó en una agresión hacia ella, comenzando con empujones en el baño, piñas en los brazos y de un tirón le arrancó un mechón de cabello de la cabeza. Que allí la tomó del cuello e intervino su hija mayor, K [REDACTED] a quien C [REDACTED] le arranca una cadenita que tenía colocada en el cuello en el forcejeo. También estaba presente la niña menor, de dos años de edad.

Que la situación continúa en el comedor de la casa, pero K [REDACTED] se retira del lugar con su hermana menor.

Alega el impugnante que la sentencia valora como único elemento de cargo el relato de la supuesta víctima, y se basa en meras impresiones personales de quienes los llevaron a cabo, insuficientes a su criterio, para evaluar la verosimilitud de los dichos vertidos por la menor.

l) Al respecto, debo señalar que ninguna duda cabe que le resulta difícil al juzgador determinar o no lo que una persona expresa, sea esta víctima o acusado, toda vez que es un tema complejo y difícil de desentrañar para lograr la verdad material e histórica de un episodio como el que nos ocupa.

He sostenido también, que la imputación de la víctima y la incorporación de indicios relevantes son de por sí suficientes para acreditar que el imputado ha participado en la comisión del ilícito. Lo contrario, ante la ausencia de testigos representaría la impunidad del autor. Ello sin perjuicio que "estos indicios o rastros o vestigios, no puedan dejar de ser sometidos a una evaluación crítica, dado que su eficacia se funda en su calidad y no en su



cantidad.

Es doctrina de la Corte Suprema que, "sin duda, la prueba en los delitos contra la honestidad, como en el presente caso, resulta de difícil recolección, no solo por los desarreglos psicológicos que provocan en la víctima después de ocurrido el evento, sino también por el transcurso del tiempo hasta que llega la noticia criminis al Tribunal. Ello no significa que resulte de imposible investigación, ni que pueda fragmentarse la prueba, quitándole sustento a lo que en su conjunto lo tiene".

En tal sentido, nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que, en estos casos "habrá que valorar las pruebas teniendo en cuenta cada uno de los aspectos relevantes de la instrucción para arribar a un fallo definitivo que sea comprensivo y abarcador de los elementos recolectados" (C.S.J.N., "Vera Rojas, Rolando", resuelta el día 15/07/1.997)-

En este punto, debe indicarse que el estándar probatorio de un proceso penal como el presente exigen la aplicación de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional -la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, "Belem Do Pará", y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer "CEDAW", así como de la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

En ese marco, la sentenciante valoró el testimonio prestado por la damnificada, que evaluado con el cuadro probatorio integral, formó su convicción sobre los hechos objeto de proceso.

La Corte Interamericana reconoció que sus dichos constituyen un elemento probatorio fundamental en esta especie de procesos (v. Corte IDH, caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010, 100." En primer lugar, a la Corte le resulta evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho".

No cabe duda alguna que en este tipo de hechos delictivos el testimonio de la víctima debe revestir mayor importancia ya que generalmente se cometen a la "sombra", con la total carencia de presencias de terceros.

La Corte Suprema sostuvo "...la declaración testimonial es un medio de prueba que se privilegia frente a modos particulares de ejecución en los que deliberadamente se borran las huellas, o bien se trata de delitos que no dejen rastros de su perpetración, o se cometen al amparo de la privacidad. En tales supuestos a los testigos se los llama necesarios." (Fallos: 309:319 CSJN).

Alega el recurrente la imposibilidad que el condenado O [REDACTED] haya penetrado a la víctima ya que no surge de los informes técnicos, ni de la declaración del perito elementos de cargo de entidad para determinar tal circunstancia.



Surge de los mismos que con resultado negativo. Así se le efectuó la reacción de fosfatasa acida fracción prostática, sintetizada solamente por la próstata y presente en alta concentración de líquido seminal, arrojando resultado negativo, lo cual indica ausencia de líquido seminal, tal lo establece el médico Guillermo Liboa.

Si bien podríamos establecer que le asiste la razón parcialmente a la defensa en cuanto a lo expresado por el Dr. Liboa, lo cierto es que no basta ello para tener por acreditada la cópula. Debemos observar que O [REDACTED] siempre actuó con violencia, no solo física, sino psíquica sobre la víctima, lo que podríamos asimilar al macho alfa de la manada, demostrando su poderío llevando a la cama a la misma, para accederla carnalmente sin su consentimiento. No es necesario que la copulación se produzca y como consecuencia que los espermatozoides sean descargados sobre la víctima, si bien puede ser un acto reflejo, dada las circunstancias en que el mismo se está produciendo -en circunstancia de violencia- pareciera más un acto de poder sobre el otro que un deseo sexual. Tan es así que la víctima en ningún momento siente que sobre la superficie de su cuerpo se haya derramado semen, y menos aún sobre la vagina.

Ello denota con todos los elementos periféricos que existen en la presente causa que resulta ser más una demostración de poderío que de deseo sexual, ni siquiera le sacó la ropa interior con fuerza lo que hubiera hecho pensar que O [REDACTED] quería acabar dentro de ella y no sucedió.

Pero a esos elementos debo hacerlo jugar en conjunto con los otros indicios que son los informes médicos donde se detallan las lesiones sufrida por la víctima O [REDACTED] A [REDACTED] R [REDACTED] quien tiene hematoma encara externa del brazo derecho, dos hematomas de cinta 2.5 cm de ancho en el hombro izquierdo, pérdida de cabello y al examen ginecológico se encontró un himen desgarrado y cicatrizado de larga data y eritema generalizado de mucosa vaginal.

Estos elementos de cargo, sumado los estudios psicológicos realizados en la víctima, quien denotó una personalidad vulnerable, habiendo sufrido abuso sexuales desde niña, hacen que la misma actúe durante el tiempo que duro la relación sin tener conciencia de lo que le ocurría, internalizó que la relación que padecía era normal, hasta que a través de terapias que realizara verificó en su interior que sufría un maltrato por parte de su pareja, que las relaciones sexuales eran generalmente no consentidas, pero ello es explicado en forma fehaciente por la Dra. Piras, quien describe la personalidad de la damnificada y el por qué de su accionar.

En caso de la menor se encontró en K [REDACTED] O [REDACTED] escoriaciones en dorso de nariz, varias y más pequeñas en zona mala izquierda. Escoriaciones en codo derecho, en región cervical izquierda, y escoriación en brazo izquierdo en forma de U invertida.

Ello me hace sostener que la declaración en Cámara Gesell de la menor en ningún momento se muestra mendaz, ya que establece que su padre le pego cuando se interpuso para separarlos en la pelea, como así que la misma escucho que su padre le sacaba la bombacha a su madre y la penetraba sin su consentimiento.



En esta instancia, la defensa cuestiona la valoración de las pruebas reunidas por estimar que resultan insuficientes para establecer la responsabilidad penal de su ahijado procesal. Pruebas que fueron ofrecidas por ambas partes durante la audiencia del art. 308 del C.P.P., las cuales fueron admitidas por las partes y no fueron cuestionadas durante la incorporación por la jueza de audiencia lo que torna a mi consideración que las partes convalidaron las mismas, no produciéndose ninguna actividad procesal defectuosa lo que son válidas en todo sentido.

Debo citar a Rubén El FIGARI -Delitos de índole sexual doctrina nacional y actual, segunda edición -SS -editores- al decir pág. 178 y sig.- "Finalmente, se encuentra la tesis mayoritaria que sostiene que existe violación en todos los supuestos en que el marido accede carnalmente a la esposa contra su voluntad y mediante el uso de violencia", "...Pero lejos de ello se encuentra el hecho de que el matrimonio legitime cualquier tipo de intimidación o violencia que se ejercite en perjuicio de la mujer, tal es el acceder en forma violenta algún tipo de relación sexual, de lo contrario se estaría instrumentado una cosificación de la víctima y si el abuso sexual con acceso carnal es sancionado cuando tiene lugar en detrimento de cualquier persona, se estaría descrinando a la mujer en forma injusta por el solo hecho de ser la cónyuge o concubina".

En este contexto, las pruebas de cargo que conforman el plexo probatorio permiten convalidar el relato de la menor víctima y valorarlos a la luz de la sana crítica (art. 370 del cód. ritual) han permitido conformar un cuadro convictivo con entidad suficiente para acreditar la materialidad de los hechos investigados, que las conductas acreditadas configuran el delito imputado y que F [REDACTED] O [REDACTED] es su autor, sin que se advierta deficiencias en la fundamentación de la Sentencia.

En suma, el relato de la víctima, de la hija menor, y el resto del material probatorio que como se dijera fuera ofrecido durante la audiencia del art 308 del C.P.P y fueran aceptados por las partes e incorporado por la Jueza de Audiencia en el juicio otorgan verosimilitud a los hechos denunciados y descartan la postura exculpatoria esgrimida por el encartado que niega su participación en los hechos investigados.

Al respecto, doctrina y jurisprudencia son contestes en señalar que la ponderación del relato de quien refiere haber sido abusado, la realización de estudios y evaluaciones con métodos y recursos psicológicos constituyen una herramienta válida para inferir si aquellas tienen relación con hechos vivenciados, o pueden resultar de la inducción de percepciones irreales o distorsionadas por parte de terceras personas; como así si se está frente a una personalidad fabuladora, si existe persistencia del relato a través del tiempo y si exhibe una estructura lógica adecuada a la edad y madurez de la víctima.

En mérito a ello considero que la prueba incorporada, enunciada anteriormente, me permite concluir el acierto de la resolución puesta en crisis y que la sentencia atacada es correcta y sigue los lineamientos de la sana crítica racional, toda vez que los fundamentos vertidos en la misma permiten afirmar que ha existido una relación necesaria entre los indicios, la prueba directa y la conclusión arribada, la cual permite sustentar válidamente la declaración



de certeza que requiere una sentencia condenatoria, toda vez que permitió tener por acreditado que el acusado a F [REDACTED] A [REDACTED] O [REDACTED] abusó sexualmente de la víctima, no advirtiendo en el resolutivo atacado una valoración arbitraria o sesgada con relación a la totalidad de la prueba producida.

Ello así, la reconstrucción histórica de los hechos efectuada por el tribunal resulta acorde a la prueba colectada y atento a su racionalidad, no percibo violación alguna a las reglas que inspiran la sana crítica racional, ni presenta afectación alguna al principio constitucional del debido proceso, por lo que la impugnación deducida en este agravio por la defensa técnica de F [REDACTED] O [REDACTED] debe ser desestimado.

II) Sentado ello, cabe entonces analizar el segundo de los agravios deducido por la defensa, en relación con la valoración de las pautas determinantes de la mensuración de la pena concretamente aplicada, considerando el peticionarte que debe reducirse la pena impuesta, aplicándose una que resulte proporcional al hecho y la culpabilidad, conforme surge de la causa y teniendo en cuenta las pautas de valoración en su totalidad.

Debe recordarse que en autos el tribunal de juicio condenó a F [REDACTED] A [REDACTED] O [REDACTED] como autor material y penalmente responsable de los delitos de los delitos de LESIONES LEVES CALIFICADAS POR HABER SIDO COMETIDAS CONTRA LA PERSONA CON LA QUE SE MANTIENE O MANTUVO UNA RELACIÓN DE PAREJA y LESIONES LEVES AGRAVADAS POR HABER SIDO COMETIDAS CONTRA UN DESCENDIENTE, AMENAZAS CALIFICADAS POR EL USO DE ARMA y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL en CONCURSO REAL (arts. 92 en relación con los arts. 89 y 80 inc. 1º, 149 bis primer párrafo segundo supuesto, 119 tercer párrafo y 55 del Código Penal) a la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales y costas (arts. 12, 40 y 41 del C.P. y arts. 355, 474 y 475 C.P.P.)

Conforme sostuviéramos en anteriores pronunciamientos, la discrecionalidad judicial para la determinación o individualización de la pena encuentra como únicos límites los montos mínimos y máximos previstos en la escala pena que fija la norma, ello en cuanto que los excesos tanto por encima o por debajo de la previsión legal imparten una arbitrariedad susceptible de ser corregida.

Tengo en cuenta además que tal discrecionalidad está reglada por cuanto la ley fija un conjunto de circunstancias que se deben ponderar para determinar la especie, monto y modo de cumplimiento de la sanción, por lo que la magnitud del injusto penal y el grado de reprochabilidad determinan el monto de la pena.

En tal análisis, la determinación de la pena supone un complejo de decisiones relativas a diferentes cuestiones, lo cual implica una serie de apreciaciones intelectuales que se realizan en diferentes niveles. Tal como lo señala Andrés D' Alessio "En los arts. 40 y 41 se formulan pautas generales de individualización de la pena a fin de delimitar el arbitrio del magistrado, constituyendo el art. 41 la base legal infra constitucional más importante del derecho de cuantificación (o determinación) penal argentino"... "El sentido de estas reglas orientadoras radican en que guían la decisión judicial e implican el deber de



fundamentación explícita que hace posible el control crítico-racional del proceso de individualización de la pena..." (Código Penal comentado y anotado, Parte General, 1a ed. Bs. As., La Ley, 2005, págs. 422 y 423).

En esta inteligencia y entrando al examen de la cuestión que nos ocupa, habré de coincidir con el Fiscal en cuanto a que respecto al monto punitivo impuesto el tribunal interviniente ha expresado claramente cuáles son las razones que lo llevaron a escoger la sanción que ha aplicado, la que resulta proporcional, no solamente en cuanto a la culpabilidad atribuida sino además con la entidad lesiva de los hechos investigados no importando tal pronunciamiento una violación al principio de congruencia toda vez que la continuidad del supuesto fáctico, en sus caracteres esenciales se ha respetado.

Y ello es así ya que la congruencia que reclama el debido proceso es entre el hecho intimado y aquel sobre el que versa la sentencia, quedando excluido de dicha exigencia el aspecto jurídico ya que tal principio no alcanza a la calificación legal del hecho imputado, toda vez que el tribunal de mérito tiene plena libertad para elegir la norma aplicable al caso.

En suma, considero que los criterios seleccionados por los magistrados resultaron suficientes y guardan proporcionalidad, razonabilidad y necesidad atento la magnitud del contenido del ilícito, de los hechos y la gravedad de la lesión de los bienes jurídicos afectados por los mismos y ameritan la imposición de la pena impuesta.

Concluyo entonces, en cuanto a los agravios referidos a la pena que le fuera impuesta al encartado, que corresponde desestimarlos, toda vez que han sido dados dentro de los parámetros legales, siendo el monto aplicado correcto en función de tales circunstancias y aparece como respetuosa de los principios reseñados.

En consecuencia, no advierto en la sentencia puesta en crisis, violación a las reglas de la lógica y la sana crítica, toda vez que posee elementos de motivación suficientes -fácticos y jurídicos- que la justifican, por lo que entiendo que el criterio sustentado por los señores jueces del tribunal sentenciaste debe mantenerse incólume.

Que el Dr. Mauricio F. Piombi, Dijo:

Que comparto los fundamentos vertidos por mi colega preopinante, Dr. Fernando G. Rivarola, por lo que adhiero en un todo a su voto.

En mérito al acuerdo que antecede, la Sala "B" del TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN PENAL:
FALLA:

1.-) NO HACER LUGAR a la impugnación deducida por la defensa técnica del imputado F [REDACTED] A [REDACTED] O [REDACTED] CONFIRMANDO en todos sus términos el fallo n° 1092 de fecha 07 de mayo del corriente, dictado por la Jueza de Audiencia Sustituta de la Segunda Circunscripción Judicial Dra. María José Gianinetta en todos sus términos.

2.-) NOTIFÍQUESE PROTOCOLÍCESE el original. Ortunamente ARCHÍVENSE las presentes actuaciones. CÚMPLASE.



GREGOIRE MARIA ELENA

Secretaria

PIOMBI MAURICIO
FEDERICO

Juez TIP

RIVAROLA Fernando Gabriel

Juez TIP