



## **Tribunal de Impugnación Provincial**

**SENTENCIA N° 05 /2021:** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los treinta (30) días del mes de Marzo dos mil veintiuno, se reúne la Sala del Tribunal de Impugnación Provincial de Neuquén conformado por los magistrados Andrés Repetto, Federico Augusto Sommer y Richard Trincheri, presididos por el ultimo nombrado, para dictar sentencia en instancia de impugnación en Legajo N° 146.474/2019, en caso caratulado "**COSTANZO, LUCAS DAMIÁN S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL**", tramitado en contra del imputado LUCAS DAMIÁN COSTANZO, DNI N° 40.066.889, con demás datos personales obrantes en el legajo.

**ANTECEDENTES:** **I.** El Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Leandro Nieves, Fernando Zvilling y Daniel Varessio dictó sentencia de responsabilidad en fecha 11 de Diciembre de 2020 y sentencia de determinación de pena en fecha 10 de Febrero de 2021, por las que se resolvió condenar a LUCAS DAMIÁN COSTANZO, DNI N° 40.066.889, como autor penalmente responsable del delito de Abuso Sexual con acceso carnal, cometido el día 21 de Octubre de 2019, en calle Rodhe, Mza. 21, lote 14, Bo. Toma Norte, de la ciudad de Neuquén, en perjuicio de Elena Pallafef Bacar; para luego imponerle al nombrado la pena de seis años de prisión de cumplimiento efectivo, la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y las costas del proceso.

En contra de la sentencia de responsabilidad, la Defensa Oficial en representación del imputado y a cargo de la Dra. Verónica Zingoni, dedujo recurso de impugnación ordinaria (arts. 233, 236 y 239

del C.P.P.N.), celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 C.P.P.N. el pasado quince (15) de Marzo de 2021, oportunidad en que la parte impugnante expuso los fundamentos de su recurso y se trabó la controversia con la parte acusadora representada por el Dr. Rómulo Patti como Fiscal Jefe de la I Circunscripción Judicial.

Que se deja constancia que la audiencia fue celebrada de conformidad con lo establecido por el Decreto N° 169/20 de Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén que dispuso el aislamiento obligatorio, la realización de las tareas propias de la función en modo virtual y la habilitación de los dispositivos, herramientas y soluciones para facilitar el trabajo a distancia, y con lo determinado por Acuerdo Extraordinario N° 5925 del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén que autorizó que las audiencias penales se celebren mediante video conferencia bajo la plataforma Zoom.

**II.** Preliminarmente, la recurrente alegó la admisibilidad formal del recurso sin que hubiera oposición del representante del Ministerio Público Fiscal.

En primer término, sostuvo una valoración arbitraria, parcial y omisiva de los alegatos de la defensa, por lo que adujo una escasa argumentación de tres (3) hojas y un supuesto de arbitrariedad de sentencia. Sostuvo que hubo un recorte de los testimonios de dos peritos, con base en que el médico Diego Marton encuentra un hematoma en cara interna de ambos brazos, no en las muñecas y otra pequeña en cadera y muslo interno, mientras que la Lic. Mamani sostuvo que la víctima presentó una afectación del criterio de realidad. Formuló expresa crítica a la falta de análisis de la tesis elaborada por la Defensa y de la propia declaración del imputado. Indicó que su parte explicó una dinámica del hecho mucho más racional y posible que Elena, ya que el relato de ella se chocó con prueba que no acompañaba su testimonio a lo que adunó la falta del testimonio de Natalí González

Bravo -cuñada de Karen- quien estuvo presente el día que Elena hizo la denuncia y la llevó en su propio vehículo a la comisaría. Cita Jurisprudencia de nuestro máximo tribunal.

En segundo lugar, se agravia de la falta de fundamentación de la sentencia ya que en su posición, exhibe una motivación dogmática y sólo aparente, razón por la cual la considera una sentencia arbitraria. Cita precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En tercer lugar, valora el relato de Elena Pallalef y formula crítica respecto de la valoración de aquel relato en el pronunciamiento. Rechaza que pueda considerarse persistente al citado relato ya que la víctima agregó por primera vez en juicio un supuesto de amenaza de prenderla fuego o quitarle a su hijo. Agrega que en el testimonio cuestionado sostuvo que el acusado la sujetaba de los antebrazos y muñecas cuando ocurrió el hecho, pero que la única lesión del antebrazo era del suero que le suministraron y ninguna en las muñecas. Asimismo, que declaró que el hecho abusivo fue cometido en la cama de dos plazas pero que de las pruebas de ADN surgen fluidos de semen en la sábana naranja que estaba en el colchón de una plaza ubicada en el piso. Cuestiona que se hubiera citado por el Dr. Nieves un antecedente jurisprudencial de abuso sexual infantil, que habla de testimonio brindado en Cámara Gesell, que no resulta aplicable al caso. Cita jurisprudencia local.

En cuarto lugar, analiza los testimonios de Karen Pallalef, del efectivo policial Sepúlveda y de Lic. Cialella, y concluye en la contradicción de la sentencia con la información derivada de aquella fuente de información.

En quinto término, centra su crítica a la valoración de los testimonios de la Lic. Mamani y del Dr. Marton como única prueba científica presentada por la acusación, y advierte que aquella no acompaña el relato de la denunciante. Sostiene que la propia perito

afirmó que la denunciante tiene pocas habilidades sociales y no sabe relacionarse adecuadamente con los otros, por lo que en su opinión, esta prueba científica apoya la declaración del imputado. En tanto que con referencia al testimonio del Dr. Diego Marton, sostuvo en audiencia, que las lesiones permiten adunar la teoría del caso de la defensa. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Agrega que hubo una valoración arbitraria de las convenciones probatorias de las partes, en tanto referencia que el resultado de los análisis de ADN que acreditaron la presencia de semen del imputado en la víctima, en el colchón y en la bombacha negra, en realidad no apoyaba la tesis de la Fiscalía.

En tal sentido, postuló como solución derivada de la palmaria violación del deber de motivar como exigencia derivada del principio de razonabilidad y la protección de la defensa en juicio y el debido proceso legal, que este Tribunal haga lugar a la tacha de arbitrariedad que se reclama al planteo efectuado. Hace reserva del Caso Federal y de recurrir ante los Organismos Internacionales de Control de Convencionalidad.

Por todo lo expuesto, solicita que se dicte la absolución de Lucas Costanzo por arbitrariedad de sentencia.

**III.** A su turno, el Ministerio Público Fiscal representado por el Fiscal Jefe Dr. Rómulo Patti sostuvo que no se opone a la admisibilidad formal del recurso presentado, y solicita que se confirmen las sentencias que fueran dictadas por unanimidad de los miembros del Tribunal de Juicio.

Indica que los cuestionamientos configuran meras discrepancias de la prestigiosa letrada de la Defensa Oficial que no modifican la motivación de la sentencia de condena dictada, por lo que requiere la confirmación de la misma y la necesaria confirmación de la sentencia de pena derivada que no fuera objeto de controversia. Adujo

la plena aplicación al caso de los precedentes "Torres" y "Liendaf" del Tribunal Superior de Justicia del Neuquén. Agregó la existencia de una supremacía económica del imputado y de una relación machista y patriarcal. Indicó la presencia del clásico ciclo de la violencia de género y la referencia a la "Ley Micaela".

En ejercicio del derecho de la última palabra, la asistente técnica del imputado ratifica sus argumentos, agregó que la convivencia no está discutida, que el sometimiento no está acreditado y que son dos jóvenes con problemas sin la presencia de la citada relación asimétrica. Luego sendos litigantes respondieron precisiones que fueran formuladas por los integrantes de esta Sala revisora.

**IV.** Practicado sorteo para establecer el orden de votación, resultó que en primer término debe expedirse Federico Augusto Sommer, luego Richard Trincheri y finalmente Andrés Repetto. Cumplido el proceso deliberativo previsto en los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria del Digesto Adjetivo-, se ponen a consideración las siguientes **CUESTIONES: I)** ¿Es formalmente admisible la impugnación interpuesta?; en el supuesto afirmativo, **II)** ¿es procedente el recurso de impugnación ordinario incoado?; y en su caso, ¿Qué solución corresponde adoptar? y, por último, **III.-** ¿A quién corresponde la imposición de las costas?

**VOTACIÓN:** A la **primera cuestión, Federico Augusto Sommer** dijo:

Teniendo en cuenta que se observan cumplidos los recaudos temporales en la presentación efectuada, la presentación por parte subjetivamente legitimada, contra una decisión que es impugnabile desde el plano objetivo, junto a que hay conformidad de la contraparte acusadora en este tópico, anticipo que debe declararse la admisibilidad formal de la impugnación deducida por la Defensa Oficial (cfr. arts. 227, 233, 236 y 239 del C.P.P.N.).

**Richard Trincheri**, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por mi colega que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

**Andrés Repetto** manifestó: voto esta primera cuestión en igual sentido que el colega preopinante, por compartir sus fundamentos.

A la **segunda cuestión**, el magistrado **Federico Augusto Sommer** dijo:

**II. a)** Que debo iniciar el análisis de procedencia del recurso de impugnación interpuesto, dando cuenta que en el orden local la normativa procesal atribuyó a este Tribunal de Impugnación Provincial la calidad de órgano jurisdiccional con la función de practicar una revisión integral de la sentencia condenatoria dictada. En tal sentido, desde antes de la reforma procesal en nuestra provincia ya se había expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Casal" (Fallos 328:3399) respecto del estándar metodológico para determinar la razonabilidad de las sentencias en concordancia con la doctrina del control de convencionalidad (conf. art. 8.2. de la C.A.D.H.), y ahora este alcance de revisión de sentencia condenatoria fue expresamente ampliado por el legislador neuquino.

Que en igual sentido, la doctrina jurisprudencial local ha establecido que el Tribunal de Impugnación Provincial debe: "a) *comprobar que los magistrados del juicio hubieran dispuesto de la correcta actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que la prueba se hubiese incorporado bajo la vigencia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad ("juicio sobre la prueba")*; b) *comprobar la existencia de elemento probatorios con suficiente consistencia para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia ("juicio sobre*

*la suficiencia de la prueba”); y c) verificar que el tribunal de juicio haya cumplido con el deber de motivación, es decir, que se haya concretado de manera real el fundamento de la convicción del juzgador y que este convencimiento se base en parámetros lógicos y razonables (“juicio sobre la motivación y su razonabilidad”), labor que también se extiende a una función valorativa de pruebas no comprometidas con la inmediación pero que se desarrolla, en este último tipo de pruebas, bajo el control de la racionalidad de las inferencias realizadas, censurándose las fundamentaciones ilógicas o irracionales, absurdas y, en definitiva, arbitrarias” (Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, Sala Penal, R.I. Nro. 79 de fecha 16 de mayo de 2017, en caso **“ESPINOZA, VÍCTOR EDUARDO S/ LESIONES GRAVES AGRAVADAS”**; Acuerdo Nro. 33/2015 de fecha 16 de Mayo de 2017 en caso **“PALAVECINO PABLO ESTEBAN S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO”**, y más recientemente en R.I. Nro. 76 de fecha 23 de agosto de 2019 en caso **“CAMPO, JUAN ALBINO Y OTRO S/ USURPACIÓN”**).*

**II.b)** Repaso que la teoría jurídica de la acusadora fue atribuir al imputado del presente caso que *“abusó sexualmente de su ex pareja, Elena Andrea Pallalef Barcar, de 19 años de edad, el día 21 de Octubre del año 2019, en el domicilio de la joven Elena Pallalef, que se encuentra ubicado en calle Rodhe, mza. 21, lote 4, barrio Toma Norte, de la ciudad de Neuquén. Concretamente que allí, convivía con su ex pareja, el Sr. Lucas Costanzo, y por un acuerdo al que habían arribado, él se quedaría a vivir allí con ella y mantener al hijo que tienen en común, Gustavo Costanzo de 2 años de edad. Ése día, se encontraban durmiendo Costanzo con su hijo en la cama de dos plazas, y la víctima en un colchón que estaba dispuesto en el piso, al lado de la cama. Ya en horas de la mañana, pasadas las 10 hs. aproximadamente, el niño se*

*despertó y comenzó a deambular por la casa, por lo que Costanzo se levantó y se acostó en el colchón en donde estaba Elena, la destapó e intentó tocarla. Ella no dejó que la tocara, por lo que comenzaron a forcejear terminaron arriba de la cama. Allí, Costanzo la agarró fuertemente de las muñecas y antebrazos, y estando la víctima boca a arriba, se subió encima de ella. Ella intento sacárselo de encima y no lo logró, incluso intentó taparse su vagina para que no le hiciera nada. Fue ahí que Costanzo le corrió la bombacha y la penetró con su pene en la vagina sin usar preservativo. Así mantuvo relaciones sexuales con Elena en contra de su voluntad, sujetándola de los antebrazos y presionando con sus piernas de ella, mientras ella llorando le gritaba que no lo hiciera, que no quería. Finalmente, Costanzo eyaculó dentro de ella, y recién en ése momento ella pudo sacárselo de encima suyo”.*

En referencia a la impugnación de sentencia interpuesta, se debe destacar que la doctrina sostiene que *“el recurso debe ser motivado, y esa motivación debe ser suministrada por la parte recurrente... determinando concretamente el agravio, tanto en lo referente al vicio que denuncia como al derecho que lo sustenta... el tribunal de casación no puede conocer otros motivos que aquellos a los cuales se refieren los agravios...”* (Fernando De La Rúa, La Casación Penal, Ed. Depalma, Bs. As., 1994, pág. 224). Por su parte, la ley procesal local también requiere tal exigencia en tanto en sus arts. 242 y 245 se establece que la impugnación ordinaria se debe interponer por escrito (art. 242 C.P.P.N.) y que en la audiencia que se celebre las partes que comparezcan o sus abogados debatirán oralmente el fundamento del recurso y podrán ampliar la fundamentación o desistir de los motivos ya invocados (art. 245 del C.P.P.N.).



**II.c)** Así las cosas, atento el orden de motivos de agravios desarrollado en la audiencia celebrada habremos de abordar bajo estos recaudos la respuesta que tendrán los mismos.

En lo referente a la valoración arbitraria y omisiva, no advierto del análisis de la sentencia en crisis la alegada arbitrariedad o ausencia de fundamentación de la misma. Tampoco el invocado como palmario de "*salvar las falencias de la Fiscalía durante el juicio*", ya que contrariamente a lo referenciado, el Médico Forense -Dr. Diego Marton- indicó el hematoma en el antebrazo -por el suero- y en cara interna de ambos brazos. La impugnante controvirtió el fundamento de la sentencia y afirmó de modo categórico que la pericia médica no determinó la existencia de lesiones en las muñecas, aunque del visionado de la audiencia de juicio para el contraste con los argumentos vertidos en la sentencia de responsabilidad, se deriva que el citado perito refirió ruptura de vasos sanguíneos (Video filmación Nro. 495 de la audiencia del 26/11 en hora 2:26). A diferencia de lo esgrimido en el recurso, sostuvo que la causa de la misma deriva de traumatismo o de sujeción externa de vasos, que permiten explicar el hematoma de la cara interna del antebrazo, para agregar luego, que en muñeca y antebrazo compatible con sujeción por presión digital con fuerza que rompe vasos sanguíneos con data menor a las 24 horas (Video filmación Nro. 495 de la audiencia del 26/11 en hora 2:29 a 2:31). Estas lesiones constatadas permiten concluir en la debida motivación del decisorio y descartar la categórica afirmación de la parte recurrente, ya que mientras la letrada sostuvo que no hubo lesiones en antebrazos y muñecas, el video destaca esas lesiones en el antebrazo que se encuentra constatada y fotografiada. Estas lesiones constatadas, permiten ratificar la motivación del decisorio para descartar el alegado "consentimiento" de la víctima, y sin que resulte atinente esbozar que ser pareja o ex pareja, o conviviente o ex conviviente, permite al

hombre de la relación acceder sexualmente por la fuerza a la integrante mujer. Esta "resistencia" autoriza descartar la dinámica propuesta por la defensa, y se aleja de la alegada explicación "racional" que aquella parte destacara en audiencia. Por el contrario, el relato de Elena Pallalef da cuenta que la mañana del día 21/10/19 forcejearon por el celular de Elena y luego la agarró de las manos y los brazos, que la apretaba fuerte, que ella resistió un tiempo gritando e insultando y en un momento le corrió la ropa interior y la penetró hasta eyacular, que debido a la fuerza que ejercía Costanzo ella no podía moverse y que mientras la accedía le pedía perdón pero no la soltaba (Video filmación Nro. 495 de la audiencia del 26/11 en hora 1:25).

En referencia a la intervención de la Lic. Mamani, no resulta ajustada a la arbitrariedad denunciada ya que de la crítica habilidad social y las experiencias traumáticas que ha vivido Elena, no se deriva establecer que su problema de responder a determinadas situaciones y perder elementos del contexto permita generar una duda razonable respecto de la autoría establecida en la sentencia recurrida. Del cotejo del video pertinente, se advierte que la perito forense aplicó MPI y no da cuenta de una psicopatía y en tal sentido, a la luz de los antecedentes de vulnerabilidad, igualmente la profesional dictaminó el desarrollo en curso de estrés postraumático y sintomatología (Video filmación Nro. 397 de la audiencia del 27/11 en hora 0:56).

En tal sentido, luce ajustada a las pruebas rendidas en juicio la declaración de responsabilidad determinada, ya que se corresponde con la declaración de Elena Pallalef, quien sostuvo el acceso carnal por vía vaginal mediante violencia y permite descartar la existencia de una relación consentida. En aquella línea argumental, la propia sentencia se sustenta en el estándar señalado por doctrina y jurisprudencia en la materia y que determina como relevante "a) ausencia de móviles espurios, b) coherencia interna y externa del relato, c) persistencia en

*la incriminación y d) corroboración periférica del relato con datos de carácter objetivo. Dichos parámetros configuran un verdadero estándar probatorio con base en pronunciamientos de los máximos tribunales de justicia tanto a nivel local como internacional por lo que entiendo que es una adecuada prevención valorativa del examen del testimonio de la víctima”.*

Así las cosas, el fallo valora que conforme la teoría del caso de las partes y el descargo del imputado, la controversia quedó acotada a determinar si la relación sexual del 21/10/19 en la vivienda que compartían imputado y denunciante fue consentida por la joven Elena Pallalef en calidad de pareja o ex pareja del acusado. En igual inteligencia, reseñó la dificultad probatoria que presenta no sólo la investigación de conductas lesivas del bien jurídico integridad sexual, sino de la derivada de una relación de convivencia y de pareja preexistente, en cuanto labor de juzgamiento que debe transitar el riguroso análisis de la consistencia y congruencia del relato de hechos que practicó la víctima Elena Pallalef. Reitero que la extrema significación probatoria que asigna la defensa a la circunstancia de ser expareja no tiene asidero ni relevancia práctica, por cuanto si eran o no pareja al momento del hecho constituye primeramente una cuestión que sólo los protagonistas pueden reseñar y que no implica un derecho absoluto ni nada parecido a disponer de la integridad sexual de la mujer de la pareja o ex pareja.

Los judicantes ponderaron que sustentó el relato de la denunciante, la circunstancia de que apenas el victimario se retiró de la vivienda ella se trasladó a la casa de su hermana y luego a radicar la denuncia judicial a la dependencia policial, que existía una situación asimétrica entre los protagonistas donde el acusado ejerció violencia física sobre ella –con cita del informe médico del Dr. Diego Marton-, que desarrolló un relato persistente y bajo estado de angustia del hecho

abuso sexual a su hermana Karen Pallalef y a la Oficial Policial Sepúlveda; que la Lic. Rosana Jorgelina Mamani, Psicóloga Forense del Poder Judicial sostuvo que Elena estaba muy afectada emocionalmente, muy angustiada, que presentaba naturalización de la violencia; y que el testimonio del Médico Forense Diego Marton aporta prueba científica, objetiva que respalda la versión de la víctima por el hallazgo de equimosis circulares en cara interna de ambos brazos que se configura por la ruptura de vasos sanguíneos y que se genera por traumatismo o sujeción o presión externa que hace presumir que fue por los dedos y datados dentro de las 24 hs. por la coloración del hematoma.

Ahora bien, si bien podemos compartir la crítica de la recurrente respecto del fundamento de la sentencia que aduno a las anteriores cuestiones probatorias el resultado de los análisis de ADN que fueron motivo de convención probatoria, ya que la existencia o presencia de semen del imputado en la víctima, en el colchón y en la bombacha negra nada suman. Ello, en tanto no fue controvertido la relación de convivencia y las relaciones sexuales anteriores, tampoco conforma una prueba dirimente que mute la suerte del presente recurso. Se ha sostenido en referencia al consentimiento de la presunta víctima y el campo de la Psicología que *"...El consentimiento, como dato de conductas razonables y mediatizadas, implica una modificación dentro de un determinado estado de equilibrio: se consiente cuando, apelando a lo razonable de lo que se decidirá hacer, y como producto de la reflexión, se elige potenciar el sentimiento (sentir) acompañándolo con una nueva decisión (consentimiento). El consentimiento crea una nueva forma de equilibrio en aras de un procedimiento nuevo respecto del equilibrio psíquico inicial de quien consiente..."* (Eva Giverti (Directora), Silvio Lamberti –Juan Pablo Viar y Noemí Yantorno, "Incesto Paterno-Filial. Una visión Multidisciplinaria", Ed. Universidad,

Bs. As., 1998, págs. 127 y 128). Esta particular cita doctrinaria fue objeto de abordaje por el Tribunal Superior de Justicia local en oportunidad de abordar y confirmar una sentencia de impugnación que dictara el suscripto en un caso con algunas aristas similares al presente (Tribunal Superior de Justicia del Neuquén, Sala Penal, R.I. Nº 20 /20 de fecha 28 de abril de 2020, en Legajo MPFZA 25.683/2018 del caso **"PEREA, LEONARDO S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"**).

En síntesis, nada de arbitrariedad de sentencia se presentó cuando el juez preopinante sostuvo que *"entiendo que el relato de la joven, además de lo que percibimos en la audiencia, encuentra pleno respaldo en los demás elementos de prueba analizados recientemente. Y, en este sentido la doctrina y jurisprudencia han ido señalando diversas pautas a considerar en el análisis de esos dichos, estimando fundamentales las siguientes a) ausencia de móviles espurios, b) coherencia interna y externa del relato, c) persistencia en la incriminación y d) corroboración periférica del relato con datos de carácter objetivo. Dichos parámetros configuran un verdadero estándar probatorio con base en pronunciamientos de los máximos tribunales de justicia tanto a nivel local como internacional por lo que entiendo que es una adecuada prevención valorativa del examen del testimonio de la víctima. Y todos esos datos en nuestro caso, como dijera en el testimonio de su hermana Karen, de la oficial Sepúlveda, de las Lic. Cialella y Mamani, de la Lic. Villalba y del Dr. Marton. Y frente a ello se oponen los testimonios de la Defensa (amigo y familiares del causante) que no hacen ningún aporte significativo como prueba de descargo, ya que ninguno de los declarantes siquiera- vio o habló con Elena el día del hecho. Es decir que sólo declaran sobre aspectos generales de la relación entre los jóvenes y de la personalidad del acusado. Es más, la versión de Costanzo poco aporta a su coartada, ya que trata de presentar una relación sexual consentida de sólo 3 minutos, que se*

*desmorona ante la evidencia científica y objetiva sobre la violencia ejercida en el cuerpo de la víctima- que aporta del Médico Forense”.*

Dentro de la tacha de arbitrariedad de sentencia, configuraba una carga argumental del apelante que no cumplimentó, exponer y demostrar concretamente de qué modo la decisión ha incurrido en ese grave vicio que se anuncia en el recurso deducido, pues como es sabido, la procedencia del vicio de arbitrariedad de sentencia requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso o una absoluta falta de fundamentación. En igual sentido, se ha expedido recientemente nuestro más alto tribunal local (Tribunal Superior de Justicia del Neuquén, R.I. Nro. 115 de fecha 25 de noviembre de 2019, en caso **“MORALES, MARIO NESTOR S/ABUSO SEXUAL SIMPLE”**, Legajo MPFZA Nro. 24922/2018).

Entonces y como respuesta a las críticas formuladas, corresponde indicar que el Tribunal de Juicio interviniente señaló los sólidos fundamentos que sustentaban la recepción a la teoría del caso que propició la parte acusadora, y en esta instancia la defensa en lo sustancial, sólo reitera lo alegado en el juicio celebrado y que tuvo en lo sustancial razonada y fundada respuesta por parte del Tribunal de Juicio. En una parcial interpretación de las constancias del caso, la quejosa procura en esta instancia revisora rebatir fundamentos que confluyen en la corrección de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio.

Frente a tal circunstancia y dentro de una tacha tan restrictiva como lo es la arbitrariedad de sentencia, era carga del recurrente exponer y demostrar concretamente de qué modo la decisión ha incurrido en ese grave vicio (CSJN, Fallos 289:113; 295:420 y 618; 302:1564; entre muchos otros), pues como es sabido *“(su) procedencia requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso o una absoluta falta de fundamentación. Si así no fuere,*

*podría encontrarse en la necesidad de revisar (todas) las decisiones de los Tribunales de la República en cualquier clase de causa, asumiendo una jurisdicción más amplia de la que le confieren la Constitución y las leyes (Fallos 308:1372; 310:234; 312:608; entre otros muchos)” (MORELLO, Augusto M., “El Recurso Extraordinario”, Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Bs. As. 2006, 3º Edición, pág. 608).*

Habida cuenta de ello, propicio rechazar los motivos de agravio invocados por la parte impugnante, y en consecuencia, confirmar la sentencia condenatoria que declaró la responsabilidad del recurrente como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (Arts. 119 primer párrafo y tercer párrafo y 45 del Código Penal), y como corolario de ello, confirmar la sentencia de cesura que no fue objeto de cuestionamiento. Mi Voto.

El magistrado **Richard Trincheri** manifestó: disiento respetuosamente con el colega preopinante debido a que – al revés suyo- entiendo que la decisión impugnada ha incurrido en grave vicio de arbitrariedad de sentencia por falta de fundamentación, lo cual la invalida como tal correspondiendo anular la misma.

La declaración de responsabilidad del imputado Costanzo aparece precedida de una argumentación que puede sintetizarse de la siguiente manera: desde un principio la defensa negó que la relación sexual denunciada hubiera sido sin consentimiento de Elena Pallalef. Se asienta que la hermana de la denunciante (Karem, p.3) declaró que “prácticamente le rogaron” a Elena que realice la denuncia. Como fuente principal de información la sentencia recoge la versión de la víctima, quien dijo que discutieron con Costanzo por el celular, que la agarró de las manos, que le pedía perdón pero no paró, que la hermana la ayudó a decidirse (a denunciar), que no quería tener relaciones sexuales ese día, que a veces tenía relaciones consentidas porque si ella no consentía él le decía cosas “horribles”. Que Costanzo no fue violento

con ella, que nunca le pegó (p.5). Más adelante, la decisión judicial impugnada describe lo declarado por el imputado y luego lo expuesto por las partes en el alegato final (p. 11/16).

Seguidamente, se determina que la cuestión central a resolver sería establecer si hubo o no consentimiento en el acceso carnal reprochado, repitiendo la postura de ambas partes: Pallalef que sostuvo que ella no quería tener relaciones sexuales y que Lucas Costanzo la obligó por la fuerza y el acusado que dijo que se trató de una relación consentida, rápida y que al final de la misma ella le dijo que no quería (p. 16/17). Luego de advertir que la información obtenida debería ser valorada con suma rigurosidad (p. 17) comienza tomando parte de lo declarado por la denunciante, concretamente que nunca le pegó pero en oportunidades anteriores habían tenido relaciones consentidas porque si ella no consentía él le decía cosas "horribles". A esto último se le asigna una importancia "lapidaria" porque describiría claramente la situación asimétrica y de sumisión descriptas por las psicólogas Mamani y Cialella (p. 18), estimando los jueces que a diferencia de veces anteriores esta vez Elena denunció porque el imputado ejerció fuerza física hacia ella (p. 19), acordando con la Fiscalía que se trata de la víctima "ideal" de este tipo de hechos (p. 20), mencionando que fue convenido sobre la existencia de semen en el colchón (p. 21).

Seguidamente la sentencia resalta la existencia de jurisprudencia que asigna un valor preponderante a la versión de la víctima para resolver esta tipología de casos, principalmente cuando se registran cuatro circunstancias: ausencia de móviles espurios, coherencia interna y coherencia externa del relato, persistencia en la incriminación y corroboración periférica del relato con datos de carácter objetivos, mencionando entre los últimos los testimonios de Mamani, Cialella, Villalba y del forense Marton (p. 22 y 23).



Los agravios de la parte impugnante ya han sido reseñados correctamente por el Dr. Sommer y a ello me remito para evitar repeticiones estériles.

Como sostuve de inicio, considero que la sentencia en cuestión presenta un vicio omisivo de fundamentación que conlleva a su anulación. El art. 18 de nuestra Ley Orgánica establece la obligación de los jueces de motivar las decisiones para garantizar la regularidad y justicia de las mismas, prohibiendo que los fundamentos de las decisiones judiciales de los jueces profesionales sean reemplazados por la simple relación de documentos , afirmaciones dogmáticas, ficciones legales , expresiones rituales o apelaciones morales (Art. 18 Ley 2891). Instrumentos de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) como la CADH (art. 8.1) y el PIDCP (14.1) establecen el derecho del imputado a ser oído por la jurisdicción. Obviamente, el verdadero ejercicio de este derecho no se colma con una formalidad como impresiona el caso que nos ocupa. Así, se ha escrito: *"...toda decisión que afecte derechos del imputado debe ser motivada en razones suficientes y ello forma parte del conjunto de derechos vinculados a la defensa..."* (Binder Alberto y otros, "Defensa Penal Efectiva en América Latina", ADC, CERJUSC, INECIP, edición 2015, p.86). Va de suyo que resulta aplicable todo esto a la situación de Costanzo, quien ha sido condenado a una pena de prisión efectiva y a un monto de considerable intensidad (6 años).

Repasemos que tratamiento ha dado el Estado a este derecho del imputado a partir de la realización del juicio. La sentencia asentó sobre lo que dijo Costanzo (en lo relacionado a la imputación): *"...la conocí cuando yo tenía 20 años, cuando estaba terminando 4º año, me presenta a su familia, cuando empezamos a tener relaciones ella a veces lloraba al terminar la relación, después me dijo que había sufrido abuso de sus familiares... el día anterior al día de la madre había*

trabajado más horas, cuando llegué a la mañana le había comprado un ramo de flores, le llevamos a mi mamá al cementerio, a la tarde ella llegó mal porque había tenido un inconveniente con el padre, la llevé a comprar ropa, al otro día a la mañana ella estaba en el baño, yo me tenía que ir a mi casa a estudiar, porque tenía que rendir, yo tenía el teléfono de ella en la mano, empezamos a forcejear, yo creí que estábamos jugando, cuando se enojó la solté, ella me pidió perdón me dio un beso, nos acostamos en la cama, empezamos a tener relaciones, fue un acto rápido, no más de 3 minutos, después ella se largó a llorar y me dijo que no quería, ahí entra Gustavo, yo siempre la consolaba, algunas veces había pasado eso, después llamo a mi papá, le dije que me iba a estudiar, al otro día me dicen que me presentara en la Cría. 18 y quedé detenido hasta el día de hoy.” Al momento del alegato final el Fiscal hizo la siguiente referencia sobre lo anterior: **“...Hemos escuchado el relato de Costanzo, frío, inverosímil, dijo que duró 3 minutos, estamos ante un abuso cometido con violencia...”** (p. 14). Como se observa, el acusador empleo palabras que no dicen nada(es decir no explica por qué es “inverosímil” el relato) para rebatir la versión del imputado, debiéndose aclarar también que invitado por el Juez para el contrainterrogatorio el funcionario **no hizo pregunta alguna al imputado.**

Seguidamente, se transcribe lo que dijo la sentencia sobre los dichos del acusado:“... los testimonios aportados por la Defensa tratan de amigos y familiares que no hacen ningún aporte significativo, ya que ninguno de los declarantes siquiera vio o habló con Elena el día del hecho, es decir solo declaran sobre aspectos generales de la relación entre los jóvenes y de la personalidad del acusado (p. 23). Y sobre lo declarado por Costanzo: **“...la versión de Costanzo poco aporta a su coartada, ya que trata de presentar una relación sexual consentida de solo 3 minutos que se desmorona ante la**

**evidencia científica y objetiva –sobre la violencia ejercida en el cuerpo de la víctima- que aporta el médico forense...”(p. 23).**

Agrega el rechazo a la versión de la Defensora que atribuye las lesiones en los brazos de la denunciante al forcejeo por el celular, lo cual es solo producto de su interpretación porque ni siquiera los participantes hicieron referencia a dicha posibilidad (p. 23).

Tampoco se desprende del párrafo anterior una respuesta adecuada de los magistrados al descargo del imputado (es curioso que, siguiendo al fiscal del caso, se considere extraño o inadecuado un relación sexual de 3 minutos) pero, a favor de la sentencia impugnada, pareciera que el fundamento de la resolución fue intentado dar poco antes:”... En síntesis, entiendo que el relato de la joven, además de lo que percibimos en la audiencia, encuentra pleno respaldo en los demás elementos de prueba analizados recientemente. Y, en este sentido la doctrina y jurisprudencia han ido señalando diversas pautas a considerar en el análisis de esos dichos, estimando fundamentales las siguientes a) ausencia de móviles espurios, b) coherencia interna y externa del relato, c) persistencia en la incriminación y d) corroboración periférica del relato con datos de carácter objetivo. Dichos parámetros configuran un verdadero estándar probatorio con base en pronunciamientos de los máximos tribunales de justicia tanto a nivel local como internacional por lo que entiendo que es una adecuada prevención valorativa del examen del testimonio de la víctima. Y todos esos datos en nuestro caso, como dijera en el testimonio de su hermana Karen, de la oficial Sepúlveda, de las Lic. Cialella y Mamani, de la Lic. Villalba y del Dr. Marton...” (p. 22).

En principio corresponde aclarar que la jurisprudencia (no se menciona cuáles son los pronunciamientos de orden internacional) del TSJ local en “Torres”, “Liendaf”, “González” (por citar los que surgen de la misma sentencia) tienen aristas particulares que no permiten

asimilarlos al caso denunciado por Elena Pallalef. Así porque lo aducido por el imputado – y que no fue rebatido con la suficiencia debida- es que él tuvo sexo consentido. Es decir, para descartar lo que sostiene Costanzo no corresponde echar mano a que Elena no tiene fines espurios, que tiene coherencia interna y externa o que su incriminación ha sido persistente. No se trata de descreer de la denunciante o de atribuirle fines ilegítimos con su imputación. Al contrario, surge de su testimonio que no quiso tener tal relación íntima con el imputado ese día. Ahora bien, ello no es incompatible con que Costanzo no hubiera advertido tal negativa o que, cuanto menos, exista un error de su parte, técnicamente un error de tipo que, sabido es, excluye la figura legal del art.119 tercer párrafo del Código Penal porque el tipo subjetivo de tal delito requiere la existencia de un dolo directo en el autor. Para obrar con dolo es necesario conocer y querer la realización del tipo objetivo. Dicho esto, no obrará con dolo quien ignore o tenga una falsa representación respecto de algún elemento del tipo objetivo, es decir quien actúe con error (Maximiliano Rusconi-Mariano Kierszenbaum “Elementos de la parte general de derecho penal”, Hammurabi, edición 2016, p.84/85). Todo esto exige acreditar que Costanzo – al momento del acceso carnal cuya existencia no niega- haya conocido que la denunciante, conviviente y madre de su pequeño hijo no consentía el acto.

Como se dijo antes de acá, la sentencia se limita a señalar que el imputado se valió de violencia para obtener el coito, pero lo hace de forma defectuosa y omite-como dije- olímpicamente analizar el acto de defensa del imputado. Repito, el Fiscal en el juicio ni siquiera quiso realizarle preguntas, en el alegato final lo rechazó con frases “de formulario”, performance pobre que la acusación no mejoró en la audiencia ante esta Sala, donde el Fiscal jefe se limitó a defender la sentencia impugnada trayendo a colación “Torres” y “Liendaf” y

sosteniendo que en el caso se dio una supremacía económica del imputado y que era un contexto de machismo y patriarcado, sumando palabras efectistas pero sin agregar ni quitar nada sobre el pronunciamiento en cuestión.

Como señalé más arriba la credibilidad de Elena Pallalef no obsta que haya existido error de tipo en el caso y la sentencia debió descartar ello y no solamente no lo hizo sino que tampoco contestó con argumentos plausibles por qué tenía por probada la posición acusadora. No alcanza con el informe del Dr. Marton para descartar que Costanzo haya pensado que la denunciante consintió el acto sexual. Tampoco explica la sentencia por qué finca en la agresión física la razón por la cual Elena esta vez denunció. Lo afirmado por Karen, por Sepúlveda y por la licenciada Cialella resulta inocuo porque – repito- no quedan dudas que Elena no consintió el acto. Las dudas – en cambio- que no fueron disipadas están orientadas a saber si las circunstancias que rodearon la relación sexual no pudieron hacer creer al imputado que existía consentimiento. La licenciada Mamani (en una parte de su declaración ajena a la tomada por la sentencia) – según se dijo en la audiencia y no fue controvertido- manifestó que la denunciante es una persona malhumorada e irritable, que actúa con negativismo frente a la vida en general, de modo apático y abúlico. También sostuvo que tiene alteraciones de la regulación emocional y control emocional y que ello en ocasiones interfiere en los pensamientos, se desconcentra, pierde la atención de lo que está pasando y ello puede llevarla en esas situaciones a paralizarse, es decir a no poder responder en determinadas situaciones. Esto apoya sin duda la versión del acusado y sin embargo no existió tratamiento. Y debe recordarse que aun la duda lo favorece (art. 8 CPP).

A lo anterior se suma que la propia Elena expresó que consintió relaciones sexuales con el imputado porque si no consentía él

le decía cosas "horribles". Esto significa que toleró tales relaciones sexuales sin desearlas pero no significa que Costanzo se haya enterado de ello. El semen hallado en un colchón distinto en donde se cometió el hecho juzgado indica también que tales relaciones sexuales existían. Ante esta situación, y a diferencia de lo que estima mi colega preopinante, cobra relevancia la existencia de la convivencia entre las dos personas en pugna porque abona aún más el contexto del posible error en el imputado.

En definitiva, en sustancia el imputado no ha sido escuchado en esta oportunidad. Así porque "...carece de sentido tener el derecho a ser oído, es decir a alegar sobre el valor de la prueba, sobre el sentido del derecho o a hacer peticiones sobre medidas y que, como contrapartida **no exista el deber de responder a esos alegatos y peticiones.** Por otra parte, tampoco tiene sentido que exista el derecho a una revisión integral y **ello no signifique la obligación de fundar en razones revisables las decisiones que serán sometidas a revisión...**" (Binder Alberto, obra citada, p.86). La misma Corte IDH ha ratificado este derecho en distintos pronunciamientos, enseñando que: "...la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de la prueba ha sido analizado. Asimismo, la motivación muestra a las partes que estas han sido oídas y en aquellos casos en que las decisiones son recurribles les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello el deber de motivación es uno de las debidas diligencias incluidas en el art. 8.1 para salvaguardar el debido proceso..."(Caso Tristán Donoso, sentencia 27/01/2009, Serie C nro. 193 párrs 78 y 153; Apatz Barberá y otros, sentencia 5/8/2008, Serie C nro. 182, párr. 78).

Por todo lo expuesto considero que debe hacerse lugar a la impugnación interpuesta, anularse la sentencia en cuestión y reenviarse a la Oficina Judicial a fin de realizarse nuevo juicio.

El Dr. **Andrés Repetto**, expresó: Me toca en este caso dirimir la cuestión debatida, y lo hago en favor del voto del Dr. Sommer. Tal como ya fue relatado in extenso por mis colegas, el punto central de desacuerdo entre los dos primeros votos radica en determinar si las relaciones sexuales entre la víctima y el imputado fueron consentidas (como postula la defensa) o si, por el contrario, fueron forzadas por el acusado, violentando el derecho a la integridad sexual de la víctima, como postuló la fiscalía.

El Dr. Sommer de manera detallada explicó que la sentencia de grado se encuentra debidamente fundada, y que las razones en ella expuestas se sustentan en las pruebas producidas a lo largo del debate. Expuso que la defensa tergiversó lo sostenido por el Dr. Marton, al afirmar que no existieron lesiones en el cuerpo de la víctima que acreditaran la fuerza utilizada para concretar una relación sexual no consentida por ésta. Al contrario de ello, sí se acreditó de manera objetiva que Elena Pallalef presentaba lesiones por sujeción en sus brazos, las que coincidían en un todo con el relato por ella efectuado. Esa prueba material, por sí sola, permite acreditar el suceso tal como fue denunciado, ya que una lesión de ese tipo es incompatible con una relación sexual consentida, tal como fue descripta por la víctima, e incluso por el propio imputado.

Por otra parte, y tal como sostuvo el Dr. Sommer, los dichos de la psicóloga Mamani permiten advertir la inexistencia de una psicopatía y, en sentido contrario, el desarrollo en curso de estrés postraumático. Ese cuadro lejos de contradecir la versión de Pallalef lo confirma y lo reafirma completamente.

La posición que asume el Dr. Trinchero en su voto disidente, desde mi punto de vista, se aleja incluso de los fundamentos utilizados por la propia defensa para intentar sostener su teoría del caso. En el voto disidente se afirma que si bien *no quedan dudas de que Elena no consintió el acto, las dudas – en cambio- que no fueron disipadas están orientadas a saber si las circunstancias que rodearon la relación sexual no pudieron hacer creer al imputado que existía consentimiento*. Como dije, sostiene una nueva teoría del caso -distinta a la sustentada por la defensa-, conforme la cual el imputado pudo haber incurrido en un “error de tipo”, al creer que existía consentimiento para realizar el acto sexual.

Más allá de que no comparto la posibilidad de que los jueces se subroguen en las partes, afirmando o postulando posibles teorías del caso no sustentadas por éstas, de cualquier manera considero que en este hecho puntual, dicha tesis no se condice con los elementos de prueba reunidos. Como dije, se acreditó la existencia de lesiones en los brazos de la víctima, compatibles con la sujeción forzosa que ella afirmó que el acusado utilizó para lograr vencer su resistencia, y así consumar la violación. La existencia de esas lesiones despeja cualquier duda referida a la posibilidad de que el acusado pudiera creer que Pallalef deseaba tener relaciones sexuales. No puede haber dudas de la falta de consentimiento de la mujer cuando para accederla carnalmente se necesita sujetarla de manera violenta de sus brazos, y así lograr vulnerar su resistencia. ¿En qué error puede incurrir quien para lograr mantener relaciones sexuales debe ejercer violencia física sobre una mujer, al punto de causarle lesiones en los brazos? El hecho de que Elena expresara que en ocasiones anteriores habría consentido relaciones sexuales con el imputado para evitar que él le dijera cosas “horribles”, nada tiene de comparable con el hecho de que en esta ocasión, de manera evidente, no existió tal anuencia, porque al



contrario de las veces en las que "toleró" las relaciones sexuales con el acusado, en esta ocasión no lo hizo, al punto de que se resistió físicamente, tal como lo acreditan las lesiones verificadas por el Dr. Marton. Sostener que en ese contexto pudo existir un "error" o una falsa creencia del acusado de un permiso inexistente resulta, a mi modo de ver, un evidente equívoco.

En el resto de los agravios no existen cuestiones que dirimir, por lo que adhiero en un todo al voto del Dr. Sommer.

Tal es mi voto.

**TERCERA:** ¿Es procedente la imposición de costas?

El magistrado **Federico Augusto Sommer**, dijo: Sin perjuicio del resultado del presente caso encuentro razón suficiente para eximir totalmente a la parte recurrente vencida en esta instancia a fin de no cercenar el derecho al recurso (arts. 268 y 270 a *contrario sensu* del C.P.P.N.). Mi voto.

El **Dr. Richard Trincheri** manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Andrés Repetto**, expresó: Por compartir lo resuelto en relación a las costas, adhiero a los fundamentos expuestos en el primer voto.

Conteste con las posturas enarboladas, esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial, por mayoría,

**RESUELVE:** **I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL DE LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA** de sentencia deducida por la Defensa Oficial a favor de **LUCAS DAMIÁN COSTANZO** (arts. 233, 236 del C.P.P.N.).-

**II.- RECHAZAR LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA**, y en consecuencia, **CONFIRMAR LA SENTENCIA DE RESPONSABILIDAD** que declaró a **LUCAS DAMIÁN COSTANZO**, DNI Nº 40.066.889, de demás datos referidos en el legajo, autor

penalmente responsable del **DELITO DE ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL**, cometido el día 21 de Octubre de 2019, en calle Rodhe, Mza 21, lote 14, Bo. Toma Norte de la ciudad de Neuquén, en perjuicio de la ciudadana Elena Pallalef Bacar, y por ende, confirmar la ulterior **SENTENCIA DE SEIS (6) AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO**, accesorias legales del art. 12 del Código Penal y costas.-

**III.-** Firme que se encuentre la presente, notifíquese lo resuelto al Registro de Identificación de Personas Condenadas por Delitos contra la Integridad Sexual (Leyes Provinciales 2520 y 2927, Acuerdo Nro. 5722 del Tribunal Superior de Justicia del Neuquén de fecha 23/05/18).-

**IV.- EXIMIR TOTALMENTE DE LA IMPOSICIÓN DE COSTAS PROCESALES** a la parte perdedora por el trámite derivado de la presente impugnación ordinaria de sentencia de condena (arts. 268 y 270 del C.P.P.N.).-

**V.-** Tener presente la reserva del caso federal.-

**VI.-** Remitir el presente pronunciamiento a la Dirección de Asistencia a Impugnación y Coordinación General para su registración y notificaciones pertinentes.-