

Aproximación socio-jurídica a la determinación del monto de la pena en sentencias contra la integridad sexual. Estudio de casos.

Por Daniela María José Zaikoski Biscay

Resumen: Sobre la base de un trabajo de investigación se elaboró una matriz cuantitativa de sentencias penales sobre delitos contra la integridad sexual dictadas en La Pampa. En este artículo se toman veinte casos fallados por la Cámara Criminal UNO de Santa Rosa en el período 2008 a 2010 a fines de analizar desde la perspectiva disciplinar de la sociología jurídica cómo los magistrados fundan y determinan la pena y su modalidad de ejecución en este tipo de delitos. Asimismo se incluye el análisis de sentencias recientes dictadas por otros órganos judiciales provinciales para resaltar que sólo últimamente esta cuestión empieza a considerarse un capítulo relevante en los abordajes conceptuales de la dogmática jurídico-penal como así también en el proceso penal.

1).- Introducción.

La individualización de la pena y la determinación del monto de la condena constituyen un proceso donde el juez concreta y personaliza la sanción legal fijando el quantum de la misma (Lista et al 2011a) y resulta tan importante como instruir una causa y llevarla a debate oral. Las sentencias analizadas corresponden a un lapso temporal anterior a la vigencia del nuevo código procesal penal de la provincia de La Pampa, en funcionamiento desde marzo de 2011; salvo aquellas que corresponden a casos más recientes. En la investigación de hechos delictuosos contra la integridad sexual, las mujeres y niños/as se insertan en el sistema penal como principales víctimas de los delitos contemplados en el Título III del Código Penal. Aún no se ha implementado la Fiscalía Especializada de Género, por lo que aún no puede analizarse el impacto en la investigación de los casos, el asesoramiento y protección a las víctimas ni en el pedimento de montos y penas. Tampoco se cumple con el patrocinio jurídico gratuito de mujeres víctimas de violencia sexual como lo prevé la ley nacional 26485ii.

Visto desde la dogmática del derecho penal, de la lectura de las veinte sentencias seleccionadas dictadas por el tribunal mencionado no surge que la determinación de la pena haya sido materia de discusión ni por parte de los magistrados ni de otros operadores intervinientes. Estas cuestiones han empezado muy recientemente a ser consideradas como aspectos relevantes en las impugnaciones y recursos que hace -

particularmente- la defensa de los condenados. Los estudios empíricos desde la perspectiva disciplinar de la sociología jurídica permiten dilucidar las premisas que los magistrados tienen en cuenta al momento de la determinación y cuantificación del monto de la pena trasluciendo cuestiones valorativas de carácter extrajurídico alejados de lo previsto por la ley.

2).- Análisis de datos obtenidos en sentencias de delitos contra la integridad sexualiii.

2.1).- Información acerca de las víctimas. En este apartado se pueden observar los resultados finales en términos cuantitativos que se pudieron construir a partir de la administración de una planilla de recolección de la información contenida en las 20 sentencias seleccionadas entre 2008 y 2010 dictadas por la Cámara Criminal Uno de Santa Rosa. Se encontraron ocho sentencias dictadas en 2008, cinco en 2009 y siete en 2010, en las que había 17 fallos con una sola víctima, dos sentencias con dos víctimas y una con tres. De la muestra surge que hubo un total de 24 víctimas, 23 mujeres y un varón. Diecisiete tenían entre dos y trece años, seis tenían entre trece y dieciséis y una tenía 18 años. La prevalencia de la menor edad y del sexo femenino de las víctimas es un dato que surge de todas las investigaciones sobre violencia sexual. Puede deberse a la concepción de las mujeres, los niños y niñas como objetos y no como sujetos de derechos, es decir una cuestión de género y a la vez intergeneracional. En el caso de niñas y niños el fenómeno se vincula con el tratamiento que la sociedad y las familias hacen de sus cuerpos, un cuerpo que es fácilmente abordable, controlable, tratado como cosa en función de la satisfacción ajena y que en muchas familias a tenor de la lectura de las sentencias es objeto de transaccióniv .

2.b).- Datos según los victimarios. Sistematizados los delitos por cantidad de victimarios, se puede observar que hubo 19 sentencias con un solo victimario y una sentencia con dos, es decir 21 victimarios en total, todos ellos varones. El delito se comete en solitario, sin público y el agresor cuida de ser sorprendido in fraganti, cuestión que tiene que ver con las circunstancias o modalidades con que se comete el hecho y por ello, este dato debiera ser considerado al momento de fijar el quantum de la pena. Conforme la información extraída de las sentencias analizadas se puede sostener que en la generalidad de los casos la comisión de delitos contra la integridad sexual tiene como sujeto pasivo y activo una sola persona. No hubo sentencias con victimarios menores de edad. De los 21 sujetos activos, cinco tenían entre 25 a 35 años, cuatro victimarios tenían entre 35 a 45 y en 12 casos tenían más de 45 años. Integrando la edad y la cantidad de victimarios, puede decirse que quien comete el hecho delictivo lo hace solo y siendo mayor de edad, lo que refuerza el componente de diferencia generacional entre los involucrados, cuando las víctimas son niños/as, como ocurre en la muestra. Por otra parte, los delincuentes sexuales comprenden perfectamente la criminalidad de sus actos. Las constancias de pericias psicológicas o psiquiátricas practicadas a los imputados los revelan como personas 'lúcidas', 'ubicadas en tiempo y espacio' 'colaboradoras', entre otros conceptos de práctica que suelen encontrarse en los informes periciales. En el período estudiado los magistrados han tenido en cuenta informes de

abono de terceros no involucrados en el delito y que conocen o pueden manifestarse sobre las características personales del delincuente. La idea de que quien comete delitos contra la integridad sexual es un enfermo mental o bien este tipo de hechos se realizan cuando las facultades del individuo están alteradas; por ejemplo por consumo de drogas, alcohol u otras sustancias; es parte de un mito que invisibiliza la responsabilidad social y penal de quien comete el acto, coadyuva a su exclusión como sujeto comprendido en las normas de la cultura (Calmels y Mendez, 2007)v.

En realidad estas estrategias exculpatorias son técnicas de neutralización que ensaya el victimario y preferentemente su defensa técnica con una impavidez asombrosavi. Este mito remite a una posición pasiva y de resignaciónvii a quien sufre las consecuencias del delito (prioritariamente niños y niñas) y se relaciona con la idea de que el derecho penal se encarga del delito y de castigar al victimario, esquema en el que nadie cuida el equilibrio que debiera existir entre víctima y victimarioviii .

2.c).-Consecuencias del delito en las víctimas. De los datos recogidos y como cuestión prevista por el artículo 41 del CP, en los fallos analizados se mencionan las consecuencias del delito. Si bien aludir a consecuencias del delito es una idea amplia y vaga; los magistrados toman en consideración para fijar pena y monto de la condena los daños físicos y síquicos o psicológicos. Se utilizan giros y expresiones provenientes de las ciencias y del vocabulario del discurso ‘psi’ix y del trabajo social. Sin embargo para poder corroborar que no solo se trata de mencionar estos aportes sino de comenzar a trabajar interdisciplinariamente en este tipo de delitos, se requiere profundizar este aspecto con otras investigacionesx. En la sentencia 43/2010 CC 1 SR se deja constancia que: []...la Licenciada en Psicología ..., se entrevistó con ...y concluyó a fs. 28/30 que su relato es compatible con una vivencia abusiva sexual, consistente en tocamientos en sus partes íntimas, ocurridos en al menos dos oportunidades; asimismo especificó que no se detectaron signos de traumatismo psíquico, más allá de los esperables en razón e significarlos como una vivencia de invasión al cuerpo, y debido al tipo de abuso y capacidad de contención familiar. Un aspecto a tener en cuenta acerca de las consecuencias del delito es el amparo que reciben las víctimas de las personas más cercanasxi. Razonamientos como los transcritos, ponen en discusión el hecho de si la víctima tiene más recursos materiales, familiares o simbólicos para disminuir la incidencia del daño, lo que resulta en principio ajeno a los criterios contemplados por los arts. 40 y 41CP. La reacciónxii de la víctima o su capacidad de resiliencia podría modificar el cuadro de valoración del ilícito en lo que respecta a la determinación de la pena. Una circunstancia provocada por la víctima -gritar, zafarse etc- puede conllevar a disminuir la incidencia del hecho y sus consecuencias beneficiando al autor. La pregunta que se impone es cómo impacta una conducta de la víctima capaz de aminorar el daño en la valoración del peligro/peligrosidad del hecho en sí mismo y del delincuentexiii. Estas cuestiones no quedan aclaradas en las sentencias. En otro orden de cosas, desde 2012, la atención de la víctima queda a cargo de la Oficina de Atención de la Víctima y el Testigo que depende de la Procuración General del Poder Judicialxiv, por lo que las víctimas de la

muestra no fueron alcanzadas por las intervenciones de ese organismo. En las sentencias dictadas entre 2008 a 2010 no hay ningún caso de embarazo, se registran tres casos donde se alude a daños físicos y 15 refieren a daños síquicos. Asimismo se mencionan situaciones de inhibición, vergüenza y ansiedad (sentencia 73/2010 CC 1 SR); de discurso desordenado, alteraciones emocionales, fracaso escolar (sentencia 12/2008 CC 1SR), sentimiento de culpa, vergüenza, angustia, confusión acerca de la propia identidad sexual, operaciones defensivas rígidas que dan lugar a conductas de inhibición y bloqueo afectivo compatible con abuso sexual (sentencia 16/2008 CC 1 SR).

Respecto de los daños psicológicos, según Echeburúa et al (2002) se refieren a las lesiones psíquicas agudas producidas por un delito violento, las que puede remitir con el transcurso del tiempo el apoyo social o el tratamiento adecuado. También constituyen daño las secuelas emocionales que persisten en la persona de forma crónica. Los daños psicológicos son la consecuencia de hechos traumáticos que superan la capacidad de afrontamiento y adaptación de la víctima. Estos autores dicen que el daño psicológico cursa habitualmente fases. En una primera etapa suele surgir una reacción de sobrecogimiento, en un segundo momento ante la conciencia del daño aparece la fase más dramática y en tercer lugar una tendencia a reexperimentar el suceso dañoso y agregan: Recientemente se ha utilizado el peritaje del daño psicológico en la víctima como prueba de la existencia de una relación sexual no consentida. Esto tiene interés en aquellos casos en que el agresor reconoce la existencia de una relación sexual, pero niega la falta de consentimiento por parte la víctima... La existencia del daño psicológico-y, en su caso, de estrés postraumático- en la víctima puede constituir una prueba de una relación sexual no consentida. (ob cit. 144).

Por su parte, Molina y Barbich (s/f) dicen que el daño psicológico afecta la funcionalidades síquicas de las personas, se vincula con el trauma y aparece cuando se padece una situación de amenaza, intrusión o destrucción de la integridad sicofísica, por el que hay alteración, disminución o anulación de las funcionalidades de las personas. Para determinar la existencia de daño psicológico es necesario considerar aspectos tales como la edad de la víctima, sus capacidades físicas, la estructura afectivo-emocional al momento del impacto. Lo cierto es que las consecuencias del delito pueden aparecer mucho después de ocurrido el hecho, a corto y a largo plazo (Canton Duarte y Cortes Arboleda, 2011[1997]) con variadas manifestaciones. No hay sentencias en el período elegido que expresamente consideren los daños físicos o psicológicos a la víctima como elementos relevantes al momento de fijar el monto de la pena. Esto permite sostener que el daño es el hecho del abuso sexual en sí mismo, cuestión que obstaculiza cualquier otro análisis e impide ver el conjunto de hechos que padece la víctima en los que se involucra toda su personalidad y no solo su genitalidad. El daño no ocurre solamente por el hecho ilícito investigado y eventualmente condenado, sino que es un proceso que en el caso de niños/as puede perdurar en el tiempo hasta ser descubierto o ser denunciado, incluso persistir después de que haya cesado el hecho delictivo. En estos casos, entran a tallar otros factores a tener en cuenta que se

relacionan con los vínculos personales, calidad de las personas, tiempo, modo y ocasión. De ahí que un estudio meramente dogmático de las normas y de los principios no sea suficiente, y deba complementarse con los estudios empíricos, porque en definitiva se trata de que, como dice Lista et al (2011a) “la legitimidad de las decisiones judiciales parece depender de que sea efectivas en sus consecuencias, no discriminatorias en su contenido y además en alguna medida, uniformes y predecibles”.

3).- Sentencias, condenas aplicadas y montos por Tribunal En este apartado se desarrolla la información obtenida referida a las condenas y montos de penas que ha aplicado la Cámaras Criminal en el período estudiado.

A partir de las consideraciones de Lista (2010, 2011a y 2011b), se toman las categorías de análisis en la medida que sirven al estudio de casos de abuso sexual. Brevemente, Lista desglosa el art. 41CP en categorías para analizar las sentencias seleccionadas. Así como lo hace la doctrina penal, distingue entre circunstancias objetivas (derecho penal de acto en cuya determinación del monto intervienen factores que se basan en la acción humana) y circunstancias subjetivas (cuyo monto de la pena se aplica teniendo en cuenta factores como la peligrosidad y culpabilidad, cuestiones más cercanas a lo que se denomina derecho penal de autor); aplicadas a partir de la escala penal. Sobral Fernandez y Prieto Ederra (1994) más comprometidos con las relaciones entre derecho penal y sicología trabajan en una investigación empírica sobre la decisión judicial con dos listados que según observan son usados indistintamente por los jueces en mayor o menor medida para determinar cuantificar la pena. Los listados contienen atributos o consideraciones acerca de las personas y las características del delito, que los autores llaman variables objetivas y también contienen variables sociolegales (ob. cit. pág 63/64)xv.

La procedencia disciplinar hace que autores como Lista y Sobral Fernandez y Prieto Ederra tomen más en cuenta factores extrajurídicos mientras que los enrolados en la dogmática penal ponen el acento en el análisis de criterios jurídicos contemplados en las normasxvi. Entre 2008 y 2010 la CC 1 SR falló 20 sentencias que involucraron a 21 victimarios. Hubo tres absoluciones, dos de ellas por beneficio de la duda, 11 condenas hasta tres años, dos condenas entre tres y cinco años y cinco condenas de más de cinco años. La pena máxima aplicada entre 2008 y 2010 fue establecida en sentencia 34/2008 y alcanza los catorce años. En causas recientes los montos de las penas se han elevado considerablementexvii. En cuanto al monto de las penas si bien los tipos penales prevén penas máximas y mínimo, recientemente han aparecido causas en las que el Tribunal de Impugnación Penal -que funciona desde 2007- advierte la orfandad de fundamentos de las sentencias dictadas por las audiencias de juicio, poniendo en cuestión los problemas referidos al monto de la pena y modalidad de ejecución. Uno de los problemas que se presentan es si los límites máximo y mínimo de las escalas penales fuerzan a los magistrados a fallar dentro de tales parámetrosxviii. Aun con los parámetros establecidos legalmente, el discurso jurídico y

las facultades argumentativas de los jueces pueden resultar tan arbitrarias que de no conformarse con la escala penal se abren varias posibilidades: los jueces pueden justificar por qué se apartan de ellas y declarar la inconstitucionalidad, también pueden aplicar una condena desproporcionada respecto de las que corresponderían a otros delitos o bien, en el peor de los casos absolverse.

3.1).- Criterios utilizados al fijar la pena y el monto. De acuerdo al artículo 40 del Código Penal en las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo 41, que tiene varios sub incisos, de los cuales interesa la primera parte, ya que no hay casos en la muestra que enmarquen en los restantes dispositivos. El artículo 41 CP dice: A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1°. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2°. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso...

De manera muy general y difusa los magistrados tienen en cuenta todos estos criterios al momento de determinar la pena y su monto. Así por ejemplo, se deja constancia que A los efectos de la determinación de la pena a imponer, el Tribunal tiene en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos, en especial que se produjeron en la circunstancia que el autor convivía con la menor, los informes del Registro Nacional de Reincidencia, la extensión del daño causado, en lo físico y el abuso de la integridad sexual de la niña, como así las demás pautas establecidas por los arts. 4 y 41 del Código Penal. (sentencia 14/2009 CC 1 SR). A los efectos de la determinación e individualización y graduación de la pena a imponer y su monto, se ha tenido en cuenta el conocimiento directo y de visu del imputado, en oportunidad de celebrarse la audiencia de debate oral, la situación particular, la forma y medio empleado en la comisión de los hechos, la extensión del daño causado, la situación de aprovechamiento por tratarse de una menor con la que convivía...(17/2008 CC 1SR) Es sobreabundante que en una investigación de delito sexual se tome en cuenta la vulneración de la integridad sexual de la víctima para fijar la pena y el monto porque esa acción es constitutiva del tipo. Discusión aparte es si el agravante de la convivencia o el aprovechamiento está ya previsto para agravar ese tipo penal (art. 119 CP) o si hay que ponderarlo al momento de la aplicación de los arts. 40 y 41 CP. En otra se dice: A efectos de determinación, individualización, graduación y el monto de la pena

a imponer, se ha tenido en cuenta el conocimiento directo y de visu del imputado; en oportunidad de celebrarse la audiencia de juicio abreviado, como así también las características de los hechos, la extensión del daño causado, como así su situación familiar en donde tiene formada una familia con hijos a cargo, trabajo estable, y las demás pautas establecidas por los arts. 40 y 41 CP (sentencia 6/2010 CC 1 SR). En este caso el victimario había abusado de una sobrina política y fue condenado por abuso sexual simple. No se investigaron los dichos de la víctima quien manifestó que la misma conducta sufría una prima por parte del mismo victimario (es decir con su propia hija, lo que constituiría incestoxxi) y la pena fue de ejecución condicional.

Queda el interrogante de que como los hechos ocurrieron entre familiares, y que la familia del imputado forma parte de la familia de la víctima, es más grave la condena social que la propiamente jurídica; lo que abre la puerta a consideraciones extralegales, o al menos no enunciadas en los artículos aplicables. En el caso de un vigilador del hospital local (sentencia 28/2010 CC 1 SR), los magistrados resaltan que el imputado “era el encargado de brindar seguridad a los concurrentes, lo cual impone mayor severidad a la sanción a aplicar”, asimismo tienen en cuenta que el imputado carece de antecedentes y fijan la pena por abuso sexual en dos años de prisión de ejecución condicional. En otro caso se deja constancia que: Se ha tenido en cuenta el conocimiento directo y de visu del imputado en oportunidad de celebrarse la audiencia de juicio abreviado, como así también las características de los hechos, donde surge que la víctima es una menor de edad, y que el imputado llevó acabo los abusos en su casa y en ausencia de los familiares de aquella, la extensión del daño causado, las informaciones de abono de fs...., las demás pautas establecidas por los arts. 40 y 41 CP (sentencia 37/2010 CC 1 SR).

En estos dos últimos casos, no se puede determinar a ciencia cierta cómo incide que el imputado no tenga antecedentes o en qué influyen las declaraciones de abono, que son traídas a juicio por el propio imputado y en su beneficio; no se sabe si estos factores impactan en el aumento o en la disminución de la pena, con grave detrimento al derecho de defensa del imputado tanto como de la facultades impugnatorias de la víctima en el caso que participe en el proceso como querellante. Otra cuestión que se advirtió en el transcurso de la investigación es la referida a la aplicación de reglas de conducta. En ninguno de los casos analizados, los magistrados optaron por imponer reglas que tuvieran que ver con la posible inserción social del delincuente o la reversión de la conducta delictiva. Tratándose de delitos de género y existiendo leyes provinciales (la ley 1918) y a partir de 2010 la ley nacional 26485 y su adhesión por ley provincial 2550, era factible que los jueces ordenaran tratamientos terapéuticos e intervenciones de agencias de violencia familiar, cosa que nunca hicieron. En los casos que fijan condenas de ejecución condicional, ésta se funda en lo innecesario o inconveniente de la ejecución efectiva (36/2010 CC 1 SR) o por resultar acorde con la pena impuesta y con las demás condiciones que se le imponen al condenado (6/2010 CC 1 SR), fórmulas que sorprenden por su vaguedad.

Por otro lado y tal vez como parte de la discrecionalidad y del poder del discurso jurídico, se pudo advertir que a veces los hechos delictivos son individualmente considerados y se contabilizan las veces

que ocurrieron; mientras que en otras oportunidades el delito por el solo hecho de prolongarse en el tiempo constituye un delito continuado, lo que por cierto incide en la pena. En el fallo 73/2010 CC 1 SR, se investigaba el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser el victimario el encargado de la guarda. El hecho fue cometido por el concubino de la madre contra una niña durante varios años, mientras ésta tenía entre ocho y hasta los 13 años y se impuso una condena de diez años de prisión de cumplimiento efectivo. En otro caso, en el que se alegó la causal de aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente, los jueces dicen que un agravante (encargado de la guarda) desplaza al otro (aprovechamiento de la convivencia). ...este Tribunal considera que en la situación fáctica acreditada en autos, la situación de convivencia que ya sustenta la situación de hecho necesaria para que, junto a otros elementos completen el encargo de la guarda, no puede valorarse dos veces en contra del imputado y así fundar la existencia de dos agravantes diferentes, cuando la situación de concubinazgo, que supone necesariamente convivencia, ya funciona como elemento de la primer agravante e n la que se encuentra subsumida la segunda. Es decir que, no encontramos en este aspecto ante un concurso meramente aparente de agravantes por consunción, esto se da cuando ... ‘un tipo descarta a otro porque subsume o agota el contenido prohibitivo... hay un encerramiento material’... (CC 1 SR causa 73/2010)xxii.

Para decirlo en otras palabras, a veces ser padre/concubino y guardador son dos circunstancias diferentes que se suman y agravan la condena; mientras que otras veces ser padre o concubino subsume y desplaza la convivencia preexistente y redundante en una condena distinta, lo que abre un espacio insondable para la determinación y fundamentación de la pena. Esto demuestra el amplio margen que poseen los magistrados en esta etapa procesal. También incide en las facultades impugnatorias de las partes y hace imprevisible la tarea de otros operadores. Dentro de lo que podríamos llamar la configuración del delito sexual enmarcada en la valoración del art 41CP, se han hallado causas penales donde introducir objetos o los dedos no configura acceso carnal (sentencia 6/2010 CC 1 SR), en este caso se configura abuso sexual simple y el tipo penal marca una gran diferencia en cuanto a la pena a imponer. Más recientemente otro tribunal ha considerado la fellatio como un acto que conlleva un alto grado de ultraje y humillación, se supone que la mención se hizo para considerar la pena (legajo 1139/2013) y fijarla en 18 años.

4).- El reciente fallo Rau (xxiii) del Tribunal de Impugnación Penal de La Pampa. Conforme se apuntó, en la provincia es muy reciente la consideración jurisprudencial de la importancia de determinar la pena y el monto de la condena.

Antes de que se dictara el fallo Rau sobre violencia sexual, hemos encontrado un caso relacionado a un accidente de tránsito (causa Triputtixxiv) que llegado al Tribunal de Impugnación Penal (TIP), fue revocado por los magistrados en lo que refiere a la pena y su modo de ejecución, atento la Cámara Criminal interviniente (los jueces a quo), no habían fundado debidamente la sentencia. Otro caso hallado versaba sobre apropiación indebida de caudales públicos y peculado (causa Marro) en el que también los jueces del TIP dicen que no está debidamente fundada la pena y el monto.

El problema de ambos fallos se refiere a si también el fiscal debe fundar y motivar la pena, el monto y el modo de ejecución o si solo lo deben hacer los jueces en la sentencia. Los votos se inclinan a sostener que son los jueces quienes deben motivar y fundar debidamente, y no necesariamente lo tiene que hacer el acusador^{xxv}.

Para el caso de delitos sexuales hemos hallado la sentencia 12/13 (fallo Rau) del TIP^{xxvi}. Allí el tribunal sostuvo que las fórmulas vagas e imprecisas utilizadas por el a quo -que había fijado una pena de 25 años- no resultan suficientes para el respeto y garantía del debido proceso. Señalan que han “estado advirtiendo con honda preocupación, que numerosos fallos que llegan a esta alzada ostentan una notoria falta de fundamentación en cuanto a la sanción punitiva que corresponde imponer y cuyo proceso de selección e individualización es, para el imputado, la parte más sensible del fallo condenatorio”. Uno de los magistrados expresa: La exigencia de la debida motivación de la sentencia por parte de los magistrados deviene impuesta, en primer lugar, por el ordenamiento procesal, estando prevista en el art. 349 del C.P.P., determinando la normativa aludida que la determinación de la pena a imponer es parte necesaria e integrada del fallo, a través de las pautas previstas en los arts. 40 y 41 del Código Penal. Hemos señalado además que en tal entendimiento, el fallo no sólo tiene por fin, a través de la aplicación del derecho penal, regular la infracción penal, sino también la sanción punitiva que va a completar la primera, y es a través de ella que la sentencia cobra realidad. El juez considera que la ponderación del inferior ha sido insuficient^{xxvii}, no satisface la motivación exigida y constituye sólo formas argumentativas demasiadas generales. Sostiene que: La simple mención de las pautas enunciadas no alcanzan a cumplir el requisito de fundamentación que deviene impuesto a las sentencias conforme lo establecen los artículos 116 y 349 del código ritual, operativas de la manda constitucional derivada del art. 1 y 33 de nuestra ley fundamental y la contenida en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que la revisión de la pena en una segunda instancia sólo puede concebirse si se parte de la base que el tribunal de juicio debe efectuar una clara explicitación de las razones por las que elige una sanción. A la luz de tales premisas es que entiendo que en el resolutive puesto es crisis no se ha valorado correctamente la mensuración de la pena, al haberse omitido llevar a cabo una correcta valoración de las pautas que el código exige a los magistrados a través de los arts. 40 y 41 del Código Penal y al no seguir y omitir los parámetros allí establecidos.

El fallo del TIP reenvía al mismo tribunal de debate para que dicte una nueva condena mejor fundamentada. Aquí asoma otro problema: en primer lugar, qué tan distinto puede solucionar el caso el mismo tribunal que ya se expidió y que ya hizo una valoración al respecto y en segundo término, si el TIP hubiera fijado el monto de la pena, el condenado no tiene instancia de revisión. El punto es que la facultad de revisar tiene que tener algún límite. 5).- La participación de la víctima en el proceso. Por otra parte, teniendo en cuenta que los nuevos modelos procesales contemplan una mayor participación de la víctima en el proceso, que la transición entre el anterior código de carácter inquisitivo y el vigente de tipo adversarial se fue realizando lentamente entre 2006 y 2011^{xxviii}, no se advierten cambios

significativos en el acceso a la justicia de la víctima ni que ésta haya tenido alguna participación relevante en la etapa procesal concerniente a la determinación del monto de la condena ni modalidad de ejecución en las sentencias del período seleccionado, ya que existe un solo caso en que la víctima se presentó en carácter de querellante.

En el caso de los delitos sexuales, concordantemente con numerosas investigaciones puede decirse que está caracterizado por la altísima cifra negra o subregistro de hechos delictivos y se trata de un delito de género que afecta a las mujeres en la gran proporción de los casos e intergeneracional ya que la gran cantidad de víctimas corresponde a menores de edad. El subregistro de delictividad sexual abre el interrogante acerca de si las víctimas encuentran las respuestas y soluciones en el sistema penal, conlleva a indagar sobre los procesos de revictimización que padecen las víctimas en el tránsito del proceso penal. Los delitos sexuales salvo hasta hace muy poco, configuraban un capítulo más en los estudios de la dogmática jurídico-penal mientras que otras disciplinas como el trabajo social y la psicología muestran más avances en investigaciones empíricas y brindan explicaciones multicausales acerca de este tipo de hechos. Esto puede deberse al tardío ingreso al contrato social y a la demorada y parcial obtención del estatus de sujeto de derechos de las mujeres y niños/as. El estado de derecho y el derecho de los derechos humanos no han podido desmontar el aparato ideológico del patriarcadoxxx. El Estado sigue delegando el control social informal sobre las mujeres en los maridos, parejas, concubinos, hermanos, padresxxx, médicos y curas.

Recién en la Conferencia de Viena de 1993 se asumió que los derechos humanos también abarcan a las mujeres: los derechos de las humanas. El derecho y el derecho penal en particular mantienen rasgos patriarcales ya inaceptables. Es más, las instituciones están aún asentadas en el sistema de dominación de género.

Si bien es cierto que la reforma del Código Penal dispuesta por ley nacional 25087 e impulsada por grupos de militancia feminista no fue la mejor y contiene una serie de inconsistencias en la formulación y delimitación de los tipos penales, cuestión que dificulta la aplicación de los tipos a los casos concretos; también es cierto que la demora en entender los cambios conceptuales e ideológicos que la reforma plantea respecto del bien jurídico protegido y afectado, es indisimulable. Este desfase entre la letra de la ley y lo que resuelven los fallos, es consecuencia de que subsisten representaciones sociales del delito que se corresponden con la anterior redacción del tipo penal. De esta situación las instituciones y los operadores jurídicos muy lenta y parcialmente se están haciendo cargo, aun con ciertas resistencias. Lamentablemente, en nombre de los derechos y garantías de los imputadosxxxi, se discuten los derechos de las víctimas manteniéndose la justificación de un sistema binario y jerarquizado que mantiene la asimetría de poder entre el victimario y la víctima.

6).- Comentarios finales. El abordaje que se realiza de las sentencias penales se basa en una investigación de tipo exploratoria desde la perspectiva socio-jurídica que proveyó datos empíricos sobre

las prácticas y representaciones sociales de los operadores jurídicos y de los jueces de las cámaras criminales de la provincia desde 1995 hasta 2010 en torno a un delito en particular: contra la honestidad (antes de la reforma de la ley 25087) y contra la integridad sexual, después de esa modificación. Aquí se ha efectuado un recorte temporal (2008 a 2010) en función del análisis de la aplicación de los arts. 40 y 41 del Código Penal y otras regulaciones que se deberían tener en cuenta tanto para garantizar los derechos al victimario como para amparar a la víctima y que ésta pueda ejercer las facultades previstas en el ordenamiento penal. No se trató de profundizar sobre la dogmática del derecho penal, sino sobre las facultades y márgenes de acción de los jueces como operadores para emitir el discurso jurídico. Se trató de observar cómo fallan y según qué consideraciones, muchas veces ajenas a los hechos investigados y al derecho aplicable, es decir utilizando criterio subjetivos y extralegales. A los fines de evaluar las condiciones mínimas de logicidad y racionalidad de una sentencia para ser considerada como acto jurisdiccional válido, puede decirse que hay dos formas básicas: por un lado, la falta de motivación y la insuficiencia de motivación. La primera consiste en la omisión de toda expresión de las razones que fundamentan la decisión judicial y conduce irrefragablemente a la nulidad. Es el caso de la mayoría de las sentencias seleccionadas. La segunda forma implica la existencia de una motivación elemental que puede o no satisfacer los niveles legales de fundamentación, es decir, le pueden o no gustar al condenado o al fiscal. En estos casos corresponde la nulidad cuando la deficiencia es de tal magnitud que importa una lisa y llana omisión grosera en la motivación. La investigación proveyó regularidades de conducta de los operadores que pueden servir como insumo para la crítica al derecho penal y al sentido común. También pueden servir para que el derecho penal no se aleje tanto - sin fundamentos razonables para los legos- de las valoraciones más cercanas a lo que piensa la gente. Al decir de Robinson (Sanchez Corral (2013): [...]...será el derecho penal el que se deberá ajustar a esas intuiciones de justicia compartidas por el grupo para fortalecer tanto la credibilidad moral como eficacia de su sistema". No parece muy común que los operadores jurídicos se hagan estas preguntas en el tramo del juicio en el que se aplica la pena, monto y condición de ejecución, ya que aún hay sentencias donde esta facultad aparece como discrecional, aun cuando empieza a ser materia de revisión en casación. En las sentencias analizadas se enuncian los criterios que se tienen en cuenta, sin embargo los magistrados no explican por qué usan esos criterios y no otros, ni cómo influye cada uno en la ponderación de pena, monto y condición de ejecución de la pena. No se advierte que los jueces usen todos los parámetros, más bien parece que usan aquellos que refuerzan las ideas previas que ya tienen en mente. Fundamentar de esta manera, considerar justo y equitativo no sabiendo para quién ni en cuáles circunstancias, considerar una situación o elemento innecesario sin ninguna razón explicitada, evidencia verdaderamente un desapego al debido proceso, que debe satisfacer las garantías del imputado y las necesidades de la víctima. Por otra parte, no parece que quienes tienen la función de legislar estén interesados en conocer de cuando en cuando cuáles son las convicciones y qué espera la gente del derecho penal. Las reacciones legislativas han sido espasmódicas. En realidad se advierte que cada instancia jurisdiccional se reserva una cuota de poder en

alguna de las facetas de la investigación penal y si el resultado de la acción estatal punitiva en conjunto es coherente o no, es otro problema del que no se habla. La apropiación de la sustancia humanística, igualitaria y libertaria de los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales es lenta, se demora y requiere de fallos ejemplificadores que funcionen a modo de hitos en el transitar hacia un mayor control del poder punitivo del Estado. En tal sentido el fallo 'Góngora' puede ser ejemplificador del deber del Estado de investigar la violencia contra las mujeres. El problema es que con investigar no alcanza. Como lo manda la ley 26485, hay que hacer algo con la víctima y con el victimario. En lo que hace a los delitos sexuales, el estado de vulnerabilidad de mujeres y niños/as ante el agresor (y el poder punitivo informal ejercido por éste y delegado por el Estado en el ámbito privado debido a la estructura patriarcal de la sociedad) se ve confirmado por el escaso compromiso de la magistratura en la provincia por hacer realidad el derecho de las víctimas; derechos consagrados hace largo tiempo y que tienen la misma entidad y jerarquía que los derechos de los imputados. El derecho de las víctimas no se protege mejor aumentando las penas de los victimarios. La magnitud de los daños físicos y síquicos, el aprovechamiento de la convivencia o el deber de guarda en casos donde se hallan víctimas menores de edad o discapacitadas, las consecuencias en el ejercicio de la sexualidad y la relación de sometimiento que han vivido las víctimas no han sido más que enunciados pero no explicitados en sus alcances y consecuencias por los jueces en las sentencias. Tampoco los magistrados han considerado el peligro causado (ni en el sentido tradicional que podría ser cuestionado por vincularse al derecho penal de autor, ni a la usanza de Marchiori, es decir como la impunidad en el accionar del individuo y la indefensión y vulnerabilidad de la víctima), la posición del victimario y su comprensión de los hechos, ni han ponderado el monto en función de los motivos que llevaron al autor a cometer el delito: reforzar los estereotipos de dominación del hombre hacia las mujeres y niños/as. No hay sentencias en el período seleccionado en que se fijen condiciones compatibles con los postulados de las leyes 1918 y 26485 tales como hacer tratamientos terapéuticos, concurrir a grupos de autoayuda, solo existen compensaciones económicas a las víctimas cuando se realiza el procedimiento de juicio abreviado y en éstos procedimientos si bien se la escucha, no necesariamente se atienden sus peticiones. Con todo, puede decirse que reciente y lentamente esta situación se está modificando, pero no estrictamente como producto de cambios legales sino por resignificaciones en el discurso jurídico que parece estar tomando en cuenta la dignidad de las personas. A veces no se cambia por convicción sino por espanto. Conmociones socio-mediáticas han promovido cambios en las prácticas al interior del campo jurídico^{xxxii}. Esta nueva consideración de la dignidad hace que sea más frecuente que los operadores reclamen por las garantías de debido proceso del imputado en cuanto a la consideración de la pena, monto y modalidad de ejecución. La relación entre las garantías de los imputados y los derechos de las víctimas está lejos de ser resuelta por las normas y prácticas vigentes. Por un lado hay que disminuir el poder punitivo del estado, pero por otro se debe consolidar la solidaridad social. El derecho penal no puede significar el beneficio de la impunidad para unos ni el costo del desamparo de las víctimas. En esa

búsqueda de nuevas formas de cohesión social y de abordar estas tensiones dentro de la diversidad, que no sean las tradicionales prácticas violentas (del Estado o del pater), podríamos pensar seriamente en incluir plenamente a las mujeres y niños/as en el contrato social, de esa manera la mayor dignidad de las víctimas no sería una deuda pendiente.

7).- Bibliografía.

Calmels, Julieta y Mendez, María Laura. El incesto: un síntoma social. Una perspectiva interdisciplinaria. Biblos. Buenos Aires. 2007.

Canton Duarte, José y Cortés Arboleda, María Rosario. Malos tratos y abuso sexual infantil. Siglo XXI Madrid. 2011[1997]).

Echeburúa, Enrique, Paz de Corral y Pedro Javier Amor (2002): “Valuación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos”. Revista Psicothema Vol 14 Suplemento ISSN 0214-9915 pp. 139/146.

Fernandez Sobral, Jorge y Prieto Ederra, Angel. Psicología y Ley. Un examen de las decisiones judiciales Editorial Eudema Madrid. 1994.

Fleming, Abel y Lopez Viñals, Pablo. Las penas. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires.2009.

Fontenla, Marta A.: “Patriarcado”. En Diccionario de estudios de género y feminismos.

Gamba, Susana (coord). Edit Biblos. Buenos Aires. 2009. pp 256.

Lista, Carlos A. y otros (2010): “¿Qué criterios utilizan los jueces al cuantificar la pena? Los delitos de homicidio simple y robo calificado”. En Anuario XII (2009-2010). Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Córdoba. pp 627-647.

Lista, Carlos A y otros (2011a): “Criterios extralegales utilizados por los jueces al cuantificar la pena. Delito de robo calificado por arma”. Publicado en XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica. Santa Rosa. La Pampa. UNLPam versión CD.

Lista, Carlos A. et al (2011b): “Criterios de los jueces para cuantificar el tiempo de la condena. Delito de robo calificado”. Revista n° 4 de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de la Plata. Pp

3-29.

Machado, Claudia: "Aportes para analizar la relación entre la violencia sexual y los operadores jurídicos en la Primera Circunscripción de La Pampa". Publicado en Actas del XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica, Nov 2011, ISBN 978- 950-863-162-6.

Marchiori, Hilda. Criminología. La víctima del delito. Editorial Porrúa México. 1998.

Molina, María Lourdes y Barbich, Alejandra (s/f): Maltrato Infanto-Juvenil. Evaluación y toma de decisiones. Editorial Dunken. Buenos Aires.

Righi, Esteban. Teoría de la Pena. Editorial Hammurabi. Buenos Aires.2001.

Sanchez Corral, José Manuel (2013): "La justificación social de la pena desde la tesis del merecimiento empírico de Paul H. Robinson". En <http://www.eldial.com> consulta del 27/11/2013.

Serra, Natalie E. "Queering International Human Rights.LBGTaccess to domestic violence remedies". En Journal of Gender, Social Policy y the Law American University Vol 21 Number 3. Washington.2013 pp 583-607.

Smoliansky, Ricardo. "Algunos aspectos sobre la individualización de la pena. El fallo Garrone" en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal marzo 3/2008 Lexis Nexis. Buenos Aires.

Teubal, Ruth (s/f): "Las madres frente al abuso sexual infantil intrafamiliar de sus hijos ¿son víctimas?" Disponible en [http:// revinut.udea.edu.co/index.php/revistraso/article/view/5280/4641](http://revinut.udea.edu.co/index.php/revistraso/article/view/5280/4641) consultado el 04/09/2011.

Fuentes. Las sentencias dictadas entre 2008 y 2010 fueron obtenidas por una becaria del proyecto y las posteriores, salvo las causas 21/10, 12/13 y legajo 1139/2013, las demás se hallan disponibles en www.juslapampa.gov.ar/jurisprudencia.

Notas:

[*] La autora es Abogada (UNLP), Especialista en Derecho Público (UNC) y Magister en Sociología Jurídica (UNLP). Docente de Introducción a la Sociología y Sociología Jurídica en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam.

i □ □ “El discurso jurídico de los jueces en las sentencias contra delitos contra la integridad sexual”

Acreditado por la Res. 151/10 del Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam. Directora: Dra. Olga L. Salanueva, Investigadora: Abog. Daniela María José Zaikoski Biscay. La matriz elaborada contiene datos de 232 sentencias de delitos contra la integridad sexual dictadas entre 1995 y 2007, luego el proyecto se amplió a sentencias dictadas entre 2008 y 2010. Se han publicado distintos artículos sobre avances de la investigación en Actas del XII Congreso de Sociología Jurídica (Santa Rosa), en Actas del XIII Congreso de Sociología Jurídica (Viedma) y en la Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídica de la UNLPam.

ii En la provincia de La Pampa, la ley 2655 que modifica el Código Procesal Penal -Ley 2287- con la finalidad de posibilitar el acceso a la justicia a mujeres en situación de violencia de género, permite al Consejo Provincial de la Mujer constituirse en parte querellante en casos de delitos contra la integridad sexual previstos en el Título III del Código Penal, pero la manda legal aún no se ha puesto en marcha.

iii Otras publicaciones relacionadas con el proyecto de investigación y acerca de los datos recogidos en las sentencias pueden verse en “Sentencias sobre integridad sexual: primeros avances de la investigación” y Contexto Familiar de las personas abusadas” ambos en coautoría publicados en Actas del XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica FCEyJ de la UNLPam noviembre 2011 ISBN 978-950-863-162-6 y “Perfil del victimario de delitos sexuales. Análisis cuantitativos de sentencias penales (La Pampa-1995/2007), publicada en Actas del XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica ISBN 978-950-673-992-8 Universidad Nacional de Río Negro Sede Atlántica. 2012

iv Podemos afirmar que el cuerpo de los niños/niñas es objeto de transacción y acuerdos familiares. En muchas sentencias surge que la denuncia del delito está condicionada, por ejemplo a la idea de que el varón adulto mantiene la familia o tiene derechos sexuales sobre sus miembros, que la madre demora la denuncia por que no tiene adónde ir. Esta situación corresponde con la ideología patriarcal que sostiene que las personas de la familia son tratadas como una extensión de los derechos patrimoniales del varón. En estos casos además de abordar el problema de la víctima propiamente dicha, hay que trabajar en empoderar a la mujer mamá de los niños/niñas. La violencia en estos casos no es solo sexual.

v Las autoras trabajan principalmente el incesto y cómo la ley positiva ha asumido lo cultural del parentesco. Quien incestúa no tendría internalizadas las normas culturales que interdictan tal conducta.

vi Respecto de las ofensas cometidas por distintos operadores (principalmente la defensa) contra la

víctima, hemos encontrado fallos recientes como ‘Nadal, Guillermo Francisco’ de la Sala II de la CFCP en la que los jueces consideran inadmisibles que la defensa haga consideraciones sobre la vida sexual de la víctima, pregunte a la víctima sobre sus conductas sexuales y sobre el ejercicio de la prostitución. También fallo 173:13/30 de la CJSalta en ‘C.C s/ rec de casación’ donde la ministra dice que las argumentaciones de la defensa respecto a justificar el homicidio con fundamento en que la hombría del asesino se vio vulnerada por las relaciones de la víctima con un tercero, incumplen la ley 26485 ya que la defensa con su discurso refuerza los estereotipos de feminidad y masculinidad.

vii Es por ello que ha empezado a llamarse sobreviviente a que sobrevive después de la violencia de género, más que seguir llamándole víctima. Igualmente sobre el punto existen discusiones. Puede verse Serra (2013).

viii Sin embargo así como existe normativa tendente a garantizar los derechos del imputado, también hay normativa para amparar los derechos de las víctimas, por ejemplo la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder ONU (1985) que dice “4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional” y agrega: “d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia”. Es evidente que se vulnera la intimidad y se deja sin sentido a la reforma de la ley 25087 si a la víctima se le pregunta sobre sus actividades sexuales, cosa que los jueces en las sentencias de la provincia de La Pampa no prohíben hacer a la defensa. Tales indagaciones además de inapropiadas para revelar la comisión del delito producen revictimización, cuestión que no parece importante en el proceso penal.

ix □ El discurso ‘psi’ “¿qué es el discurso psi?. En sí, es la promoción de una revolución interior, un movimiento de conciencia que impele al sujeto a desear conocer todo y a la realización personal. El hombre posmoderno quiere vivirlo todo, conocer todo, experimentar todo, sentir todo... a la manera de Fausto de Goethe, el individuo actual desea tenerlo todo”. “La nueva figura: Narciso” Lipovetsky, G. consulta de Internet 3 de noviembre de 2013. En el sentido usado en el texto se refiere a la creciente intervención de profesionales de la psicología.

x Otras investigaciones también destacan estos aspectos. Ver Suarez Solá M.L y Gonzalez Delgado, F.J “Estadísticas y trascendencia de la violencia sexual en menores s/ f de edic. Así como los jueces prestan más atención a los aportes ‘psi’ también los defensores se quejan más de las interpretaciones que hacen los magistrados de las pericias. Así lo recoge la sentencia 12/2013 Sala B del Tribunal de

Impugnación Penal

xi Se ha sostenido que así como la mayoría de los abusadores son hombres, así también la protección de los niños/as es asumida generalmente por mujeres, de ahí que la respuesta protectora de la madre sea crucial para la recuperación positiva en el corto y mediano plazo de la víctima (Teubal s/f).

xii Por ejemplo si logra escapar o llamar la atención, como en el caso de la sentencia 5/2008CC 1 SR es considerado a favor del imputado. En esa sentencia se deja constancia que no se impone pena de ejecución efectiva por resultar inconveniente a los fines de la pena que la misma sea efectiva.

xiii No se desconoce la distinción entre derecho penal de acto y derecho penal de autor, ni que los artículos 40 y 41 y la cuestión de la reincidencia resulten discutibles este aspecto.

xiv Es muy reciente la puesta en marcha de la Oficina en Santa Rosa (LP) y aun no se tiene datos acerca de su funcionamiento.

xv Autores de la dogmática penal abordan la determinación y montos de la pena. Puede verse Fleming y Lopez Viñals (2009) quienes enumeran los criterios que debieran considerarse para motivar la condena como derecho que integra el juicio justo y el debido proceso, mientras que Smoliansky (2008) hace el análisis de individualización de la pena a un caso concreto sin posibilidades de extrapolar los resultados ni establecer regularidades de conducta respecto de las decisiones tomadas por el tribunal que dictó la sentencia que pone en crisis. También Righi (2001).

xvi Una cuestión que no ha podido ser analizada en la muestra es si existe diferencias conceptuales o ideológicas entre los votos de las mujeres y de los varones, ya que solo una sentencia fue dictada por un tribunal mixto, y no existen fallos con disidencias en el período elegido.

xvii Al respecto un medio periodístico informaba que existen condenas de 18 y 25 años. Las sentencias correspondientes a esos casos no se hallan en el sistema de publicación on line, debido a que aún no están firmes. Las sentencias fueron proveídas por informantes clave.

xviii Según Fleming y Lopez Viñals (2009:307) en Pupelis la Corte señaló que tales las facultades están en cabeza del Poder Legislativo. Recurso de Hecho en Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas www.mpd.gov.ar consulta del 26/11/2013. En el período elegido no se presentan discusiones al respecto.

xix Una de las becarias que integró el proyecto de investigación, trabajó con autos de procesamiento del Juzgado de Instrucción y Correccional n° 6 de Santa Rosa y pudo confirmar que con los mismos elementos de prueba el juez puede decidir el procesamiento o sobreseimiento del imputado. Llevado al plano de los jueces de debate puede arriesgarse que con los mismos elementos y sin entrar a considerar la constitucionalidad de la escala para el caso concreto, los jueces tienen formas y pueden motivar una absolución, lo que abre la puerta a consideraciones extrajurídicas en las investigaciones penales, las que por supuesto los jueces no admiten.

xx□ A tenor de causas como “Figueredo Caballero, Máximo s/ recurso de casación” de la CNCP (04/12/2013) disponible en www.infojus.gob.ar la guarda de la persona abusada puede estar a cargo del abusador circunstancialmente o por poco tiempo, ampliándose a nuestro criterio qué debe considerarse guarda como para agravar un delito.

xxi El incesto no es un delito, ser ascendiente es un agravante del tipo.

xxii En el fallo 34/2008 la CC 1 SR con jueces subrogantes se dijo que las agravantes se suman. En otra causa el resultado fue el opuesto con otros jueces (sentencia 73/2010 CC 1 SR), lo que pone en cuestión el criterio que los jueces usan al momento de sentenciar.

xxiii Causa 12/13 del TIP disponible en www.lapampa.gov.ar.

xxiv Causa 21/10 del Tribunal de Impugnación Penal no está disponible on line, el problema fundamentalmente era la ejecución efectiva de la pena por un hecho de tránsito.

xxv A nuestro modo de ver esto plantea el interrogante de las características del sistema adversarial, donde los jueces están limitados a lo que la fiscalía y la defensa piden. Si los jueces en este modelo son receptores de los planteos de las partes, es el fiscal quien debe fundar y motivar, para que el victimario pueda hacer su defensa en base a las consideraciones del órgano acusador. Queda claro que el discurso jurídico de los jueces pretende mantener un protagonismo que en este sistema ya no podrían tener.

xxvi Esta sentencia aún no está en el sistema on line, fue puesta a disposición por un informante. El condenado impugna la sentencia por la que se lo condena como autor como autor material y penalmente responsable de los delitos de suministro de material pornográfico a una menor de 14 años de edad (art.128 3 párrafo del C. P.), en perjuicio de A. del V. F.; Abuso Sexual con Acceso Carnal mediante el uso de violencia y amenazas, agravado por haber resultado un grave daño en la salud mental de la víctima y por haber sido el autor encargado de la guarda de una menor de 18 años de edad,

aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma, en reiteradas oportunidades como delito continuado (arts. 119, 3 párrafo, y 4 párrafo incs. a), b) y f) , y 54 "contrario sensu", todos del C. P.), en perjuicio de E. F. y Abuso Sexual con Acceso Carnal mediante el uso de amenazas, agravado por haber sido el autor encargado de la guarda de una menor de 18 años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma, en reiteradas oportunidades como delito continuado (arts. 119, 3 párrafo y 4 párrafo incs. b) y f), y 54 "contrario sensu" del C. P.), en perjuicio de M. B. F.; debiendo concursar las calificaciones precedentes materialmente (art. 55 del C. Penal), a la pena de VEINTICINCO AÑOS de prisión, con más las accesorias del art. 12 del C. P.; con costas (art. 29 inc. 3 y 355, 474, 475 y cc. del C.P.P.).- La defensa se queja por exceso y la fiscalía por defecto en la cantidad de años de la pena. Los jueces del TIP confirman todos los aspectos de la condena salvo en lo que respecta a la fundamentación del monto de la pena. Los integrantes de la sala son los Dres. Flores que vota y el Dr. Balaguer que adhiere. El voto abunda en consideraciones de la violencia de género y la cometida contra los niños/as, cita una importante jurisprudencia anterior a la reforma de la ley 25087, que no vimos citada por el mismo magistrado en las sentencias que dictó como camarista de la Cámara Criminal que integró en Santa Rosa. Esto nos lleva a pensar sobre los modos de resignificación de los hechos y de las normas que puede hacerse a través del discurso jurídico máxime teniendo en cuenta que varios funcionarios penales han debido afrontar juicios políticos recientemente por casos vinculados a violencia de género. Esto confirma la hipótesis de la investigación que se basa en que los operadores aplican la ley de acuerdo a sus representaciones sociales y experiencias personales que los afectan (o no). Esto puede ser objeto tanto de investigaciones sicolegales o sociojurídicas como las citadas, que la dogmática penal debiera tener en cuenta.

xxvii □ El magistrado tiene "en cuenta además de las disposiciones de los arts. 40 y 41 del Código Penal, la naturaleza de los hechos, las circunstancias que los acompañaron, como así el conocimiento directo del nombrado en la audiencia de debate, como así también la solicitud de pena formulada por el Ministerio Público Fiscal.- Valoro también el daño causado a las menores y la extensión del mismo, las circunstancias, modalidad degradante que en ocasiones se ejecutaron los mismos. También el sometimiento físico y psíquico que han padecido las menores, en especial E. y M., que convivieron largo tiempo con el imputado soportando no solo la reiteración de los hechos abusivos, sino que estuvieron condicionadas durante todo ese tiempo, a la libre voluntad de su abusador, que las llevó a vivir en un permanente estado de angustia, temor e inseguridad, situación que las colocó en un total estado de indefensión".

xxviii El nuevo Código Procesal Penal de La Pampa fue dictado años antes de ser puesto en marcha. Si bien hubo resistencias para implementarlo, lo cierto es que los operadores del área penal sabían que se trataba de un nuevo código fundado en el modelo adversarial. La transición a la que se alude tiene que

ver con las sucesivas modificaciones que recibió en código anterior antes que el nuevo entrara en vigencia.

xxix El término patriarcado ha sido utilizado para designar un tipo de organización social en el que la autoridad la ejerce el varón jefe de familia, dueño del patrimonio dentro del cual estaban la mujer y los hijos. Las feministas han estudiado las distintas expresiones que el patriarcado ha adoptado a través del tiempo definiendo el contenido económico, ideológico, político y social que refiere al régimen de sujeción de las mujeres. Se lo define como “la manifestación e institucionalización del dominio masculino sobre las mujeres y niños/as de la familia y la ampliación de ese dominio sobre las mujeres en la sociedad en general” que se refuerza a través del parentesco y de la heterosexualidad obligatoria de las mujeres, que garantiza la reproducción (Fontenla, 2007:256).

xxx Varios supuestos llevan a pensar que el Estado delega en los hombres el control social informal sobre las mujeres y los niños/as. Del análisis de sentencias dictadas entre 1995 y 2007 surge que cuando las adultas son violentadas sexualmente por conocidos no se trata de una verdadera violación, mientras que si se trata de victimarios desconocidos si se considera delito. Tampoco tenemos sentencias en las que se investigue la violación dentro de matrimonio. Por el contrario hay casos donde la violencia sexual parece arreglarse entre el padre de una adolescente y el victimario, como si el bien jurídico protegido por la norma afectare a aquel y no a la víctima. Esta cuestión revela que se trata más bien de la honorabilidad de los varones que de la integridad sexual de las mujeres.

xxxi En sentido crítico a Góngora, pero sin proponer una superación de la histórica asimetría de poder entre víctima y victimario en el proceso penal, puede verse entre otros a Nicolás Omar Vargas en “Tensiones entre el derecho penal y la obligación de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Algunas apostillas a partir de un fallo” disponible en www.pensamientopenal.com.ar consulta del 02/12/2013 y “Violencia contra la mujer como instrumento de represión: ¿otro castigo penal a los pobres?” de Avila, Fernando, Juliano, Mario A. y Vitale, Gustavo. Revista Derechos Humanos. Año II, N° 3, pág. 55 disponible en http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacf130353-avila-violencia_contra_mujer_como.htm; jsessionid=uegxf90vpqfm1ijb9655xkrly?0&src=RVDHU003 consulta del 29 de enero de 2014.

xxxii Según las entrevistas efectuadas por la becaria del proyecto, Claudia Machado (2011) el caso del homicidio de Carla Figueroa ocurrido en la provincia luego de un avenimiento fue el detonante de que se resignificara el problema de la violencia de género, creándose -por ejemplo- las oficinas de atención a la víctima. Lo mismo pudo ocurrir con el caso de abuso sexual y muerte de la niña Sofía Viale, ambos

ampliamente difundidos en los medios de comunicación y relacionados a juicios políticos de algunos magistrados.