

## AUTO DE VISTA

Cochabamba, 13 de octubre de 1997.

VISTOS: En grado de apelación la sentencia de fs. 441-446, los antecedentes procesales, el requerimiento de fs. 456; y

CONSIDERANDO: Que el Juez 3º de Partido en lo Penal de la Capital, dictó la sentencia apelada declarando a Carlos Aguilar Orellana autor del delito de violación, tipificado por el art. 308 del Cód. Pen., imponiéndole la pena de cinco años de reclusión, con costas en favor del Estado y la querellante, así como a la reparación de daños civiles. Esta sentencia fue apelada por el procesado y la parte civil, recursos que motivan la presente resolución.

CONSIDERANDO: Que abierta la competencia de este tribunal, de la compulsa de toda la prueba cursante en obrados se llega a las siguientes conclusiones:

1) Que el 2 de octubre de 1994, al promediar las 6:00 María Zwanenburg llamó a los esposos Guillermo Bazoberry y Katia Elvira Ferrufino y les comunicó que había sido violada sexualmente por Carlos Aguilar Orellana, hijo de la dueña del departamento. Inmediatamente ambos esposos acudieron en su ayuda, encontrándola en la vivienda de unos inquilinos coreanos que ocupaban un departamento en el mismo inmueble. Al conocer los hechos ocurridos, los esposos Bazoberry acompañaron a María Zwanenburg a la Policía donde sentaron denuncia en contra de Carlos Aguilar.

2) Que el mismo día de los hechos María Zwanenburg fue revisada por un ginecólogo de la Clínica Belga, quien emitió el informe que cursa a fs. 35, que entre otros detalles hace constar textualmente lo siguiente: "Genitales externos de nulípara, sin lesiones traumáticas recientes...vagina ocupada por fluido de aspecto seminal..."

3) Que el inmueble en el que ocurrieron los hechos se halla ubicado en la calle José Pol Terrazas Nº 215, en cuyo fondo se halla el departamento que ocupaba la querellante, rodeado de viviendas y al que se llega a través de un pasadizo, en el que existe una reja metálica, como ilustran las fotografías cursantes a fs. 408-413 y el acta de inspección de fs. 397. Que en el mismo inmueble y ocupando el departamento de la parte delantera vive una familia de coreanos (fs. 421 vta.).

4) Que la Policía Técnica Judicial estuvo en el escenario del hecho, habiendo realizado una "inspección técnica ocular", oportunidad en la que se tomaron las fotografías que cursan a fs. 42-43 y se levantó un inventario de prendas encontradas en el dormitorio de la querellante, entre los que se mencionan prendas íntimas de hombre y de mujer, concretamente "calzoncillo de varón y calzón de mujer" (fs. 40 y 41).

CONSIDERANDO: Que la versión de la querellante, contenida en su declaración informativa de fs. 37-38 e instructiva jurada de fs. 13, es que el día 2 de octubre de 1994 a hrs. 2:00 de la mañana, despertó sobresaltada con un ruido en el techo y luego vio que un desconocido se le abalanzó y que por la superioridad de fuerzas la redujo y violó, no obstante sus gritos de auxilio, agresión sexual que consumó en medio de amenazas de muerte.

Que ella se defendió con un frasco de perfume golpeándolo en la cabeza, sin lograr disuadir al agresor, quien tenía una cortadura en una de las cejas, de la que sangraba y que "posiblemente se hizo al traspasar la verja de mi casa" (fs. 13). Con referencia al tiempo que el desconocido se quedó en su departamento, la querellante dice: "Desde aproximadamente hrs. 2:00 a 6:00, hora en la que escapé de la habitación para guarecerme donde los vecinos de la casa de adelante" (fs. 37). En cuanto a la identificación del agresor, señala que al amanecer le habló de cosas familiares en relación a la casa y a su trabajo, lo que permitió identificarlo. Al respecto textualmente dice: "Cuando amaneció y entró luz natural a la habitación traté de tranquilizarlo y engañarlo y poder escapar. Finalmente a hrs. 6 logré salir de la habitación

identificando a Carlos Aguilar, hijo del dueño de casa a quien conozco, por ser el encargado de cobrar alquileres" (fs. 38).

CONSIDERANDO: Que la versión del procesado, contenida en sus declaraciones de fs. 141-142, 379-381 y 491-493, es que en su condición de hijo de los propietarios del inmueble y administrador del mismo, conoció a María Zwanenburg desde el día en que ésta ingresó al departamento como inquilina o sea desde inicios del mes de enero de 1994. Que siendo él por entonces soltero, se relacionó con la inquilina, con quien pronto mantuvo relaciones voluntarias, traducidas en constantes visitas a su departamento. Que el mes de abril de aquel año, Jorge Aguilar contrajo matrimonio y dejó de visitar a la querellante lo que motivó que ésta mediante llamadas logró restablecer las relaciones que mantenían. Que la noche de los hechos María Zwanenburg insistió en ser visitada por el procesado, quien se hizo presente ante ésta más o menos a hrs. 2:00, luego de haber departido con unos amigos y dejar su movilidad a prudente distancia para no delatarse. Que al llegar a la casa tocó el timbre y que la puerta fue abierta por la querellante, quien en salto de cama hizo pasar a su visitante franqueando la reja del pasadizo que quedó abierta.

Que ya en el departamento y luego de mantener relaciones íntimas, Jorge Aguilar intentó vestirse e irse, lo que enfureció a la querellante, quien se opuso tenazmente impidiéndole su salida del dormitorio. Así, quedaron en la cama desvestidos hasta que a hrs. 6:00, cuando Aguilar intentó nuevamente irse, fue golpeado por María Zwanenburg con un frasco de perfume que le causó una herida en el arco superciliar izquierdo. Que ante la profusión de sangre que manchó el rostro de Aguilar, la cama y el piso, la querellante salió precipitadamente del departamento en el estado en el que se encontraba y pasando por la reja abierta se refugió en el departamento de los coreanos ubicado delante de su vivienda. Que por su parte Aguilar se vistió apresuradamente y abandonó también el departamento.

CONSIDERANDO: Que así expuestas las dos versiones, analizando y valorando en su conjunto toda la prueba aportada, conforme dispone el art. 135 del Cód. Pdto. Pen. se llega a la conclusión clara y objetiva de que no hubo delito de violación en el presente caso. Todas las pruebas y antecedentes conducen a la convicción firme de que Jorge Aguilar y María Zwanenburg eran amantes y que las relaciones que mantuvieron fueron continuas y voluntarias, relaciones que se deterioraron a consecuencia del matrimonio del primero con otra mujer. La convicción en estas voluntarias relaciones se afirma aún más ante el hecho de que ambas partes, a tiempo de los sucesos que dieron origen a la presente querrela eran adultas, el uno con 34 años y la otra con 32. Las pruebas y circunstancias que de manera más elocuente conducen al convencimiento de que no hubo violación, son las siguientes:

1) Según la versión de los propios testigos de cargo y las fotos cursantes a fs. 7 y 272, María Zwanenburg es robusta y tiene 1.87 m. de altura, frente a la constitución delgada y estatura mediana del procesado. Así por ejemplo, el testigo de cargo, René Mauricio Angulo G. que trabajó con M. Zwanenburg en la misma oficina de la O.I.T. señala que ésta es alta y fornida y con una estatura entre 1.83 y 1.85 m. y que en una eventual lucha cuerpo a cuerpo le habría sido imposible reducirla.

2) Resulta desde todo punto de vista inverosímil que el agresor que según la versión de María Zwanenburg, ingresó con escalamiento y violencia al inmueble y en particular a su dormitorio, se haya quedado a dormir 4 horas con su víctima en el escenario del crimen y que en éstas 4 horas ninguno de los vecinos del lugar ni inquilinos de la casa hayan escuchado ruido alguno de violencia y menos gritos de auxilio. Al respecto el ciudadano coreano Jong Kwon Yun Yang, a fs. 226, señala que vive a escasos 3 m. del departamento de María Zwanenburg y textualmente dice, sobre lo ocurrido la noche de la supuesta violación: No oí nada, ningún ruido que pudiera sobresaltarme y mucho menos oí gritar a María Zwanenburg.

3) También es inadmisibles que un agresor que ingresa a dormitorio ajeno en la noche, con el fin de consumir una violación a persona extraña, se desvista para violar y cuatro horas después huya dejando su prenda íntima en el escenario del crimen, como se establece a fs. 10. Esta circunstancia resulta aún más inverosímil si se toma en cuenta la estatura y el peso de la supuesta víctima, que permitió primero, que su agresor se desvista para violarla y segundo,

que ella guarde silencio absoluto por más de cuatro horas. Además ella señala que el agresor comenzó la violación estando vestido, por lo que resulta extraño que durante el acto éste haya podido desvestirse y consumar el delito, como muestran las prendas encontradas en la habitación. También María Zwanenburg dice que el atacante le gritó para que se callara, lo que también resulta extraño en un agresor que en vez de pasar desapercibido y evitar todo ruido, levante la voz contra su víctima en un lugar habitado y en horas de la noche.

4) Ausencia total de signos de violencia en el rostro y el cuerpo del supuesto violador (arañazos, mordiscos, contusiones, heridas) lo que significa que María Zwanenburg no obstante su tamaño y fortaleza física no hizo nada, durante más de cuatro horas, para intentar la más mínima oposición a la violación.

5) Según versión de la querellante, sólo ella tenía la llave de la reja del pasadizo que conduce a su departamento (fs. 4 y 408). Sin embargo, esta verja estaba abierta cuando ambos salieron del departamento después de la supuesta violación, lo que demuestra que abrió esta reja a hrs. 2 de la mañana para dejar pasar a su visita y la dejó abierta, como se sostiene a fs. 428 vta.

6) La querellante entra en contradicciones cuando afirma que no reconoció a su agresor hasta el amanecer; y sin embargo, afirma que en la oscuridad de la noche si vio que éste tenía una cortadura en su ceja, además de decir que la última vez que lo vio y conversó fue dos semanas antes del hecho, cuando éste le cobró los alquileres (fs. 4). "Tenía dice María Zwanenburg una cortadura en una de sus cejas, que posiblemente se hizo al traspasar la verja de mi casa" (fs. 13). Con esta afirmación la querellante demuestra que no se defendió de ninguna manera y que la única herida que llevaba el procesado fue ajena a la agresión que ella soportó la noche del hecho.

7) A fs. 4 María Zwanenburg refiriéndose al procesado dice: "La última vez que lo vi aproveché para pedirle que haya más seguridad en la casa y que el carpintero pusiera los muebles comprometidos". Por este antecedente reconocido por la propia querellante, cobra importancia la declaración del carpintero Juan Carlos Velásquez Sandoval, quien a fs. 232 dice: "En esa oportunidad, estando tomando las medidas, me invitaron María Zwanenburg y Jorge Aguilar una taza de té con galletas dejándome en la cocina. Ella lo tomó del brazo llevándoselo al living ...al despedirse mi presentante demoró un poco y después me dio alcance...En ese entonces vi que ambos tenían una relación de pareja". Esta declaración se complementa con la del Ing. Enrique Fernández, quien a fs. 229 dice: "En dos oportunidades recogí a mi presentante del domicilio de esta señorita, lo cual demuestra que tenía libre acceso al mismo..."

8) La querellante dice que antes de ser violada sintió ruidos en el techo de su dormitorio y que de allí bajó el agresor (querrela y declaración informativa). Al respecto resulta que, según el acta de inspección y las fotos de fs. 408-413, el departamento que ocupaba la querellante es de una sola planta, medias aguas, por lo que resulta en extremo difícil, sino imposible llegar hasta el techo de dicha vivienda sin pasar por los inmuebles vecinos.

9) El certificado médico de fs. 165, emitido por el médico forense que revisó a María Zwanenburg después de la supuesta violación, señala las tres siguientes conclusiones:

1) Que María Zwanenburg presenta signos de desgarro de data antigua.

2) Que la lesión consistía en "hinchazón pequeña y rojiza".

3) Que son lesiones del contacto sexual.

Estos son los principales puntos que convencen de manera objetiva y clara que no hubo delito de violación.

CONSIDERANDO: Que el delito de violación según la legislación penal y doctrina, tiene como característica básica la violencia que se utiliza contra una persona para abusarla sexualmente. Al respecto Cabanellas dice: "Existe violación cuando se obliga a la mujer a sufrir la conjunción

carnal contra su voluntad, sin su voluntad o con voluntad sin pleno discernimiento". Por su parte, el art. 308 del Cód. Pen. señala que se consuma el delito de violación, cuando se emplea violencia física o intimidación para tener acceso carnal con persona de uno u otro sexo... A su vez la jurisprudencia nacional anota: "Que uno de los elementos principales que tipifican el delito de violación, previsto en el art. 308 del Cód. Pen., es la violencia física o intimidación. Ahora bien, no existe en el proceso prueba alguna y fehaciente que demuestre violencia física o intimidación sobre la víctima ni antes ni después del acceso carnal..." (G.J. 1735, Pág. 257).

Por lo señalado las características principales del delito de violación son:

- a) La violencia física, ó
- b) La intimidación que se emplean, para vencer la voluntad de la víctima, cuando psíquicamente o físicamente ésta es capaz de oponer resistencia.

En el caso que se juzga no hubo violencia por parte del procesado ni resistencia por parte de la querellante. En consecuencia no hubo delito de violación.

Además, para dictar sentencia condenatoria debe existir en el proceso plena prueba, lo que significa que en la mente del juzgador no debe quedar duda alguna sobre la culpabilidad del procesado. Al respecto el art. 243 del Cód. Pdto. Pen. dice: "Se pronunciará sentencia condenatoria cuando en el proceso exista plena prueba contra el encausado". En el presente caso no hay tal prueba y el propio juez a quo, en la sentencia apelada, reconoce que en el delito que se juzga resulta sino imposible, sumamente difícil obtener pruebas absolutamente demostrativas de la versión de los agentes...(fs. 443) y no obstante esta duda pronunció sentencia condenatoria. Por otra parte, habiendo hecho mención a la versión de los agentes o sea a la versión de la querellante y el procesado, no ordenó la comparecencia en juicio de la querellante para escuchar su versión o por lo menos tomar conocimiento de su persona. Con esta omisión permitió que la fase más importante del juicio se desarrolle sin la presencia de la querellante, perjudicando la comprobación objetiva del delito. Pues el delito de violación es un hecho íntimo, que casi siempre se consuma sin la presencia de testigos, por lo que es de vital importancia que sobre todo en estos delitos, el juzgador tome conocimiento directo de la víctima. Al respecto el art. 37 del Cód. Pen. manda que compete al juez, "tomar conocimiento directo del sujeto de la víctima y de las circunstancias del hecho...", mandato omitido en este caso. Además, el art. 238 faculta al juzgador "ordenar el verificativo de todas aquellas diligencias y pruebas que a su juicio fueren conducentes al descubrimiento de la verdad del hecho que se juzga". Que el a quo sin haber cumplido ninguno de estos mandatos legales, describe a la querellante sin haberla conocido jamás. Así, en la sentencia apelada señala "es menester subrayar que si bien la víctima se caracteriza por ser una mujer de apreciable estatura pero no de mucha contextura física" (fs. 445). Que ante esta grave omisión del a quo, el tribunal de segunda instancia, haciendo uso de la facultad conferida por el art. 289 del Cód. Pdto. Pen. convocó por tres veces a la procesada, para que se presente ante este tribunal sin conseguir su presencia no obstante los amplios plazos otorgados para su presentación. Que esta comparecencia era de fundamental importancia para conocer la persona de la querellante así como su versión fuera de responder a las preguntas tan insistentemente solicitadas por la defensa.

Que su ausencia también frustró la declaración que el procesado pidió se le tome en presencia de la procesada, dando lugar a la declaración escrita presentada por éste a fs. 491-493. Que la ausencia de la querellante durante la fase del plenario y su reiterada negativa para presentarse ante este tribunal, unida a todas las pruebas que cursan en el proceso, llevan al convencimiento de que no hubo violencia ni intimidación en las relaciones que ésta sostuvo con el procesado.

**POR TANTO:** La Sala Penal Segunda de la Corte Superior de Justicia, en desacuerdo con el requerimiento fiscal, REVOCA la sentencia apelada y declara a Carlos Jorge Aguilar Orellana, absuelto de pena y culpa del delito de violación, tipificado por el art. 308 del Cód. Pen., por existir en el proceso sólo prueba semiplena, conforme el art. 244-1) del Cód. Pdto. Pen.

El Dr. Dulio Parra Mercado es de voto disidente.

Vocal relator: Dr. Tomás Molina Céspedes.

Regístrese.

Fdo.- Dres.: Tomás Molina Céspedes.- Hugo Bilbao La Vieja A.- Dulio Parra Mercado.

Ante mí: Dra. Marlene Campos de Aguilar.- Secretaria de Cámara.