

Análisis de la sentencia del caso “*La Manada*”¹:

Debates acerca del consentimiento de las víctimas de delitos sexuales

Javier T. Álvarez²

javierteodoroalvarez@gmail.com

Resumen

Este trabajo analiza, en el marco de un examen sobre la sentencia del caso español conocido como “La manada”, las diferencias sobre los tipos penales de agresión y abuso sexual en el código penal español y su correlato en el código penal argentino. En particular, también se analizan las discusiones acerca del consentimiento y la exigencia de la resistencia de la víctima en los delitos sexuales. Por último se precisan y analizan los estándares probatorios en el cauce de una investigación por violencia sexual.

Palabras clave: Caso La Manada, abuso sexual, violación, agresión sexual, violencia sexual, consentimiento en delitos sexuales.

Abstract

This article analyzes the differences between the criminal types aggression and sexual abuse in the spanish penal code and its correlation with the argentinian penal code. It was analyzed in the framework of the “La Manada” case. In particular, the discussion about the consent and the requeriment of victim resistance are also analyzed. Finally, the standards of proof of a sexual violence investigation is pointed out.

Key words: La Manada case, sexual abuse, rape, sexual aggression, non-consensual sexual.

I.- Introducción

El 20 de marzo de 2018 la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra en la ciudad de Pamplona, dictó la sentencia del caso conocido como “*La manada*”, en alusión a la manera en que se hacía conocer el grupo de personas imputadas.

El resultado de ese veredicto causó gran conmoción popular en toda España y un sinnúmero de debates en relación a la calificación jurídica asignada y, en particular, por la carente perspectiva de género de la decisión.

¹ Este artículo tuvo origen en la ponencia del autor durante la jornada “*El consentimiento en los delitos contra la integridad sexual. A propósito del fallo “La manada”*” organizada por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el marco del segundo encuentro de Género y Derecho Penal, realizada el día 22 de junio de 2018.

² Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Especialista y magister en Derecho Penal egresado de la Escuela de Posgrados de la Universidad Torcuato Di Tella. Profesor universitario de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Palermo y la Universidad Abierta Interamericana, entre otras universidades públicas y privadas. Especialista en delitos sexuales, es profesor de la materia “*Delitos Contra la Integridad Sexual*” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Autor de los libros “*El delito de corrupción de menores*” (Ed. Ad Hoc, 2014), “*Delitos Sexuales. Coerción sexual e internet*” (Ed. DyD, 2018) y de diversas publicaciones en distintas revistas especializadas.

En concreto, este fallo judicial generó, nuevamente, cuestionamientos a la actuación de los órganos del servicio de administración de justicia frente a la violencia contra las mujeres.

Las revueltas populares se basaron en dos consignas: *“yo si te creo hermana”* y *“no es abuso, es violación”*.

La primera de estas banderas se levantaba como respuesta al voto de la minoría que propuso la absolución de los imputados, mientras que la segunda se refería de manera puntual a la calificación jurídica que la mayoría de los jueces del tribunal le asignó al hecho.

Es importante remarcar que, en relación a esta última consigna, el reclamo no se centró en la respuesta punitiva, que en concreto fue de nueve años, sino en el tipo penal aplicado.

El fallo presenta varias aristas para ser analizado pero me centraré de manera exclusiva en tres asuntos que son los de mayor relevancia: 1) la cuestión de la violencia sexual en nuestros tiempos, y el sesgo misógino o patriarcal en los servicios de administración de justicia, 2) la cuestión relativa a la calificación jurídica y, por último, 3) los problemas probatorios de los delitos sexuales. Examinaré estos tópicos ofreciendo una comparación con nuestro ordenamiento.

Esto último obedece a la invitación a reflexionar sobre si sería posible el dictado de una sentencia similar en nuestro país de acuerdo a las previsiones de nuestro código penal y la situación de la justicia local frente a la investigación de los delitos sexuales.

II.- La violencia sexual en nuestra sociedad actual

El asunto central del fallo que aquí analizo reposa en el consentimiento de la denunciante respecto de los hechos que se llevaron a cabo en Pamplona esa madrugada del 7 de julio de 2016.

En ocasión de la celebración del día de San Fermín, la denunciante- de 18 años de edad- llega a aquella ciudad con un amigo en auto durante la tarde del día 6 de julio. Dejan estacionado el vehículo en un lugar alejado de la plaza central, para desde allí dirigirse luego a disfrutar de las fiestas previas al festejo.

Alrededor de la 1.30 hs. de la madrugada del día siguiente, el amigo de la denunciante abandona la plaza para irse a dormir al auto, mientras aquella permanece en ese lugar con personas conocidas.

Cerca de las 2.50 hs. la denunciante conoce a los 5 imputados, de entre 24 y 27 años de edad, quienes se le acercan a conversar. La joven le expresa que se iría a dormir al auto junto con su amigo, frente a lo cual los 5 imputados se ofrecen a acompañarla. A eso de las 3.00 am abandonan los 6 juntos la plaza.

Durante el trayecto, la denunciante camina junto con dos de los imputados, mientras que los cuatro restantes se adelantan y comienzan a buscar hoteles para pasar la noche con el propósito de mantener relaciones sexuales con la joven, sin que esta supiera de esas intenciones. En un momento del recorrido, los dos muchachos que acompañan a la muchacha empiezan a abrazarla y tocarles las caderas, situación que la puso incómoda, por lo que intenta apurar el trayecto hasta el automóvil.

Así llegan hasta un edificio de viviendas privadas y hacen una parada con la excusa de fumar marihuana, hasta que una de las personas que vive en ese edificio ingresa por la puerta principal, lo que genera la oportunidad de que uno de los imputados lograra parar el cierre de la puerta y mantenerla abierta. En esa ocasión, ingresa al edificio, mientras otro de los imputados permite mantener la puerta abierta, y busca un lugar hasta encontrar una especie de habitación de mantenimiento de escasas dimensiones entre las escaleras que separan los pisos. Así, baja nuevamente y logra que ingrese el resto del grupo, y también el acceso de la joven a quien toman del brazo.

Una vez adentro, le dicen que se calle y la introducen en aquel habitáculo. En ese momento, conforme luego declara, la joven se siente impresionada por la situación y sin capacidad de reacción. Acto seguido, le desabrochan el corpiño, le bajan los pantalones y su ropa íntima para luego comenzar a realizar diversos actos sexuales consistentes en penetraciones orales, anales y vaginales, además realizan la práctica de *anuslingus* sobre la denunciante y ésta sobre uno de los imputados.

Durante el evento, los imputados tomaron dos fotografías y una serie de videos que, con posterioridad, compartieron en su grupo de *WhatsApp* que identificaban con el nombre de “*La manada*”.

Cerca de las 3.27 am los imputados empiezan a abandonar el lugar. Cuando el último de ellos se estaba retirando, le sustrae el teléfono celular a la denunciante dejándola allí incomunicada.

A los pocos minutos, la joven se viste y sale del lugar para luego sentarse en un banco a llorar. En ese momento, es socorrida por una pareja de transeúntes que le ofrece su teléfono y llaman a la policía.

Los hechos no se controvertieron, vale decir, que tanto la acusación como la defensa reconocen que en esa madrugada existió un encuentro sexual entre los 5 imputados y la denunciante. Situación que, además, quedo así demostrado tanto por el registro de las cámaras de seguridad de la ciudad, que fueron marcando el trayecto que realizó el grupo desde la plaza hasta el edificio donde finalmente se produce el evento, como también por los videos y fotografías que los acusados tomaron durante el suceso.

Ahora bien, la materia de debate fue si la denunciante participó de ese encuentro sexual de manera voluntaria –postura de la defensa- o de forma involuntaria, tal como sostiene la acusación.³

El tribunal, por mayoría, le creyó a la víctima, aunque se apartó de la calificación propuesta. Retomaré el análisis de esta situación más adelante.

No obstante el resultado final de la sentencia, es interesante analizar el voto del juez disidente – Ricardo Javier González González- quien propuso al acuerdo la absolución de los imputados.

El voto de este magistrado se inicia con un acuse de recibo del alegato de la defensa respecto de que los imputados ya habían sido condenados en un juicio mediático.

En efecto, para confrontar esa suerte de condena pública, la defensa desarrolla un argumento muy interesante para reflexionar porque no solo ha sido recibido por el voto de este juez disidente, sino que nos permite, de alguna manera, acercarnos a lo que ocurre en la actualidad con la violencia sexual.

³ El caso presentó una triple acusación, ya que además de la acusación pública que ejerció el representante del Ministerio Público Fiscal, también se presentó como querellante la víctima, y una acusación popular representada por la Administración Foral de Navarra y el Ayuntamiento de Pamplona. Además, como actor civil actuó el servicio Navarro de Salud, que fue el nosocomio que brindó la asistencia médica a la joven luego de la exposición coital.

Así, la defensa alega sobre sus defendidos expresando que: *“no son modelos de nada, incluso pueden ser verdaderos imbéciles con comportamientos en sus mensajes primarios, interesados por el fútbol y la pertenencia al grupo y por mantener relaciones sexuales con muchas mujeres; pero también son buenos hijos”*.

Me parece interesante detenerme en esta idea que, en definitiva, es el sostén- a mi modo de ver- de la línea argumental del voto disidente, pero que también es representativa de lo que podríamos llamar-conforme lo expone la profesora española María Acale Sánchez- *“el mito del hombre torpe”*.

A través de esta fábula, se afirma que la sociedad actual ha generado una juventud masculina que solo está interesada por el fútbol, por su grupo de pertenencia y por cumplir cierto mandato social de tener relaciones sexuales con muchas mujeres y que, por producto de aquella manda, transgrede normas. Pero no obstante, en el fondo, son buenas personas iguales a cualquier otra.

Esto no es nuevo, desde ya, y basta recordar que en la década de 1920 Freud describe que la constitución del sujeto masculino se realiza a través de una posición que hoy llamaríamos heteronormativa *¿Qué significa esto?* Freud observa que frente a la diferencia genital entre niños y niñas, el niño cree que la niña no tiene pene porque se lo cortaron (el llamado mito de la castración). Y si se lo cortaron es porque hizo algo malo. Para el padre del psicoanálisis, esa es la forma en que se organiza la masculinidad, es decir, se constituye pensando que la mujer es merecedora de un castigo.⁴

⁴ Freud en 1905 escribe “Tres ensayos para una teoría sexual”, y allí desarrolla bajo el título *“Complejo de la castración y envidia por la posesión del pene”*, la teoría de la sexualidad femenina que luego será motivo de fuertes cuestionamientos en el movimiento psicoanalítico e investigaciones posteriores. La premisa básica de Freud es que hay una esencia de la sexualidad humana y, apoyándose en Darwin, señala a esta como típicamente masculina, así afirma: “La libido es regularmente de naturaleza masculina, aparezca en el hombre o en la mujer e independientemente de su objeto, sea este el hombre o la mujer” (FREUD, S. “Obras Completas. Tres ensayos para una teoría sexual”, pág. 1223. T° IV, Ed. Biblioteca Nueva).

Freud entiende que el descubrimiento del clítoris por parte de las niñas se realiza en comparación con el pene de los niños, lo que- según el autor- le revela su inferioridad causándole una humillación narcisista. Así afirma: “La niña no crea una teoría parecida al ver los órganos genitales del niño diferentes a los suyos. Lo que hace es sucumbir a la envidia del pene que culmina en el deseo, muy importante por sus consecuencias de ser también un muchacho” (ob. cit. pág. 1208)

Posteriormente, Freud en una nota de 1920 que realiza dentro del texto de “Tres ensayos para una teoría sexual” explica por qué hay un menosprecio masculino hacia la mujer, al margen de considerar la envidia del pene. Allí expresa: “Esta justificado hablar del complejo de castración también con respecto a la mujer. Las niñas, al igual que los niños, construyen la teoría de que también la mujer tenía originalmente un pene que ha perdido por castración. La convicción a que luego llegan de que la mujer no posee pene alguno,

En relación a ello, creo relevante advertir que no es un dato menor la toma de videos y de fotografías del evento sexual por parte de los imputados. Esa conducta de filmar y fotografiar la agresión, y la manera en la que fueron tomadas las imágenes, debe analizarse en función a los contenidos que ofrece en la actualidad la llamada pornografía *mainstream* o de alcance masivo.

En efecto, el examen de ese consumo pone en evidencia la argumentación del voto disidente: la idea de que el hombre heterosexual siempre está dispuesto a tener relaciones sexuales, con su miembro constantemente erecto en una escena donde la mujer es reducida a un objeto para la sola satisfacción sexual masculina.

De hecho, una de las fantasías más tradicionales y habituales en la pornografía *mainstream* es la violación, la que es representada como una práctica sexual mediante la cual la mujer finaliza gozando. Esta representación, podría traducirse en el argumento sexista respecto a los sujetos pasivos de ese delito: la sospecha de que la mujer quiere ser victimizada; lo que convierte a este ilícito en aquel en donde más se desconfía de los dichos de la víctima.

Y, justamente, ese es el punto más interesante del voto de la disidencia- que, no es otra cosa que un claro ejemplo de una justicia misógina y patriarcal- que exige que para ser víctima y agresor de delitos sexuales se requieren ciertos comportamientos estandarizados.

En efecto, el voto disidente realiza un pormenorizado análisis de la conducta de la denunciante para afirmar que su presencia en ese evento sexual fue con su pleno consentimiento y que la interposición de la denuncia obedeció, entre otros supuestos, a un acto de venganza y despecho por no haber continuado “*la marcha*”, y por temor a que se difundieran las imágenes de los videos grabados durante el hecho (imputación referida a la mal llamada práctica del *revenge porn* que, además, la sentencia rechaza).

Así, el juez afirma-cito textualmente los pasajes de su voto- que:

- “*El deseo de esa noche no era irse al coche, tal como afirma la denunciante, sino continuar la fiesta con los imputados...*”

deja en el individuo masculino con extraordinaria frecuencia un verdadero menosprecio por el sexo contrario”.

- *“Debió haber usado el Whats.App para comunicarse con su amigo y evitar irse acompañada por 5 hombres”*
- *“No opuso resistencia a ingresar al lugar donde se produjeron los hechos”*
- *“No grito, no intentó huir”*
- *“En los videos aparece relajada, sin asomo de rigidez o tensión”*
- *“En los videos no se observa oposición, rechazo, disgusto, asco, repugnancia, sufrimiento, dolor, miedo, descontento o desconcierto o cualquier otro sentimiento similar. La expresión de su rostro es en todo momento relajada y distendida”.*
- *“Es claramente perceptible el movimiento de ella al acomodar su postura cuando uno de los varones se acerca por detrás en lo que parece el inicio de una posible penetración”*
- *“En varios momentos, además, se escuchan sonidos de voz femenina que pueden describirse como gemidos o jadeos de carácter sexual”*
- *“Resulta poco razonable la ausencia de lesiones anales, dato que no solo excluye la existencia de violencia sino que siembra una duda razonable acerca de la falta de consentimiento que se mantiene por las acusaciones”*

Además afirma la inexistencia de síntomas compatibles con estrés postraumático, entre otros argumentos, por los posteos realizados por la víctima en la red social *Instagram* a un año de haberse producido el hecho. De esa manera, analiza un posteo de la denunciante del año 2017 y asevera que *“hacerse eco del lema “hagas lo que hagas, quítate las bragas” no sugiere una persona traumatizada en absoluto”*.

Este magistrado supone que la denuncia pudo haberse interpuesto, además de las hipótesis ya mencionadas, por la sustracción del celular, y porque quizás el encuentro sexual resulto *“insatisfactorio”*.

Me parece importante remarcar la representación de la víctima por parte del voto de la disidencia que la refleja como una mujer despechada, vengativa e insatisfecha; apreciaciones subjetivas que no se apoyaron en ningún elemento de prueba. Por el contrario, devienen del resultado de comparar el comportamiento de la víctima del caso con aquel proceder que este juez entiende que debe ser el correcto para quien se asume como damnificada de una ofensa sexual.

Así el juez hace una distinción entre las buenas o correctas víctimas de delitos sexuales de quienes no lo son. Para ubicar a la víctima en este último grupo, la describe como una mujer libre, que con 18 años ya había tenido relaciones sexuales, alcoholizada vagando por las calles de Pamplona, entre otras apreciaciones similares.

Pero también, por otro lado, estereotipa la actitud que deben asumir los agresores u ofensores sexuales para ser considerados como tales.

Así, por ejemplo, para afirmar que el encuentro sexual fue consentido por todas las personas participantes, remarca el hecho de que los acusados actuaran *“con absoluta y despreocupada desinhibición, que se hace especialmente patente en el hecho de que puede observarse, incluso, en alguna de las imágenes, que alguno de ellos se ha despojado completamente de sus pantalones, ropa interior y zapatos, que se aprecian en desinteresado abandono en el suelo, gesto que me sugiere una despreocupación impropia de quien está agrediendo sexualmente a una mujer con consciencia de hacerlo o prevaliéndose de la situación para abusar de ella.”*

También destaca que los acusados no se fueron corriendo del lugar de los hechos, sino que lo abandonaron de manera tranquila para luego continuar vagando por las calles de Pamplona despreocupadamente, lo que a su modo de entender, tampoco se condice con quien acaba de cometer un delito.

En síntesis, este voto disidente refleja lo que este sector de la justicia- presente también en nuestro país- le exige a una mujer para que sea víctima de una ofensa sexual que, no es más ni menos, el deber de resistir con toda su fuerza el ataque para que le quede bien en claro a su agresor, o agresores, su negativa al encuentro. O, dicho de otra manera, no engañar a aquel hombre torpe que no puede advertir con meridiana claridad si una mujer quiere o no estar con él. De lo contrario, deberá asumir la responsabilidad de lo que termine ocurriendo.

Me resulta curiosa esa exigencia teniendo en cuenta que el propio Tribunal Supremo Español tiene dicho que la realización del tipo de agresión sexual se puede dar también cuando la situación de inferioridad en la que se encuentra el sujeto pasivo le permita razonablemente suponer que su resistencia podría acarrearle más perjuicios que ventajas. Y, además, afirma el Tribunal Supremo que la intimidación no requiere que el autor haya percibido el estado psicológico de la víctima, toda vez que dicho elemento no puede ser percibido directamente. A los efectos del dolo es suficiente, por el contrario, con que el autor haya sabido que su acción se desarrollaba en un contexto que por sí mismo es intimidante para la otra persona, es decir, que haya conocido que su conducta -según la experiencia- tenía una significación intimidante.⁵

¿Qué tipo de resistencia podría exigírsele a una mujer encerrada con 5 hombres que la sometían a penetraciones grupales en un cubículo de mantenimiento de un edificio en una ciudad desconocida?

⁵ Sentencia del 3 de mayo de 1999

Vinculado con esta exigencia de la violencia e intimidación pasaré a examinar el segundo aspecto que me resulta interesante desarrollar.

III.- La calificación jurídica

Otro punto divergente del fallo reside en la calificación jurídica. La parte acusadora solicitó la pena de 18 años por 5 hechos de agresión sexual agravada por la cantidad de sujetos activos, la condición de vulnerabilidad de la víctima y por tratarse de hechos degradantes o vejatorios (art. 178, 179 y 180 inc. 1, 2 y 3 del CP español).

Sin embargo, la sentencia mayoritaria impuso una condena a 9 años de prisión por 5 hechos de abuso sexual continuado por prevalimiento consistente en penetraciones (art. 181 inc. 3 y 4 del CP español), y además la imposición como medidas pospenitenciarias de 5 años de libertad vigilada y 15 años de prohibición de acercamiento con la víctima.

La diferencia entre ambas calificaciones, según el código penal español, reposa en la presencia o no de violencia o intimidación para cancelar el consentimiento de la víctima.

La sentencia mayoritaria si bien consideró que la víctima no había prestado conformidad para participar del evento sexual, entendió que no se encontraba acreditada la violencia o intimidación que el código penal español exige para que se configure la agresión sexual.

Así, afirma que: *“Las acusaciones no han probado el empleo de un medio físico para doblegar la voluntad de la denunciante, que con arreglo a la doctrina jurisprudencial implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros; es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la denunciante y obligarle a realizar actos de naturaleza sexual, integrando de este modo la violencia como elemento normativo del tipo de agresión sexual”*. De igual modo, el voto mayoritario sostiene que tampoco se ha acreditado la intimidación, la que exigen que *“sea previa, inmediata grave y determinante del consentimiento viciado”*.

Por el contrario, sostienen que los imputados conformaron una situación de preeminencia sobre la denunciante generando una posición privilegiada sobre ella y, aprovechando la superioridad así generada, la abusaron sexualmente. De esta manera, las relaciones sexuales se mantuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad configurado por los imputados.

Es preciso indicar que el abuso sexual por prevalimiento, requiere los siguientes elementos para su configuración:

- a) Situación manifiesta de superioridad,
- b) Que esa situación influya coartando la libertad de la víctima,

- c) Que el sujeto activo, consciente de esa situación de superioridad, se prevalga de la misma para conseguir el consentimiento, viciado, a la relación sexual.

Para probar este abuso y descartar la agresión sexual, el voto mayoritario tuvo en cuenta que:

- La víctima entro al edificio de manera súbita y repentina sin violencia,
- Los acusados generaron un escenario de opresión,
- La asimetría de edad y de características físicas,
- La desigual madurez y experiencia sexual entre la víctima y los imputados.

Todo ello generó, conforme lo interpretó el voto mayoritario, una atmósfera coactiva que configuró una situación de abuso de superioridad de la que se prevalieron los imputados viciando el consentimiento de la víctima que se encontró en un lugar de pequeñas dimensiones, con una sola salida, rodeada de 5 varones de edades y contextura física superior.

Para descartar la violencia e intimidación, que daría lugar al delito de agresión sexual, se destacó que la víctima no se resistió en ningún momento durante el hecho.

En efecto, la víctima afirmó en todo momento que fue sorprendida por los imputados para la realización de las prácticas sexuales y que al verse rodeada por ellos en ese lugar sintió miedo, sin saber cómo reaccionar, por lo que reaccionó sometándose. Textualmente dijo: *“entre en un estado de shock, entonces me sometí y cualquier cosa que me dijeran iba hacerla porque estaba en estado de shock”*.

Vale decir, que adoptó una actitud de sometimiento y pasividad. Los jueces del voto mayoritario describen la actitud de la víctima en los videos que generaron los imputados de la siguiente manera: *“la denunciante durante todo el desarrollo de la secuencia muestra un rictus ausente, mantiene durante todo el tiempo los ojos cerrados, no realiza ningún gesto ni muestra ninguna actitud que impresione de toma de iniciativa respecto de actos de índole sexual, ni de interacción con los realizados por los procesados; apreciamos que los soporta en un estado que nos sugiere, ausencia y embotamiento de sus facultades superiores”*.

De igual modo para desechar el tipo penal de agresión sexual, estos jueces afirman, entre otros argumentos, que *“el hecho de sujetar la cabeza durante una felación no puede equipararse a la violencia típica del delito de agresión sexual”*.

En suma, entonces, al acreditar la ausencia de violencia o intimidación-que reitero, son elementos necesarios para que se configure el tipo penal de agresión sexual- los hechos fueron subsumidos en el abuso sexual por prevalimiento y sus agravantes.

La pregunta que se impone, entonces, es *¿qué comprende la violencia e intimidación para que se configure una agresión sexual?*

Para contestar este interrogante, propongo citar una serie de antecedentes jurisprudenciales del Tribunal Supremo Español que ofrecen ciertas respuestas.

A diferencia de lo que sostiene la sentencia aquí analizada, este tribunal definió a la violencia e intimidación afirmando que: *“...la intimidación consiste en la amenaza de un mal, que no es imprescindible que sea inmediato, bastando que sea grave, futuro y verosímil, mal, que en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, se relaciona directamente por el autor con la pretensión de que la víctima acceda a participar en una determinada acción sexual pretendida por aquel, de modo que la concreción del mal se producirá si persiste en su negativa. También se ha exigido en esos delitos que la intimidación sea seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado. Por otro lado, no se exige que sea una intimidación de tal grado que resulte en todo caso irresistible para la víctima, sino que es suficiente que, dadas las circunstancias concurrentes, resulte bastante para someter o suprimir su voluntad de resistencia. Así, hemos dicho que “... la violencia típica de este delito es la que haya sido idónea para impedir al sujeto pasivo actuar según su propia autodeterminación”⁶*

De igual modo, aquel tribunal expresó que *“La jurisprudencia ha establecido que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal.”⁷*

Puntualmente, en lo que hace a la diferenciación entre abuso y agresión sexual, el Tribunal Supremo Español indicó que: *“...para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo. La línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la*

⁶ Sentencia: 9/2016 Recurso: 10668/2015 Ponente: MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA (ROJ: STS 12/2016 - ECLI:ES:TS:2016:12), de fecha 21 de enero de 2016.

⁷ Sentencia: 953/2016 Recurso: 986/2016 Ponente: ANA MARIA FERRER GARCIA (ROJ: STS 5460/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5460), de fecha 15 de diciembre de 2016.

víctima en alguna medida también se siente intimidada. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente.”⁸

Vale decir, entonces, que conforme a los estándares jurisprudenciales antes indicados, podría sostenerse que el elemento intimidación se encontraba acreditado en el caso en tanto la víctima justamente declara que no se opuso al evento sexual por temor, por encontrarse en un estado de shock de acuerdo a las particularidades en las que se ejerció la violencia sexual. Y, además, es deducible que así fuera en la medida que el análisis del contexto en el que se cometieron los hechos es, conforme a la lógica y la experiencia, de por sí un escenario intimidante.

Ahora bien, la cuestión a dilucidar, y que me interesa compartir aquí, es qué dice nuestra legislación y qué interpretación le ha asignado la jurisprudencia y la doctrina.

Para ello, recordemos que en el año 1999 se sanciona la ley 25.087 que modifica el título III de nuestro código penal. Los propósitos de esa reforma son muchos y quizás no vienen al caso detallarlos, pero sí recordar algunos de los cambios que la reforma provocó.

En primer lugar, el cambio del bien jurídico tutelado. A partir de la reforma se abandonó una pretendida tutela de un bien jurídico de carácter colectivo o social como es la “honestidad” para ser reemplazado por la “integridad sexual”, un término quizás poco feliz pero que, al menos, se centra en la disponibilidad individual de la vivencia de la sexualidad y no la imposición de una moral o comportamiento social determinado.

Es que la “honestidad” como bien jurídico tutelado exigía poner el acento en la actuación de la víctima que era analizada bajo un prisma social. Así, por ejemplo, ciertos precedentes jurisprudenciales enunciaban que el concepto de “mujer honesta” refería a la conducta y el recato sexual, y que en la violación se lesionaba la honestidad como una manera de pudor social.⁹ De igual modo, algunos tribunales provinciales afirmaban que “*la deshonestidad está determinada en la mujer en cuanto no tiene una conducta adecuada a esa virtud*” para lo

⁸ SSTS de 05 de abril de 2000 de 4 y 22 de septiembre de 2000; 9 de noviembre de 2000; 25 de enero de 2002; 1 de julio de 2002 y 23 de diciembre de 2002

⁹ Cam. Nac. Cas. Penal, Sala III, “Bronsztein, Daniel Enrique s/recurso de casación”, rta. 19/11/98.

que debía tenerse en cuenta sus “*modalidades de vida, trato con el sexo opuesto y frecuencia de dudosa moralidad*”.¹⁰

De esa manera, al englobar las ofensas sexuales como atentados al honor, las mujeres víctimas dejaban de tener esa presunta virtud, lo que generaba que fueran victimizadas tanto por el agresor pero también por el conjunto de la sociedad.

Además, la disponibilidad de ese bien jurídico no era de exclusiva titularidad de la mujer damnificada sino también de su marido; prueba de ello era la agravante en el delito de raptó cuando se cometía contra una mujer casada.

Así, se desaprendía de toda subjetividad a la víctima pues la ofensa se enfocaba en lesionar la corrección de las relaciones sexuales.

Por su parte, la reforma equiparó los géneros para los sujetos pasivos de todos los delitos, se modificaron ciertos tipos penales como la pornografía infantil que reemplazó al antiguo delito de distribución de publicaciones obscenas, entre otros cambios sustanciales.

Pero en lo que aquí interesa, es importante expresar que antes de esa reforma en nuestro código penal, el delito de violación-tipificado en el art. 119 del CP- suponía en su figura básica el acceso carnal con persona de uno u otro sexo frente a 3 modalidades, o sea, cuando:

- 1) El sujeto pasivo sea menor de 12 años,
- 2) La persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiere resistir,
- 3) Se usare fuerza o intimidación.

Mientras que el abuso deshonesto se encontraba tipificado en el art. 127 y suponía que, frente a los mismos supuestos, se generara un abuso sin acceso carnal.

Es decir, que la diferencia entre ambas figuras estaba dada por la presencia o ausencia de acceso carnal pero no así en sus modalidades de comisión.

Ahora bien, *¿Qué se entendía por fuerza o intimidación?*

La doctrina clásica advertía que ambos supuestos engloban el concepto de violencia el que, a su vez, es la característica esencial para que se configure la ofensa sexual pues cancela el consentimiento.

¹⁰ Cam. Penal Tuc., “Quinteros Jose Luis”, rta. 07/06/96.

De allí que, por ejemplo, Soler mencione que aquellos son medios empleados para vencer la resistencia aclarando que “no debe confundirse la verdadera violencia- que generalmente dejará en las ropas y el cuerpo de la víctima otras señales que las del acto sexual mismo- con la discreta energía con que el varón vence el pudor de la doncella que, en realidad, desea y consiente”¹¹. Así, para este autor, la fuerza o intimidación debe orientarse directamente en el sentido de vencer una resistencia seria y constante de la víctima, mientras esta se halle en situación de resistir.

En la misma línea argumental, Carrara afirma que la resistencia de la mujer debe manifestarse con gritos y con actos de fuerza que demuestren en ella una voluntad contraria a la de su agresor. Así expresa: “La mujer que, de veras, no quiere, tiene modos bien positivos para hacer cierta y patente su contrariedad, tanto al hombre que la requiere como después al magistrado; y así se presentará indudable el dolo del primero y se tranquilizará la conciencia del segundo” y continúa profundizando su tesis al decir: “la resistencia de la mujer debe ser seria y constante, seria, es decir, no fingida para simular honestidad sino que en realidad exprese un querer decididamente contrario; constante, esto es, mantenida hasta el último momento, no comenzada al principio y luego abandonada para dar lugar a concurso en el goce mutuo.”¹²

Por *fuerza* debía entenderse a la violencia física, fuerza material que imposibilite la resistencia de la víctima; mientras que la *intimidación* se refería a la violencia moral, entendida como la acción mediante la cual se quiere causar o infundir miedo. En ese sentido, se pensaba que lo que el código exigía no era una amenaza en sí sino el efecto o consecuencia psicológica que ella genera, que debe tratarse de un daño injusto, determinado, posible y futuro.

Los otros dos supuestos que preveía el delito de violación y abuso deshonesto comprendían a la llamada violencia presunta, es decir, cuando la víctima era menor de 12 años o cuando la víctima estaba imposibilitada de resistir la ofensa.

La ley 25.087 reemplaza esta diferenciación entre abuso deshonesto y violación, por el abuso sexual el que reconoce 4 modalidades dependiendo del tipo de ofensa que se trate: el abuso sexual “simple” (art. 119 1er. Párr.), el abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119 2do. Párr.), el abuso sexual con penetración (art. 119 ter. Párr., modificado el año pasado por la ley 27.352) y el abuso sexual gravemente ultrajante o con penetración consentido por persona menor inmadura sexual (art. 120).

¹¹ SOLER, Sebastián. “Derecho Penal Argentino”. Buenos Aires: Editorial Tea. 1992. T° III p. 307

¹² CARRARA, F. “Programa de Derecho Penal”, Parte Especial, Volumen II, pág. 254

En lo que se refiere a la configuración del tipo penal, la reforma introduce algunas modificaciones de importancia, tales como:

- Elevar la edad mínima del sujeto pasivo de 12 a 13 años,
- Reemplaza *fuerza* por el término violencia (que de acuerdo al art. 78 del CP incluye el uso de medios hipnóticos o narcóticos) e *intimidación* por amenaza,
- Incorpora un nuevo supuesto referido a cuando el abuso sexual se cometa mediante un abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder: son situaciones en donde la víctima se encuentra en una condición de inferioridad y, por ello, de subordinación al sujeto activo.
- Incorpora como supuesto del abuso cuando aprovechándose de que la víctima por cualquier otra causa no haya podido consentir libremente la acción: este medio reemplaza al antiguo *“cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiese resistir”*.

En este último supuesto, me parece interesante remarcar que la ley 25.087 suprime la atención en la resistencia y la coloca en la libertad de consentimiento. Así lo anunciaba Cafferata Nores, miembro informante de la reforma, en la Cámara de Diputados al tratar la sanción de la ley: *“Es preciso garantizar que al examinar judicialmente un acto para determinar si un crimen sexual fue cometido no se exija que la víctima pruebe haber ofrecido suficiente resistencia al ataque, sino solo que su voluntad fue quebrada. Paradójicamente, las víctimas de robos o asaltos no necesitan probar que ellas se resistieron o que el acto fue cometido con la suficiente fuerza, o suficiente amenaza de fuerza para superar su voluntad. No obstante, a las víctimas de violación se les exige prácticamente probar estos requisitos, porque el derecho usualmente no ha sido capaz de distinguir satisfactoriamente entre un acto sexual mutuamente deseado y una agresión sexual forzada.”*¹³

En refuerzo a aquella exposición, ya el propio proyecto de la ley indicaba que: *“Los criterios aplicados para medir la resistencia o el consentimiento, vis a vis, la fuerza o la amenaza de fuerza, nunca han sido capaces de captar precisamente el terror de la víctima, porque ésta es una reacción psicológica y no un criterio que pueda ser leído por parámetros objetivos varios meses después en los tribunales”*...”Pero las víctimas de violación necesitan probar estos requisitos porque el derecho usualmente no ha sido capaz de distinguir satisfactoriamente entre un acto sexual mutuamente deseado de una agresión sexual forzada, porque no ha escuchado las voces de las mujeres”

¹³ Ver “Antecedentes Parlamentarios”, Ed. La Ley, 1999-B, pág. 1623.

Así es como, aquel supuesto abarcaría, a mi modo de ver, por ejemplo, casos como el de la sentencia aquí analizada; lo que permitiría que quede comprendido en el supuesto del abuso sexual con penetración, el que ha sido modificado el año pasado para incluir a la boca como una vía apta para el acceso carnal.¹⁴

En efecto, se trata de hechos en donde el origen de la imposibilidad de consentir libremente la acción pueda provenir de diferentes causas. En estos casos la víctima tolera el abuso que le es impuesto mientras que el sujeto activo se prevale de la situación de la víctima para cometer la ofensa sexual.

En síntesis, entonces, en nuestra legislación esta distinción entre abuso y agresión sexual mediatizada por la existencia de violencia o intimidación no existe, sino que la diferencia esta puesta en la modalidad del abuso pero no así en la forma de su comisión que, como vimos, reconoce estos 4 supuestos (1° víctima menor de 13 años, 2° mediando violencia o amenaza, 3° abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, autoridad o de poder; 4° o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción).

Por su parte, otro de los puntos interesantes de la sentencia es el relacionado al concurso de delitos. La acusación propuso que los imputados fueran condenados por los diversos hechos de agresión sexual como delito continuado, y si bien la sentencia cambio la calificación típica, aceptó la modalidad comisiva propuesta.

El Tribunal, para ello, afirmó que: *“En el caso que nos ocupa, todos los procesados mediante su actuación grupal, conformaron con plena voluntad y conocimiento de lo que hacían, un escenario de opresión, que les aportó una situación de manifiesta superioridad sobre la denunciante, de la que se prevalieron, provocando el sometimiento t sumisión de la denunciante, impidiendo que actuara en el libre ejercicio de su autodeterminación en materia sexual, quien de esta forma no prestó su conformidad libremente, sino viciado, coaccionado o presionando por tal situación”*.

De esa manera, se rechaza la posibilidad de la condena por delitos autónomos que, por otra parte, implicaría infringir el principio acusatorio ya que los imputados fueron acusados por un delito continuado.

¹⁴ Ley N° 27.352 B.O. 17/5/2017.

La solución resulta acertada. En líneas generales, el concurso de delito es un escenario complejo cuando intervienen delitos sexuales, de allí que sea necesario ciertas precisiones para comprender los diversos supuestos que pueden presentarse. Así:

- En un abuso sexual con acceso carnal cuando no existe continuidad entre uno y otro acceso pero se producen de manera inmediata porque las diversas penetraciones responden a una misma agresión, ya sea por la misma o diferente vía (vaginal, anal o bucal), habrá un solo delito y la reiteración repercutirá en la individualización de la pena,
- Cuando la agresión se produce con identidad de sujeto activo y pasivo, y la repetición de los actos se prolonga durante un tiempo pero bajo un mismo contexto, entonces habrá un supuesto de delito continuado,
- Si los actos de ofensa sexual son diferenciables en el tiempo y consecuencia de diversas agresiones para doblegar en cada caso concreto la voluntad del sujeto pasivo, habrá un concurso real de delitos.

Por último, me parece interesante examinar la cuestión vinculada a la toma de imágenes y videos durante el hecho que, además de haber constituido un elemento de relevancia para el plexo probatorio, y una particularidad en los términos antes analizado; fue parte de la acusación como constitutiva del delito previsto en el art. 197 inc. 1 y 5 de Código Penal Español.

Se trata de un delito contra la intimidad cuya acción típica refiere al comportamiento de quien para vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, entre otros supuestos, utilice artificios técnicos de grabación o reproducción del sonido o de la imagen. La pena se agrava cuando, como en el caso, se afecte datos de carácter personal que menoscaben la vida sexual de una persona.

El objetivo de la toma de imágenes estáticas y en movimiento del evento sexual tuvieron como propósito su difusión vía las redes sociales de las que participaban los procesados, revelándose un comportamiento habitual en los últimos tiempos que afecta principalmente a las mujeres en la medida en que la exposición de conductas, usos y preferencias sexuales reproduce patrones socioculturales de sumisión y degradación, mientras que en el caso de los hombres enaltece su masculinidad desde una mirada heteronormativa patriarcal, tal como ya se expuso.

El tribunal resolvió rechazar esta imputación por una razón procesal, pues, este delito requiere la expresa denuncia de la víctima para poder proceder; situación que aquí no se produjo.

En efecto, durante su primera declaración en sede judicial, la víctima no denunció el delito como tampoco lo hizo durante la instrucción. En ese sentido, el tribunal también destacó que los imputados no fueron informados sobre esta imputación durante la indagatoria ni tampoco, por ende, formó parte del auto de procesamiento.

Si bien la decisión del tribunal resulta ajustada conforme a los principios básicos del derecho de defensa, entiendo también que se revela la importancia de la asistencia y orientación a las víctimas, ya que es muy probable que la denuncia no se haya efectuado por falta de conocimiento y no por mero desinterés.

IV.- La valoración de la prueba

Finalmente, me interesa cerrar el análisis de la sentencia con un examen de la valoración de la prueba que realizó el tribunal.

El principal desafío en la investigación de cualquier delito es determinar de qué manera se va a probar. Las acusaciones, tanto privadas como públicas, deben tomar diversas decisiones al momento de encausar la estrategia que les permitirá lograr un resultado exitoso, tales como: elaborar la hipótesis o teoría del caso, seleccionar el tipo penal a imputar, elegir qué elementos de prueba utilizar, asignarle fuerza o credibilidad a la evidencia que se va a presentar, definir la conveniencia de litigar o no el caso, entre otras.

Sin dudas es una labor pedregosa que, además, requiere orientarse hacia el respeto de las garantías de la persona imputada, la igualdad de armas y evitar nulidades procesales.

Es importante señalar que esta tarea no suele ser igual frente a la investigación de todos los delitos, pues algunos de ellos presentan características que generan retos muy particulares.

Entre estos, con toda seguridad, se encuentran los delitos sexuales que por su propia naturaleza suelen estar enmarcado en un escenario de aparente orfandad probatoria. Es que, de manera habitual, las conductas ocurren en ámbitos de intimidad o en espacios designados por el sujeto activo para cerciorar la consumación fuera de la vista y auxilio de terceros. Ello

genera una agudización en aquellas decisiones que la parte acusadora debe tomar, como también en el órgano jurisdiccional al momento de valorar el material probatorio.

Es indiscutible que en la mayoría de estos delitos la única prueba directa es el testimonio de la propia víctima, lo que representa el principal escollo pues, la reconstrucción histórica se elabora de manera exclusiva en base a su relato.

Nuestra CSJN ha reconocido que la prueba en estos delitos resulta de difícil recolección no solo por los “desarreglos psicológicos” (*sic*) que suelen producirse en las víctimas sino por el transcurso del tiempo entre el evento y la intervención de la justicia. Esto provoca, según nuestro máximo tribunal, que la valoración de las pruebas deba realizarse teniendo en cuenta cada uno de los aspectos relevantes abarcando todos los elementos de juicio recolectados.¹⁵

Compatibilizar esta situación con las garantías constitucionales de la persona imputada, evitar actos que provoquen revictimización y lograr una investigación eficaz, es una empresa que parece imposible.

Sin embargo, en la actualidad la jurisprudencia se ha dotado de diversos estándares que permiten elaborar reglas y pautas para conducir el proceso penal y la valoración de la prueba en estos delitos para garantizar un litigio equitativo.

En el sistema interamericano las exigencias probatorias vinculadas a la violencia sexual encuentran su basamento en el caso “*Penal Castro Castro vs. Perú*”¹⁶. Allí, para acreditar las agresiones sexuales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos valoró de manera especial el testimonio de las víctimas como prueba “necesaria y suficiente”.

Este estándar fue profundizado en los casos *Rosendo Cantú*¹⁷ e *Inés Fernández Ortega*¹⁸, ambos contra México.

Allí, el tribunal internacional reconoció los problemas de índole probatorio que se genera alrededor de los delitos sexuales, principalmente, por la suerte de desamparo probatorio en que se enmarcan este tipo de ofensas. En ese sentido, expuso que “*la violencia sexual se caracteriza por producirse en ausencia de testigos y que, dada su naturaleza, no se puede contar con*

¹⁵ CSJN Vera Rojas, R. s/ delito de violación – causa n° 20.121 – 15/07/97.

¹⁶ Sent. 25/11/06

¹⁷ Sent. 31/8/10

¹⁸ Sent. 30/8/10

*pruebas documentales o gráficas por lo que la declaración de la propia víctima constituye una prueba fundamental*¹⁹.

En el ámbito europeo, en el precedente *Tyagunova vs. Rusia*²⁰, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció las dificultades que enfrentan las autoridades en la investigación de delitos sexuales, debido a la naturaleza especialmente sensible de las experiencias sufridas por las víctimas. Asimismo, afirmó que el impacto de tal trauma puede afectar la capacidad de aquella para relatar de manera coherente o completa los hechos atravesados. De tal manera, sostiene el TEDH, que los investigadores se enfrentan a una tarea difícil. Sin embargo, para que la investigación se considere "efectiva", debería ser capaz de conducir al establecimiento de los hechos del caso y a la identificación y sanción de los responsables. Esto no es una obligación de resultado, sino de medios. Las autoridades deben haber tomado las medidas razonables a su alcance para obtener las pruebas relativas al incidente, incluidas, entre otros, testimonios de testigos oculares, pruebas forenses, visitar la escena del crimen, recolectar las prendas de vestir para su examen, etc.

Por su parte, conforme a una reiterada doctrina del Tribunal Supremo Español²¹, la invocación del derecho a la presunción de inocencia insta a constatar si la sentencia se cimienta en evidencias que sean:

- a) De cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito;
- b) Constitucionalmente obtenidas, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas,
- c) Legalmente practicadas, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y
- d) Racionalmente valoradas, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Para verificar la estructura racional de la valoración de la declaración testimonial de la víctima, la jurisprudencia de aquel Tribunal estableció ciertas notas o parámetros que, sin

¹⁹ CIDH *Fernandez Ortega y otros Vs. México*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 100 y *Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 89.

²⁰ Sent. 31/7/12

²¹ STS 566/2018, 22/02/2018

constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración. La lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

Estos parámetros, consistentes en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación, constituyen, además, una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

En ese sentido, el voto de la mayoría de la sentencia aquí analizada establece que la declaración de la denunciante satisface dichos parámetros de credibilidad subjetiva, objetiva y persistencia. Sin embargo, el voto de la minoría sostiene lo contrario.

Por ello, resulta significativo examinar la valoración que hacen ambos votos de la sentencia respecto a declaración de la víctima, pues el mismo elemento de prueba permitió a unos jueces fundamentar la condena, mientras que a otro sustentar la absolución.

El primer elemento se refiere a la **credibilidad subjetiva**, vale decir, la ausencia de algún motivo que debilite la veracidad del testimonio.

En este punto, el voto de la disidencia entendió que este móvil se encontraba acreditado por la venganza y el despecho por la supuesta negativa de los imputados a continuar *la marcha*, por la posible difusión de los videos o por el resultado insatisfactorio del encuentro sexual.

Por su parte, el voto de la mayoría entendió que no había motivo alguno para entender que existía animosidad entre las partes que ni se conocían y, además, tuvo en consideración las consecuencias que la exposición generada a consecuencia de la denuncia provocó en la víctima.

La **credibilidad objetiva**, por su parte, está relacionado con la verosimilitud del testimonio lo que implica que la declaración sea coherente de manera interna (lógica de la declaración) y de manera externa (corroborada con datos objetivos de carácter periférico).

Para ello, los jueces que votaron por la condena, valoraron las declaraciones testimoniales que acudieron a la víctima momentos posteriores al hecho, los testimonios del conserje del primer hotel al que concurrieron los imputados, las filmaciones de las cámaras de seguridad de la ciudad, los análisis de los videos y de las fotografías, entre otros.

Por el contrario, el juez que propuso la absolución entendió que no existía ningún elemento de prueba que permitiera asignarle verosimilitud al testimonio y, para ello, tuvo en consideración la actitud de la víctima durante el evento sexual conforme al análisis de los videos y fotografías, destacando, por ejemplo, la lordosis sexual –o sea el supuesto arqueo lumbar para recibir la penetración-, la ausencia de lesiones en la vagina y en el ano compatibles con situaciones de agresión sexual, la preocupación por la sustracción del teléfono móvil que expuso la víctima cuando se encuentra con la pareja que la socorre, entre otros aspectos que ya analizamos en el primer acápite.

Por último, la **persistencia** significa la ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima, quien-en el caso- declaro en tres oportunidades durante el proceso: primero ante la policía, luego ante el juez de instrucción y finalmente durante el juicio. En este punto es preciso recordar los procesos de revictimización a la que se suele someter a una víctima de una ofensa sexual cuando debe reiterar su declaración, por lo que se suele sugerir evitar las convocatorias recurrentes.²²

Ambos votos reconocen que las diversas declaraciones presentan distintos matices, pero el análisis del voto mayoritario concluyó que no existían innovaciones sustanciales y que, en tal caso, se debieron a la situación de “*abatimiento, confusión, tensión y agobio*” que presentó la víctima al declarar por primera vez. En cambio, el voto de la disidencia sí encontró modificaciones de relevancia.

En opinión del juez de la disidencia, “...*la víctima incurrió en abundantes, graves y llamativas contradicciones...*” lo que a su juicio provocó una retractación, en especial porque durante el juicio la víctima frente a las preguntas formuladas por la defensa respondía con evasivas o simplemente afirmando que no recordaba. Así, este magistrado entendió que la menor

²² En efecto, la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (Ley N° 27.372) dispone que la actuación de las autoridades judiciales deberá responder, entre otros, al principio de la no revictimización por lo que se deberán limitar las molestias que ocasione el proceso penal a las estrictamente imprescindibles. En particular, el art. 10 establece que Las autoridades adoptarán todas las medidas que prevengan un injustificado aumento de las molestias que produzca la tramitación del proceso, concentrando las intervenciones de la víctima en la menor cantidad de actos posibles, evitando convocatorias recurrentes y contactos innecesarios con el imputado.

expresividad de la declaración prestada durante la audiencia de debate, generaba un testimonio impreciso y menos concluyente en comparación con las deposiciones iniciales, lo que la debilitaba como una prueba de cargo. A ello, se le suma sus impresiones en relación al comportamiento que una víctima de un delito sexual debe revelar, que ya se comentó en el primer apartado.

Es importante tener en cuenta que en nuestro país, el horizonte para la construcción del acervo probatorio en materia de actos de violencia contra la mujer, se debe construir en función de lo dispuesto por la Ley 26.485 -*Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*- que en su art. 16 inc. i destaca el derecho de toda víctima de violencia de género a la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos.

V.- Conclusión.

De manera habitual podemos observar que cuando se entrecruzan los términos “*sexo*” y “*justicia*” se genere una maraña argumentativa que no suele producirse frente a otros casos. Y si, además, se le agrega la palabra “*mujer*” (o cuerpos feminizados), la situación se complejiza aun más.

La prueba más relevante de esto se encuentra en los delitos sexuales. Una tipificación que debería ser de lo más simple termina convirtiéndose en un monstruo rarísimo de comprender. El Código Penal Español, como se explicó, posee unos artículos larguísimos con distintos supuestos que se entrecruzan entre sí, con agravantes que se repiten y se superponen; y nuestro Código Penal tampoco es ajeno a ello, pues el título III está repleto de imprecisiones y ambigüedades.

Las extensas discusiones que existen en torno a qué actos comprenden el acceso carnal, son una evidencia más que clara de lo expuesto. Recién el año pasado se incorporó la vía oral como un canal apto para la penetración en el supuesto de nuestro art. 119 ter. Párr. En igual sentido, por ejemplo, todavía resulta difícil precisar con meridiana claridad qué significa corromper sexualmente a una persona menor de edad; delito que, además, se suprimió del Código Penal Español para luego regresar al poco tiempo.

Hasta el año 1999 la sexualidad como tal no era un bien jurídico en nuestro país que mereciera protección sino que se amparaba la honestidad, que en el caso de la mujer lo que

se intentaba proteger era la rectitud que la sociedad le demandaba como conducta social válida.

En el caso concreto de la sentencia de “*La manada*”, todo ello se pone en evidencia. La exigencia de la violencia o intimidación de la legislación penal española para distinguir un abuso de una agresión y sus problemas interpretativos, generan que la discusión se centre en analizar la actitud de la víctima frente al hecho. Así, si lo *tolera* pero no lo consiente, será abuso y si lo *resiste*, será agresión.

Esta consecuencia implica que toda la valoración debe asentarse en los comportamientos actitudinales de quien sufre una ofensa sexual, y allí aparecen los sesgos misóginos de los órganos del servicio de administración de justicia.

No hay duda que si la joven del caso hubiera sido acorralada por los cinco imputados para robarle, por ejemplo, la cartera, difícilmente se hubiera discutido si se trataba de un hurto o un robo. Sin embargo, frente a un delito sexual, se genera una dificultad insoslayable para determinar si fue violentada o no en la realización de los actos sexuales que sufrió.

Es llamativo como el ordenamiento jurídico, y sus operadores, presupone que nadie se desprenderá de sus pertenencias de manera voluntaria, pero no pueda distinguir de forma clara y contundente cuando estamos frente a un ataque sexual o a un hecho consensuado.

¿Es válido seguir exigiendo que la víctima resista a gritos y con toda su fuerza para considerar que ha sido agredida sexualmente? En la actualidad nadie dudaría que existen negativas que no necesitan ser verbalizadas y eso no significa engañar a un hombre torpe que no sabe distinguir lo que una mujer quiere.

Los patrones de conducta asignados tanto a hombres como a mujeres en las sociedades actuales, conforme a las diversas prácticas consuetudinarias, se encuentran en crisis y así se repiensen nuevas formas o modelos de masculinidad. No obstante, persiste el ideario del hombre “devorador de mujeres” que siempre está dispuesto a tener sexo y de la mujer que debe satisfacer esos deseos, a menos que grite y se resista con toda potencia para dejar en claro su negativa.

En otras palabras, esta creencia se traduce al conocido mantra que afirma que cuando la mujer dice que no, en realidad está diciendo que sí. Recordemos que, hasta no hace tanto tiempo atrás, se afirmaba que la mujer casada no podía ser víctima del delito de violación ya que al consentir el enlace debía cumplir con el débito conyugal-incluido entre los deberes del

matrimonio conforme la antigua legislación civil- interpretando que había prestado un consentimiento anticipado.²³

Así se genera una especie de patrón dispar respecto se trate del ejercicio de la sexualidad masculina o de la femenina, lo que provoca que en las investigaciones sobre delitos sexuales sin perspectiva de género, la presunción o la hipótesis inicial sea que la mujer consintió el hecho y no que, por el contrario, sufrió una ofensa.

Es interesante destacar también que estos delitos son los únicos en donde se pone en duda y se analiza la veracidad de la declaración de la víctima de una manera que no encuentra parangón con las deposiciones de otro tipo de damnificados. De esa forma, se coloca en el centro de la investigación la credibilidad de los dichos de la víctima, y no así al hecho y la participación de los imputados en el mismo, vale decir, que se origina una inversión en el propósito de la investigación criminal.

A consecuencia de ello, se producen los estereotipos de víctima y agresor que en este caso quedaron en evidencia en el voto que propuso la absolución. Así, las mujeres actúan por despecho, venganza o represalia, o son merecedoras de la violencia que sufren por sus comportamientos sociales; mientras que los hombres, resultan ser brutos y torpes.

En definitiva, este y otros casos nos demuestran que aún falta recorrer un largo camino en materia de acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia de género.

Y es que el acceso a la justicia no solo se traduce en habilitar los medios para encausar una investigación y sostener la acusación-exigencia que en el caso objeto de análisis fue satisfecha desde un primer momento-sino que se requiere una perspectiva de género en todas las etapas del proceso.

En efecto, la revuelta de la sociedad española frente al resultado de la sentencia de "*La manada*" no estuvo acompañada por un reclamo punitivista. Por el contrario, se basó en la manera en que se desarrolló la investigación y en la imputación de los tipos penales; que carecieron de aquella perspectiva al indagar en los comportamientos sexuales de la víctima y la exigencia de determinadas actitudes para la configuración de los elementos del aspecto objetivo del tipo penal en cuestión.

²³ De igual modo, también se sostenía que aquellas mujeres que ejercía el trabajo sexual, tampoco podía ser víctima de una violación puesto que no podía afectarse aquello que no tenían, o sea, la honestidad.

En suma, esta reivindicación reclama que estos casos sean examinados bajo el prisma del fenómeno de desigualdad entre hombres y mujeres pero, principalmente, abandonando estereotipos de género.

Una propuesta interesante es la que se incorporó en el Tribunal Penal Internacional para juzgar los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia, tribunal *ad hoc* creado por la ONU y a instancias del Consejo de Seguridad.

Allí, las Reglas de Procedimiento y Prueba de aquel tribunal establecían que en los casos de agresión sexual no se requerirían corroboración alguna del testimonio de la víctima; no se permitiría alegar el consentimiento de la víctima en aquellos casos en que ella ha sido sometida, o amenazada o ha de tener razones para temer violencia, dureza, detención u opresión psicológica, o si ha creído razonablemente que si ella no se sometía, otra persona podría ser sometida o ser amenazada o atemorizada en su lugar; y finalmente, que no sería admitida como prueba la conducta sexual previa de la víctima.²⁴

En igual sentido, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional establecen que en casos de violencia sexual la Corte se guiará por los siguientes principios en relación al supuesto consentimiento de la víctima, el que²⁵:

a) No podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;

b) No podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;

c) No podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

Además, estas directrices sostienen que la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.

Quizás el establecimiento de reglas y estándares similares a los mencionados, que permiten guiar la investigación de estos casos sin apelar a indagaciones innecesarias que atentan la intimidad e integridad de las víctimas, pueda ser una solución plausible.

²⁴ Regla 96.

²⁵ Regla 70.

En contraposición, si la defensa entiende que alguno de esos elementos son imprescindibles para su teoría del caso y, por ello, necesaria la prueba, podría habilitarse una audiencia a puertas cerradas para debatir la pertinencia o no; logrando de esa manera compatibilizar las garantías procesales de la persona imputada pero evitando una profundización en la revictimización de la persona damnificada.

De esa forma, entiendo, se evitarían las apreciaciones morales sobre las víctimas que suelen nublar la vista de los operadores judiciales y generan viejos mitos sobre los delitos sexuales.