FALLO: **"NO" es "NO"**

**"G.T.E S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL" Legajo N°: °13410 F° 178**

Juez Interviniente: Pablo Barbirotto, Paraná capital de la Provincia de Entre Ríos,

12 de mayo de 2021.- Por \*Erica Pérez (abogada egresada UBA).

**I- Resumen de los hechos:**

En el decreto de remisión y apertura a juicio, suscripto por la Señora Jueza de Garantías N°5, Dra. Paola Firpo, se le atribuyó al encartado la comisión del siguiente hecho, a saber: "En fecha 9 de enero de 2018, durante la madrugada, T., abusó sexualmente de A, -de 15 años de edad-, en contra de la voluntad de ésta, desplegando violencia y utilizando su preeminencia física para retenerla allí; ello, previo cerrar con llave la habitación y a pesar de que la víctima le solicitaba que se quería retirar." Este hecho fue calificado jurídicamente, en forma provisoria, en el delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, previsto en los Artículos 119, tercer párrafo y 45 del C.P.

**II- Definición de consentimiento. Retractación.**

Es preciso mencionar que no fue controvertido por las partes en el debate que T. y A. tuvieran relaciones sexuales, sino que la discusión en el contradictorio giro en torno a *la existencia o no del consentimiento de la victima para mantenerlas.*

En este sentido podemos conceptualizar que **el** **consentimiento es una aceptación inequívoca y voluntaria para hacer una cosa o dejar que se haga**. Se entenderá que una persona “ha consentido” en mantener una relación sexual si ha aceptado en forma libre y voluntaria mantener dicha relación. Sin consentimiento, la actividad sexual (cualquiera sea el modo) es una agresión sexual.

El consentimiento debe ser dado libremente, sin presiones, manipulaciones, engaños, amenazas, fuerza o violencias. No se puede brindar consentimiento si está inconsciente, dormida o dormido o en un estado mental alterado, por ejemplo, bajo los efectos del alcohol o las drogas. Tampoco el consentimiento pueden brindarlo las personas menores de trece (13) años de edad. Toda actividad sexual con una persona cuya edad esté por debajo de ese límite se presume, sin admitir prueba en contrario (jure et de jure), que fue realizada sin su consentimiento. En otras palabras, el consentimiento de la víctima - por debajo de esa edad- es irrelevante para la consumación de la conducta típica.

Asimismo el consentimiento contempla situaciones específicas. Se puede consentir una cosa y no otra. Decir que sí a algo, como por ejemplo practicar sexo oral, no significa aceptar otras prácticas, como sexo con penetración. O aceptar tener relaciones sexuales con preservativo, no habilita a una parte a sacárselo sin el consentimiento de la otra. **Y es muy importante remarcar que el consentimiento siempre es reversible**. El consentimiento se puede retirar en cualquier momento. Tampoco se presume. Nunca debe darse por sentado, por ejemplo, por el hecho de haber mantenido relaciones sexuales anteriormente, por el estilo de vida de una persona, o por la ropa que se use. El consentimiento siempre se debe comunicar con claridad. **El silencio no es consentimiento.**

Por lo tanto no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima. Este fallo intenta asumir una función pedagógica, principalmente para las personas más jóvenes, afirmando contundentemente que el **"NO" es "NO".-**

**III- Valoración del testimonio de la víctima.**

En este sentido cabe referenciar que la prueba sobre el consentimiento o ausencia del mismo por parte de la mujer para que se constituya el delito contra la integridad sexual resultaría ser central. **Cuestión que no ocurre con otros tipos de delitos**.[1]

Así a modo de ilustración de lo que se intenta explicar vale el siguiente ejemplo: Supongamos que una mujer camina por la vereda de una calle no muy transitada. Un hombre se acerca y le roba su teléfono celular. La mujer decide ir rápidamente a realizar la denuncia por robo a la fiscalía. Seguramente al recepcionarle la denuncia, o en caso de avanzar la investigación en el juicio, no se le preguntará como estaba vestida. Tampoco si en realidad la víctima le regaló el teléfono al denunciado y ahora se arrepiente. Ni si la denuncia solo tiene por finalidad perjudicar al acusado.

No se indagará sobre la veracidad de la denuncia y si la intención de la víctima de denunciar al acusado falsamente del robo del teléfono celular era solo para llamar la atención a otras personas. Seguramente tampoco se cuestionará el hecho de que como la víctima ya le había regalado anteriormente un celular a ese hombre, este habría presumido que le correspondía arrebatarle el celular. **Sin embargo, todas estas preguntas – en torno al consentimiento de la víctima para mantener relaciones sexuales con el acusado- fueron formuladas en el curso del debate.**

Es que cuando se trata de delitos contra la integridad sexual la cuestión del consentimiento de la víctima adquiere una dimensión que sólo se explica a partir de prejuicios de género cuyo impacto es muy relevante.Prejuicios que se sustentan en una valoración negativa o subordinada de lo femenino, construyendo una cultura patriarcal o machista, en la que las connotaciones femeninas se subordinan a las masculinas. En este sentido es dable precisar que las investigaciones penales, desde su inicio, deben enfocarse con perspectiva de género, es decir, dejando de lado la visión androcéntrica que domina las interpretaciones de la doctrina y la jurisprudencia tradicionales. Para ello es necesario contar con personal formado y capacitado en esta materia, y libre de prejuicios basados en estereotipos de género.[2]

Ahora bien, hechas estas aclaraciones debo remarcar la importancia que adquiere en la investigación y juzgamiento de este tipo de hechos el valor convictivo que se le otorgue a la declaración de la víctima, por cuanto es sabido que normalmente los abusos sexuales ocurren en la clandestinidad, procurando el autor mantener a la víctima alejada de posibles testigos durante su comisión y aprovechando además las condiciones de indefensión en que ésta se encuentra o ha sido colocada. Y más relevante aún resulta tal valoración en este caso en donde el centro de la discusión entre las partes radica en torno a la credibilidad del testimonio de la víctima, tratándose del único testigo - víctima de lo sucedido **(Confr. Causa: “AREGUATTI, CARLOS A. ABUSO SEXUAL CON AC. CARNAL AGR. POR EL PARENTESCO REC. DE CASACION”.-[Expte.No 3030 F.111 -Cámara de Concordia])**

No está de más recordar que en nuestro sistema de la sana crítica racional no rige el antiguo principio "testis unus, testis nullus", propio de los sistemas inquisitivos de la prueba tasada, en donde carecía de validez un testimonio único, sino que la declaración del testigo único se deberá ponderar y cotejar a la luz del resto del conjunto probatorio, siguiendo las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología.-

**IV- Referencia a defensas o intervenciones basadas en prejuicios/estereotipos de género. Criterios de género para valoración de la prueba.**

En el relato de los hechos A., comenta que el encuentro fue consensuado días previos, que en principio iba a ir otra amiga pero luego no pudo ir y que en la quinta estarían unos amigos de T. Que en un momento de la noche comienza a ponerse incómoda porque era la única mujer en el lugar y le pide que la lleve, a lo que este le responde que ella "no se va a ir", que se quede con él a dormir. Luego de ser abusada sexualmente, A. se cambia, le pide que le abra la puerta a lo que T. le contesta que no, que se va a dormir y que espere a que se haga de día.

Ante este cuadro probatorio **la defensa técnica argumenta,** intentando culpabilizar a la víctima, que A. mintió para llamar la atención de su ex novio E. y de esta manera retomar la relación con él. Esta tesis defensiva no puede sostenerse seriamente, por cuanto el marco probatorio cargoso es concluyente para desvirtuarlo.

Es decir, no se presentó en el debate ningún testigo que pudiera acreditar que la motivación de A. era denunciar falsamente al acusado para que su ex novio se compadeciera de ella y de esta manera captar nuevamente su atención. Tal argumento, totalmente carente de sustento frente a la prueba referenciada, no puede ser tenido por cierto, tratándose de un vano intento defensivo, atacando a la mujer y poniéndola como mentirosa, echando mano al prejuicio de que las “mujeres despechadas son capaces de cualquier cosa”, hasta de inventar una denuncia. Denunciar un abuso sexual es un proceso doloroso, complejo y a veces hasta traumático, al que difícilmente las mujeres se quieran someter por su propia voluntad.

Los profesionales que atendieron a A. luego de la denuncia fueron coincidentes en afirmar que la víctima experimentaba stress pos traumático producto de un hecho grave. A. se vio tan afectada que no dormía, tenía pesadillas, trastornos alimenticios, cuadro depresivo, tristeza, falta de motivación. Fue contundente la Lic. N. cuando expreso que después del abuso sexual la vida de A. quedo en stand by. Fueron ofrecidos como prueba por la defensa e hizo alusión a ellos en su alegato final, una serie de capturas de pantallas de mensajes de la red social “Twitter” de la cuenta perteneciente la víctima, los cuales se transcriben en una escritura pública, en los que A. se expresa o comparte de otras cuentas mensajes de contenido sexual, o relacionados al consumo de marihuana, con la relación con su madre, etc. que nada aportan ni es de interés para la presente causa. **Pues no se está investigando la vida sexual previa o posterior o social de la víctima,** ni su relación con las drogas, o sus opiniones en redes sociales. No interesa. **Lo que interesa es que A. dijo no y no prestó su consentimiento para mantener relaciones sexuales** con el acusado.

Lo cierto es que no se trata de opinar “bien” o “mal” de la vida sexual o social de la víctima, sino de no opinar, así de sencillo. No podemos pasar por alto la barbaridad que significa dar vuelta la vida de alguien para asumirla consintiendo un hecho, valiéndose de sus consentimientos pasados. [3]

Considero trascendental lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso **“Veliz Franco y otros vs. Guatemala”** al establecer *“Son en principio inadmisibles, por lo que la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género”*. [4]

Pareciera ser que para la defensa técnica el encuentro planeado con anterioridad entre A. y T., en el que incluso acordaron pasar la noche, no permitiría la retractación del consentimiento otorgado previamente. Suponer que una hipotética invitación previa **anula la posibilidad de decir “no”**, en cualquier momento, implica vaciar esa expresión de voluntad de toda función performativa, como si quien la pronuncia olvidara que ya había empeñado su autonomía en un ridículo contrato.

La defensa técnica hace referencia a la ausencia de lesiones físicas en la víctima y se pregunta si se puede afirmar que no hubo consentimiento, porque no hubo ningún indicio de que no haya habido consentimiento, ni se pudo afirmar que hubo violencia, nadie la vio golpeada.

Antes estas afirmaciones cabe mencionar que “estos estereotipos pueden alterar la manera en la que son analizados determinados elementos de los tipos penales que sancionan la violencia sexual. Elementos subjetivos/objetivos/normativos de los tipos penales, tales como “aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción” (art. 119 CPN) suelen ser interpretados generalmente como la necesidad de probar la violencia física ejercida por el autor del hecho, que deja marcas en el cuerpo de la víctima o la necesidad de probar la resistencia de la mujer, también a través de marcas en su cuerpo o desgarros en sus ropas. Esta interpretación que se realiza del tipo penal desatiende que las agresiones sexuales pueden producirse sin la presencia de huellas “objetivas” en la víctima o en sus objetos materiales, analizando el contexto en el que se realiza el abuso y la particular situación de esa víctima. Cabe mencionar que existen factores que pueden inhibir a una víctima de resistir físicamente una agresión sexual, aún cuando no ha consentido al acto, y cómo estos factores deben ser considerados en un proceso judicial. Estos factores pueden incluir: "la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo" que hayan disminuido la capacidad de la víctima para dar un consentimiento "voluntario y libre”.[5]

 **A. dijo "no" y lo dijo en varias oportunidades.** No pudo oponer resistencia alguna. Recordemos que como lo han referenciado los testigos A. es muy pequeña y flaquita y el acusado en una persona de contextura física mucho mayor. - Cfr. testimonio de B.- sumado ello a que T. es dos años mayor que la víctima a lo que debe adicionarse la situación de vulnerabilidad en la que se hallaba A. Para decirlo con Yoliliztli Pérez Hernández en su didáctico texto sobre la necesidad de considerar el género, también cuando hablamos de consentimiento. Y da en el clavo: “No se trata solamente de consentir o no, sino fundamentalmente de la posibilidad de hacerlo (...) La pretensión jurídica formal y universal del derecho a la libertad sexual choca con las estructuras de género”. Estas afirmaciones tienen como consecuencia que es la mujer víctima quien debe probar que tiene heridas o que sufrió amenazas. Caso contrario: no fue violada. Esto lleva a que durante el proceso penal **surja la pregunta ‘¿usted dijo que no?’, en vez de un cambio de paradigma donde se le pregunte al agresor ¿ella le dijo explícitamente que sí?”.**[6]

A. dijo "No". No quería darle besos, ni abrazos y menos aún mantener relaciones sexuales. Pero el acusado no quiso escucharla. A. confió en T. y por eso subió a la habitación a cargar su celular. Debemos entender que la confianza previa, es condición de posibilidad de los abusos y no garantía infalible de exclusión. El acusado, basándose en el consentimiento anterior, no acepto el no de la víctima. No toleró una retractación por parte de A.. Quizás esto se deba, conforme lo explicara la Lic. S. en la audiencia de debate, a que T. se frustra, se enoja ante un escenario adverso, ante un no, que algo no salga como él quiso. En palabras de la licenciada: No tolera la frustración y reacciona con enojo. Asimismo S. no descarto que T. pudiera estar compitiendo con E. y que A. fuera una especie de trofeo, haciendo referencia a los mandatos de la masculinidad para fundamentar su opinión.

Por último no puedo dejar de mencionar, conforme fuera expuesto en la audiencia de debate por las licenciadas S. y B., que el acusado se posiciona como la víctima de este proceso, el cual según sus dichos le generó un grave daño que afectó su imagen social, su vida de relación y que hasta le provocó un cuadro de gastritis nerviosa. Pero en realidad, debo afirmar, que el acusado en nada modificó su vida. Tal es así que terminó sus estudios secundarios, cursa una carrera universitaria, siguió viajando y trabaja en el rubro inmobiliario junto a su padre. Quien debió modificar drásticamente su vida, fué A., que debió abandonar su ciudad, sus afectos, continuar con tratamientos y que hasta el día de hoy no ha podido rehacer su vida. Lamentablemente, T. no pudo ir más allá de su relato, ni pensar que había alguien más dañado que él por esta situación.

En síntesis, ninguna de las alegaciones de la defensa son suficientes para resquebrajar el relato de A..Lamentablemente la estrategia defensiva, plagada de estereotipos y prejuicios de géneros, se circunscribió a desacreditar la imagen de la menor victima de autos, dando a entender que quien tiene una vida sexual o social activa, improbablemente pueda ser víctima de un abuso sexual.

**El derecho a ejercer la defensa no implica el derecho a sostener cualquier afirmación como argumento válido. Por ello entiendo necesario manifestarme sobre el punto y recomendar a la defensa evitar este tipo de planteos, que nos colocan una y otra vez en el terreno del prejuicio más que del litigio.**[7]

En consecuencia, entiendo que, se ha demostrado con certeza a través de las probanzas ya detalladas que, el acusado T. el día 9 de enero de 2018, durante la madrugada, aprovechándose de la relación de confianza que mantenía con la víctima, abusó sexualmente de A.

**VI.- Conclusiones:**

El fallo analizado realiza un aporte relevante sobre el concepto de consentimiento desde una mirada doctrinaria, jurídica enumerando cómo debe ser otorgado el mismo. Refiere a lo esencial de centrar las pruebas en lo sucedido y no en la vida íntima de la víctima, desde una mirada con perspectiva de género, elevando el renombrado “No es No”.

En el transcurso del fallo se evidencia claramente cómo se van sorteando estereotipos de género que de tenerse en cuenta, pueden llevar a la revictimización y dejar sin sentido el proceso. Las secuelas de la violencia recaen en la esfera espiritual de la persona quien definitivamente ya no será la misma. Fallos como este marcan el camino hacia “***un cambio de paradigma donde se le pregunte al agresor”*,** es decirque la mirada no esté situada en la víctima, que los operadores jurídicos tengan formación en género para evitar prejuicios o escenarios desfavorables. Que cuando se trata de delitos contra la integridad sexual la prueba del consentimiento se basa a partir de prejuicios de género que se sustentan en una valoración negativa o subordinada de lo femenino.

En cuanto a la estrategia defensiva, se basó específicamente en desacreditar la imagen de la víctima, es allí donde el juzgador entiende que “***El derecho a ejercer la defensa no implica el derecho a sostener cualquier afirmación como argumento válido”*** marcando un límite sobre el avasallamiento de los derechos humanos de las mujeres.

**Referencias bibliográficas**

[1] A modo de ilustración es interesante acudir a los fundamentos del proyecto presentado por la Diputada Elisa M.Carrió y otros que figuran en los Antecedentes Parlamentarios donde se vierten estos conceptos: “... las víctimas de robos o asaltos no necesitan probar que ellos se resistieron, o que no consintieron, o que el acto fue cometido con la suficiente fuerza o suficiente amenaza de fuerza, para superar su voluntad, porque la ley presume altamente improbable que la gente se desprenda de su dinero voluntariamente y que la gente no se somete voluntariamente a sufrir daños corporales y secuelas permanentes, mientras que las víctimas de abusos sexuales 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 ...

[2] Actualización de discusiones y debates en torno al consentimiento en los casos de violencias sexuales →CERLIANI CARLA M. en FEMINISMOS Y POLÍTICA CRIMINAL pág. 195. BsAs. 2019

[3] - LORENZO, Leticia.ARDUINO ILEANA. “Imposible violar a una mujer tan viciosa” Revista Anfibia. Consultado en línea en http://revistaanfibia.com/ensayo/imposible-violar-a-una-mujer-tan-viociosa/

[4] (Sentencia del 19 de mayo de 2014, párr. 209.-

[5]- 17 Informe sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de la Violencia en las Américas de la Comisión IDH(Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007) Pto 138.

[6] LORENZO, Leticia.ARDUINO ILEANA. “ Imposible violar a una mujer tan viciosa” Revista Anfibia. Consultado en línea en <http://revistaanfibia.com/ensayo/imposible-violar-a-una-mujer-tan-viociosa/>

[7] P. L. s/abuso sexual con acceso carnal (victima menor de edad) Registro 25683. Tribunal de Juicio Voto Dra.Lorenzo. (cons. 4, pág. 41).

\*Erica Pérez (abogada egresada UBA). https://blog-ericaperez.blogspot.com/