

La dificultad probatoria en los delitos contra la integridad sexual a raíz del análisis a la sentencia “C., M. s/abuso sexual” de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional en el marco de la causa nro. 16.641/2013

Sofía Andrea Curatolo¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Desarrollo; III.- Conclusión

RESUMEN: Un análisis tanto doctrinario como jurisprudencial de las dificultades probatorias que se presentan a la hora de la investigación en los delitos contra la integridad sexual, particularmente, en una sentencia de abuso sexual.

PALABRAS CLAVE: Prueba, integridad sexual, abuso sexual, sana crítica, testimonio único.

¹ Abogada, Diploma de Honor de la Universidad de Buenos Aires, Escolta de la Bandera Nacional en la jura. Especializándose en Derecho Penal en la Facultad de Derecho, UBA. Escribiente Auxiliar en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 3.

I.- Introducción

La presente monografía tiene por objeto estudiar la dificultad probatoria que se plantea en los delitos contra la integridad sexual establecidos en el Título III del Libro Segundo del Código Penal argentino. Para ello, se analizará el fallo de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional en el marco de la causa nro. 16.641/2013/TO1/CFC1/CNC1, caratulada “*C., M. s/abuso sexual*”.

Consideramos de vital importancia realizar una breve síntesis respecto del cambio de denominación que tuvo el título que vamos a abordar, toda vez que influye en el aspecto probatorio de los delitos involucrados. El 14 de abril del año 1999 el Congreso de la Nación sancionó la ley nro. 25.087, la cual fue promulgada el 7 de mayo del mismo año y publicada en el Boletín Oficial el 14 de mayo. La misma modificó el Código Penal de la Nación en lo relativo a los delitos contra la integridad sexual. En el Título III del mentado código se modificó la estructura y se suprimieron las rúbricas de los capítulos, lo cual quitó una vía más de interpretación.

Se produjo un cambio en la denominación del título “delitos contra la honestidad”, por el actual que es “delitos contra la integridad sexual”.

Sin embargo, lo que debe destacarse es que la modificación nuclear es de carácter ideológico. Prueba de ello es la eliminación del concepto de “mujer honesta”. La ley 25.087 importa un cambio de paradigma del bien jurídico afectado por estos delitos.

Tal es así que los doctores De Luca y López Casariego señalan que la honestidad era el objeto jurídico comprometido en el sistema anterior, y había sido interpretada en un sentido religioso como el acto sexual fuera del matrimonio, y desde un punto de vista moral o de las costumbres sociales, como la inexperiencia sexual. La doctrina, entre quienes se encuentran, Soler, González Roura, Fontán Balestra, Pandolfi, Donna y Creus, criticaron que este concepto pudiera ser omnicomprensivo de todas las infracciones previstas en el Título, así como por el sentido primitivo de la expresión. La aplicación de una acepción literal del término llevó a considerar que las personas expertas sexualmente no podían ser sujetos pasivos de algunos de estos delitos.

Si bien tanto en la jurisprudencia como en la doctrina no hay un pensamiento uniforme, la mayoría de los autores y autoras sostienen que el interés

comprometido en estos delitos es la libertad, integridad y dignidad físico-sexual², la reserva sexual, la libertad sexual entendida como el derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de la sexualidad y la libertad sexual de la persona mayor de dieciocho años y el libre desarrollo sexual de los menores de esa edad³. Esta postura es la que abarca tanto la libertad sexual de los individuos adultos, como la indemnidad sexual.

Otros autores y autoras consideran que el bien jurídico protegido es más amplio, como lo es la libertad de autodeterminación sexual que poseen todos los individuos. Esta última postura refuerza no sólo la libertad sexual sino los derechos inherentes a la dignidad de la persona. En definitiva, el bien jurídico protegido⁴ es la integridad sexual de las personas.

La reforma del Título III, del libro Segundo constituía una obligación para la República Argentina, toda vez que el Estado ha ratificado tratados internacionales de derechos humanos y les ha otorgado jerarquía constitucional en el artículo 75 inciso 22. Dentro de los cuales cabe poner de relieve a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará, adoptada en 1994 y aprobada en nuestro país mediante ley 24.632, que propuso el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres contra el fenómeno de la violencia contra su integridad física, sexual y psicológica. Las modificaciones legislativas al Código Penal, tanto la eliminación de capítulos, artículos como la sustitución de otros era necesario toda vez que la terminología se encontraba desactualizada con los parámetros del momento, pudiendo generar responsabilidad internacional.

Otro de los principales motivos que suscitaron esta reforma fue el reclamo social ante la escasa respuesta estatal frente a los hechos delictivos de carácter sexual que se cometían contra mujeres, niñas y niños. La falta de prueba en estos tipos de delitos sumado a la creación de un principio de co-responsabilidad conforme al cual es la víctima quien debe responder de su conducta, evitando por

² Villada, J.L. (2000) *Delitos contra la Integridad Sexual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

³ Donna, E. A. (2000) *Delitos contra la Integridad Sexual*. Santa fe: Rubinzal-Culzoni.

⁴ Todos los bienes jurídicos son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad: no los crea el ordenamiento jurídico sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico. Al respecto, véase Bacigalupo (1996).

todos los medios posibles que se lleve a cabo el hecho punible conllevaron a las modificaciones en el Título.

Por ello, en la presente monografía pondremos de relieve que pese al intento de modificación de la concepción de estos delitos la cuestión probatoria sigue siendo un factor central y muchas veces negativo para las víctimas.

II.- Desarrollo

Previo a realizar un análisis crítico de la sentencia planteada ut supra, resulta conveniente establecer el concepto verdad en torno a su averiguación como meta del procedimiento penal, el de prueba, medios y órganos de prueba, y el sistema actual de valoración de la misma.

1. Concepto de verdad

En palabras de Maier, verdad representa un juicio sobre una relación de conocimiento, esto es, el juicio de que esa relación de conocimiento entre el sujeto que conoce y el objeto por conocer ha culminado con éxito, conforme a su finalidad, ya que existe identidad, adecuación o conformidad entre la representación ideológica del objeto por el sujeto que conoce y el objeto mismo, como realidad ontológica⁵. Se puede decir que existen diferentes grados de verdad que se pueden alcanzar. En primer lugar, la certeza. Ella expresa el juicio positivo del sujeto cognoscente acerca del resultado de la actividad cognoscitiva: quien conoce está convencido de haber alcanzado la finalidad de la acción, esto es de conocer la verdad. La probabilidad significa un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es, el juicio del sujeto cognoscente que estima haberse acercado al resultado buscado, el conocimiento de la verdad, aunque reconoce no haberlo alcanzado por completo, sino que se ha acercado bastante a ella. Por último, la duda. Aquella representa una posición subjetiva del sujeto cognoscente que se ubica en la antípoda de la certeza; se halla en un estado de perplejidad total frente a ella, proveniente del fracaso de su acción por conocer, que no le permite afirmar nada cierto o probable sobre el sujeto a conocer⁶.

2. El concepto de prueba

El procedimiento penal es, en gran medida, un método regulado jurídicamente de investigación histórica, ya que uno de sus fines consiste en

⁵ Maier, J.B.J. (2016). *Derecho procesal penal, Tomo I Fundamentos*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

⁶ Maier, J.B.J. *Derecho procesal penal, Tomo I Fundamentos*. ob. cit.

averiguar la verdad acerca de una hipótesis histórica que constituye el objeto del procedimiento⁷, es decir, para averiguar la verdad acerca de una imputación.

Como señala Maier, se denomina prueba a todo aquello que, en el procedimiento, representa el esfuerzo por incorporar los rastros o señales que conducen al conocimiento cierto o probable de su objeto. Pero también acudimos a este concepto cuando pretendemos señalar el resultado de la actividad probatoria. Es por ello que el concepto de prueba es la síntesis de diversos aspectos, dado que la figura de la prueba es poliédrica⁸.

Asimismo, el autor nos pone de relieve que intuitivamente se puede definir a la prueba como todo aquello que, en el marco de un procedimiento penal y de sus reglas, produce en quien interviene en él un conocimiento cierto o probable acerca de la hipótesis contenido del procedimiento, la imputación a una persona de un hecho punible. Sin embargo, es posible fijar un concepto restringido de prueba. El mismo se refiere específicamente al procedimiento penal y a sus formas básicas. Este concepto parte de la sentencia judicial y define la palabra prueba en relación con las propiedades básicas que debe poseer la incorporación de un conocimiento para poder ser valorado en la sentencia de un tribunal de mérito⁹.

3. Medios y órganos de prueba

Se denomina medio de prueba al acto mediante el cual se pretende incorporar al procedimiento un determinado conocimiento sobre un objeto de prueba. Son medios de prueba las inspecciones de lugares, cosas, personas, el testimonio o la declaración de testigos u otras personas, ya sea imputadxs y coimputadxs, el peritaje o el dictamen o testimonio de peritos, y la documental e instrumental¹⁰.

Por otro lado, se denomina órgano de prueba a la persona mediante cuya información se pretende incorporar al procedimiento un conocimiento cierto sobre un objeto de prueba determinado. Se trata tanto del testigo como del imputadx,

⁷ Maier, J.B.J. *Derecho procesal penal, Tomo I Fundamentos*. ob. cit.

⁸ Florián, citado por Maier, J.B.J. *Derecho procesal penal, Tomo I Fundamentos*. ob. cit.

⁹ Maier, J.B.J. (2015). *Derecho procesal penal, Tomo III, Parte general, aspectos procesales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

¹⁰ Maier, J.B.J. *Derecho procesal penal, Tomo III, Parte general, aspectos procesales*. ob. cit.

cuando hace uso de la palabra e informa sobre todo aquello que le es preguntado y que interesa al conocimiento sobre el objeto del procedimiento¹¹.

4. Valoración de la prueba

La prueba alcanza su sentido efectivamente al ser valorada tanto por lxs intérpretes en el procedimiento, es decir las partes, como por lxs jueces del tribunal de mérito. Asimismo, la ley no establece ninguna condición para estimar creíble un testimonio y somete a la experiencia y sentido común del juez/a su valoración final en la decisión, en conjunto con los demás elementos de convicción¹².

El sistema de valoración de la prueba que se aplica en la actualidad es la sana crítica racional que supone la crítica racional de los elementos de prueba. En palabras de D'Albora el sistema de la libre convicción o de la sana crítica radica en que la ley no vincula al juez/a, fijándole normas que cercenen su arbitrio para determinar la forma en que se acreditarán los hechos ni le anticipa el valor de los elementos de prueba. Esto implica que el órgano judicial tiene amplia atribución para seleccionar dichos medios y para apreciarla, ya que tan sólo debe ajustar sus conclusiones a las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia común¹³.

Habiendo señalado conceptos relevantes para el análisis, procederemos a introducirnos en el fallo de la CNCCC.

5. Sentencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional

Tras el desarrollo del juicio oral, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nro. 10 condenó a M.C. como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual en concurso real con amenazas (arts. 45, 55, 119 primer párrafo¹⁴ y 149 bis primer párrafo del Código Penal), a la pena de seis meses de prisión en suspenso. En el juicio, se tuvo por acreditado que: “el 14 de marzo de

¹¹ Maier, J.B.J. *Derecho procesal penal, Tomo III, Parte general, aspectos procesales*. ob. cit.

¹² Maier, J.B.J. *Derecho procesal penal, Tomo III, Parte general, aspectos procesales*. ob. cit.

¹³ D'Albora, F. J. (2011). *Código procesal penal de la nación, anotado, comentado y concordado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

¹⁴ Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. Obtenido de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#17>

2013, aproximadamente a las 8 y 40, M. C. ingresó al edificio de Solís (...) en cuyo departamento del piso 10° “B” vive y es propietaria su madre A. M. C. y, en el hall, preguntó a J. T. acerca del horario que cumplía el encargado, a la sazón su marido C. L., y si ella era su esposa, ante lo cual le hizo saber que éste se encontraba trabajando en la sala de máquinas ubicada en el piso 11°, por lo que, de manera violenta le exigió que subiera con él al ascensor, gritándole “vamos a buscar a tu marido”, “negrita de mierda, no sabes nada, sos un sorete que no vales ni dos pesos”. Es así como en un momento determinado, mientras subían en el ascensor, el encausado se abalanzó sobre ella, la arrinconó y le manoseó los pechos y la cola, hasta que el coche se detuvo en el piso 10° y la mujer logró salir y pedir socorro al citado L. a quien le narró lo ocurrido. También que al aparecer el encargado C. continuó con sus gritos y les dijo a ambos “que iba a venir con un martillo y que iba a matar a todos”, circunstancia que llevó a la mujer a buscar ayuda en el vecino A. E., propietario del 4° “A” quien subió y discutió con el imputado quien lo agredió verbalmente y finalmente se alejó, habiendo presenciado parte de lo ocurrido los vecinos del 10° “C” A. y V. T”¹⁵.

Asimismo, corresponde señalar que el juez del TOC, Guillermo Jorge Yacobucci, si bien concordó con la reconstrucción histórica que se efectuó en el primer voto, disintió con aquel en lo relativo a la relevancia penal de las frases amenazantes, en función de lo cual postuló la absolució de C. por esa imputación, manteniendo de tal manera la imputación por el abuso sexual simple.

Ahora bien, adentrándonos en la sentencia de mérito, corresponde señalar los pronunciamientos de la Dra. Patricia Llerena, a los cuales el Dr. Gustavo A. Bruzzone adhirió su voto:

En efecto, si bien el nombrado hizo mención de que la querellante le refirió que en el ascensor C. la había insultado y toqueteado, en ningún momento señaló que le hubiera descripto la manera y las partes de su cuerpo en que tuvieron lugar los supuestos tocamientos, esto es, si fueron por fuera o por dentro de las ropas que llevaba puestas, en los glúteos, los pechos o la zona genital; circunstancias que sólo en parte surgen de lo declarado por T. ante el tribunal de juicio. Cabe recordar, que la acción de toquetear significa “...1.tr. Tocar reiteradamente algo con la mano.- 2.tr. Tocar reiteradamente a alguien o una parte de su cuerpo con la mano, generalmente por deseo sexual...”¹. Es decir, la acepción que a partir de ello puede adjudicarse al vocablo “toqueteado”, no es

¹⁵ CNCCC, Sala I. Causa n° 16641/2013, Sentencia del 17-05-2018.

unívoca, ya que la acción puede recaer en diversas zonas del cuerpo y distintas a las contempladas por la figura legal en la que fue circunscripta la conducta, como ser, el rostro o los brazos [...] (Llerena, voto en causa n° 16641/2013).

Asimismo, la jueza señaló: “Las circunstancias apuntadas, llevan a reconstruir la secuencia del episodio que habría acontecido dentro del ascensor únicamente a partir de las manifestaciones de T., las que fueron rotundamente negadas por el imputado. A pesar de que en este tipo de eventos no suele haber testigos, lo que obliga a acudir a otras vías probatorias, lo cierto es que los indicios y las pruebas indirectas que se pretenden hacer valer para validar la imputación no son uniformes [...]”.

Por último, la nombrada concluyó: “A mi modo de ver, ello le resta solidez a la imputación, y, consecuentemente, el marco probatorio reunido resulta insuficiente para afirmar, con el grado de certeza apodíctico que exige un pronunciamiento condenatorio, la ocurrencia del hecho pesquisado, lo cual impone en lo que concierne a este evento, la solución prescripta en el art. 3 del ordenamiento procesal”.

El Dr. Luis F. Niño se abstuvo de votar por lo cual, con los dos votos anteriores se casó parcialmente la sentencia y se absolvió a M. C. únicamente respecto del hecho que fue calificado como constitutivo del delito de abuso sexual (arts. 3, 445, 456, 457, 465, 468 y 469 del C.P.P.N.).

6. Análisis doctrinario y jurisprudencial

En primer lugar, corresponde poner de relieve que el TOC nro. 10 condenó a M.C. por el delito de abuso sexual simple, y luego la CNCCC absolvió al mentado porque las pruebas que se habían producido no eran suficientes para alcanzar el grado de certeza requerida en la instancia.

Pues bien, ¿qué se debe entender por la expresión abuso sexual? Señala Buompadre que se trata de una expresión compleja que implica, por un lado, una conducta de contenido sexual ejecutada sobre el cuerpo de otra persona, esto quiere decir, sobre sus partes sexuales, y, por otro lado, un aprovechamiento, un exceso, una cosificación, de la víctima. Sólo una conducta con tales características

puede ser abusiva. El abuso sexual exige actos corporales directos de tocamiento; no puede cometerse a distancia¹⁶.

Al tratar el bien jurídico protegido y afirmar que la libertad sexual, entendida como libre disposición del cuerpo, se erige en el fundamento de aquél, resume la idea de la reserva sexual como libertad de decisión ante la acción de un tercero, por ende, la decisión de con quién estar, cómo estar y a qué parte del cuerpo se puede acceder y en qué forma, simplemente no es otra cosa que una manifestación del respeto por la dignidad humana consistente en la evitación de la “cosificación” de la persona¹⁷.

Señalamos que no es el significado literal del diccionario con el que debe comprenderse el bien jurídico, porque está claro que nadie pierde su “integridad”, cuando sufre un ataque sexual. El sentido del término debe ser interpretado como que lo ofendido es el derecho a la disponibilidad del propio cuerpo en cuanto a su sexualidad y que eso es lo que se quiebra cuando se produce una agresión sexual. Es en este sentido que puede hablarse de libertad sexual, de una libertad de hacer o dejar que nos hagan, que debe ser entendida en su aspecto negativo, como el derecho a decir “no” a diversas manifestaciones de contenido sexual.

En el caso que nos convoca, los jueces del TOC tuvieron por acreditado la circunstancia del acto de tocamiento en razón de la reconstrucción histórica a través de la declaración testimonial prestada por la víctima, y con lo que uno de ellos no concordó fue con la imputación del delito de amenazas. Sin embargo, para la Dra. Llerena resulta central saber si fue por arriba de la ropa el tocamiento o directamente en las partes sexuales, que el imputado negó todos esos dichos, lo cual resulta esperable de la defensa, y que el resto de las pruebas o indicios no son suficientes.

En la sentencia se analiza que “*la denunciante tampoco presentó en su psiquis indicadores que reflejaran el supuesto abuso, a lo que debe sumarse la ausencia de otros elementos*”. No especifica cuáles son los otros elementos. Asimismo, se trata de un

¹⁶ Buompadre, J. *Abusos sexuales, Código penal comentado*. Obtenido de: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/arts._119_a_120_abusos_sexuales.pdf

¹⁷ Figari, R.E. *Abuso sexual (art. 119 1º párr. ley 23.352), Abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119 2º párr.), Abuso sexual con acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realización de otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías (art. 119 3º párr. ley 25.352) y Abuso sexual aprovechamiento con la inmadurez sexual – estupro – (art. 120)*. Obtenido de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/comentadas/comentadas46617.pdf>

abuso sexual simple que son tocamientos, no estamos hablando de un abuso sexual gravemente ultrajante o con acceso carnal, los cuales, en términos generales producen efectos psicológicos y psiquiátricos más profundos toda vez que el bien jurídico libertad sexual se ve afectado con mayor intensidad que en el del primer párrafo del artículo 119 del CP, independientemente de cómo la víctima vivencie esa situación.

Para continuar con el análisis y desarrollo del presente caso, entendemos de gran utilidad el artículo de Sergio Manuel Terrón publicado en la página web del Sistema Argentino de Información Jurídica¹⁸.

El autor remarca allí la importancia de la amplitud probatoria en los delitos contra la integridad sexual toda vez que los mismos se desarrollan en su generalidad en ámbitos privados, intramuros o aislados, que resultan proclives a la consumación del ilícito, y que la fiabilidad del testimonio de la víctima debe resultar suficiente para mantener la imputación. Señala también que muchas veces las mujeres además de ser víctimas del imputado sufren por parte de otros actores sociales como jueces, juezas, fiscales, policías que tienen concepciones que generan sospechas en la víctima, y, por lo tanto, a su criterio son erróneas.

Asimismo, analiza las diversas medidas probatorias como los peritajes sobre el imputado y la víctima, los testigos indirectos, el examen corporal de la víctima, como así también el reconocimiento de personas y cosas, aclarando que en muchos casos el único medio probatorio es la declaración de la víctima y no estos mencionados. Por su parte, la Dra. Llerena hace mención al ámbito privado en el que ocurren estos delitos, pero no le da el valor suficiente al testimonio de la víctima. El hecho ocurrió dentro de un ascensor donde sólo se encontraban el agresor y la víctima, al deducirse que no había cámaras, no había un testigo directo de aquel momento, más allá de a quien la víctima le manifestó posteriormente al salir del ascensor y gritar.

Continuando con la vasta bibliografía existente en cuanto al tema en análisis, ocupa un considerable espacio la segunda edición del libro *Delitos Sexuales* del Doctor Adrián Marcelo Tenca lanzada por la Editorial Astrea en el año 2017¹⁹.

¹⁸ Terrón, S.M. (2012, abril). *Aspectos probatorios en los delitos contra la integridad sexual*. Obtenido de: <http://www.saij.gob.ar/sergio-manuel-terr-n-aspectos-probatorios-delitos-contra-integridad-sexual-dacf120029-2012-04-20/123456789-0abc-defg9200-21fcanirtcod>

¹⁹ Tenca, M.A. (2017) *Delitos Sexuales*. Buenos Aires: Astrea.

El letrado realiza un desarrollo con relación a que, desde el punto de vista probatorio, los delitos sexuales tienen algunas características comunes que los diferencian del resto de los tipos penales.

La principal discusión que enfrentaremos al abordar el tema de los delitos contra la integridad sexual es si la ley 25.087 importa una nueva interpretación de la prueba en los delitos sexuales. Para ello corresponde señalar que, la responsabilidad penal de una persona se dirime por medio de la valoración de la prueba aportada al proceso, ya sea de cargo o de descargo. El Código Procesal Penal de la Nación en su artículo 398 párrafo segundo establece: “Los jueces emitirán su voto motivado sobre cada una de ellas en forma conjunta o en el orden que resulte de un sorteo que se hará en cada caso. El tribunal dictará sentencia por mayoría de votos, valorando las pruebas recibidas y los actos del debate conforme a las reglas de la sana crítica, haciéndose mención de las disidencias producidas”. En 1979, Couture definió a las reglas de la sana crítica como aquellas pautas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia. En líneas similares lo hizo Maier como ya mencionamos anteriormente.

Conforme a este amplio criterio planteado, es que consideramos errónea la decisión de Llerena y Bruzzone de no considerar suficiente los dichos vertidos por la víctima en cuanto manifestó que hubo actos de tocamiento o “manoseo” en partes sexuales como los senos y los glúteos. Entendemos que no adquiere relevancia a los fines del artículo por el cual fue condenado por el TOC, si fue sobre la ropa o por debajo de ella, ya que el acto de tocamiento estuvo dirigido y se realizó en las partes mencionadas.

El principal es que la declaración de la víctima cobra un papel fundamental en atención al ámbito en el que se desarrollan, por lo general, esta clase de delitos. Se ha señalado que, ante la inexistencia de testigos presenciales del hecho, el juzgador debe basarse en los dichos de la víctima y en el de las personas que tomaron conocimiento mediante sus dichos, tal como se dio en el caso de análisis.

Los delitos contra la integridad sexual son ilícitos que por lo general se cometen en circunstancias de lugar donde resulta casi imposible contar con testigos presenciales del hecho, más allá de la propia víctima, razón por la cual será el eje central de la investigación el análisis –conforme a las pautas de la sana crítica racional– del propio testimonio de la víctima al cual deberán ir agregándose como

material probatorio otros elementos de prueba fundamentales para la acreditación de este tipo de sucesos [peritaje psicológico/psiquiátricos, informes médicos, informes genéticos –ADN–, etc.] y otros elementos de tipo indiciario (como testimonios de allegados, familiares, maestros, terapeutas, etc. (González Da Silva, 2017, p. 392).

Resulta insoslayable que, como la prueba de los hechos suele reposar en el testimonio de la víctima, ello, por sí mismo, no puede ser obstáculo para que la investigación avance. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado el criterio según el cual el testimonio de la víctima como única prueba de cargo es suficiente incluso hasta para fundar una condena. En muchas ocasiones se exige a las mujeres, un relato detallado, como requisito de credibilidad. Son ellas, en definitiva, quienes resultan siendo investigadas y las diversas declaraciones que brindan a lo largo del proceso son sometidas a un cuidadoso examen que, por lo general, resulta más exigente que el que suele aplicarse a los testimonios de los denunciados en otro tipo de delitos²⁰.

Asimismo, la Corte IDH advirtió que dada la naturaleza y el contexto en el que suelen producirse este tipo de delitos, las posibles inconsistencias en el relato sobre el evento lesivo sufrido por la víctima no deben ser utilizadas para menoscabar su credibilidad, ni tampoco para cuestionar la verosimilitud de lo declarado. Además, señaló que a la hora de valorar las declaraciones aportadas por las víctimas debe tenerse especialmente en cuenta que los hechos relatados por ellas se refieren a un momento muy traumático, cuyo impacto puede causar que se cometan determinadas imprecisiones al recordarlos²¹.

En consonancia con lo anterior, es dable destacar un párrafo que cita Tenca del discurso del miembro informante de la Cámara de Diputados, el doctor Cafferata Nores, en el análisis del tema de la prueba en estos delitos particulares:

Preciso garantizar al examinar judicialmente un acto para determinar si un crimen sexual fue cometido no se exija que la víctima pruebe haber ofrecido resistencia al ataque, sino sólo que su voluntad fue quebrada. Paradójicamente, las

²⁰ Pérez, B. y Santinelli, M. G. (2020, marzo). *Violencia sexual en contextos represivos en el marco del derecho penal internacional: valoración de la prueba*. Obtenido de: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/03/11/violencia-sexual-en-contextos-represivos-en-el-marco-del-derecho-penal-internacional-valoracion-de-la-prueba/>

²¹ Pérez y Santinelli. *Violencia sexual en contextos represivos en el marco del derecho penal internacional: valoración de la prueba*. ob. cit.

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 (Cafferata Nores, citado por Tenca, 2017, pp. 361-362).

Asimismo, corresponde señalar, que los delitos sexuales son actos de agresión y violencia fundamentalmente contra la integridad física, psíquica y moral de las mujeres. Es una agresión sexual contra la autodeterminación como mujeres, como personas libres para decidir sobre su sexualidad o sobre su propio cuerpo²². Más allá de las amenazas y comentarios propinados por el agresor hacia la víctima, entendemos que se vio afectada la integridad física de la víctima, ya que no hubo consentimiento por parte de ella hacia los actos que realizó C.M.

Pone de relieve D’Albora que la condición de resultar único testigo no impide aceptar la plenitud probatoria cuando el juez/a adquiere certeza sobre la existencia de determinadas circunstancias de hecho; la exigencia de más de un testigo es propia del método de prueba legal, en el cual la ley establece múltiples normas restrictivas, ya sea para exigir que algunos hechos se prueben de un modo determinado y no de otro, o para rever el valor de los medios de prueba mediante presupuestos o condiciones que actúan positiva o negativamente. En definitiva, la declaración de la víctima si bien requiere una crítica más rigurosa, no impide alcanzar la plenitud probatoria²³.

Es de destacar otro caso que tiene cierta similitud en su comienzo con el que es objeto de análisis. En el marco de la causa nro. 41381/19²⁴, el Juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 6, Secretaría n° 118 resolvió sobreseer a R. D., J. A. por el delito de abuso sexual simple. Conforme surge de la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Dra. Marcela Sánchez, a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional resolvieron revocar el sobreseimiento y dictar el procesamiento sin prisión preventiva del imputado. Los

²² Tenca. *Delitos Sexuales*. ob. cit.

²³ D’Albora, F. J. *Código procesal penal de la nación, anotado, comentado y concordado*. ob. cit.

²⁴ CNACC, Sala I. Causa n° 41381/2019, Sentencia del 27-07-2020 (votantes Dres. Pablo Guillermo Lucero y Julio Marcelo Lucini).

hechos según surge fueron: “*En autos se ha acreditado lo que exige el tipo penal para el delito de abuso sexual simple, dado que se tiene por cierto que J. A. R. D. tomó de la cintura con ambas manos a C. y le apoyó el pene a la vez que le colocó la cabeza en el hombre y le refirió <<tengo unas ganas de ir al octavo>>. Es decir, tuvo actitudes libidinosas de carácter inequívocamente sexual en una parte corporal de la damnificada, atentando de esa manera la reserva sexual de aquella*”. En este caso, sí había más testigos del hecho que la declaración única de la víctima pero pese a ello, y habiendo tenido R.D., J.A. un acto de tocamiento al apoyarle el miembro masculino sobre ella, el juzgado de instrucción decidió sobreseerlo.

Entendemos que en el fallo de Casación como en este de Apelaciones ambos imputados, con su despliegue, ejecutaron una conducta que afectó la libertad sexual de las víctimas, entendida como la libre disposición del cuerpo. Ambos tenían dolo directo ya que poseían conocimiento y voluntad de que estaban realizando dicho acto de tocamiento sin el consentimiento de las víctimas.

Así señaló la doctrina:

Se trata sin duda de un delito doloso, pues se requiere que el autor, además de realizar un acto “objetivamente impúdico”, conozca lo que hace –esto es que lo que realiza sobre una parte pudenda del cuerpo del cuerpo de la víctima– y que tenga la voluntad de hacerlo. Reiterando, el dolo exige conocer que se está actuando sobre una parte del cuerpo de la víctima que en términos objetivos se le reconoce el carácter de pudendo o íntimo y querer hacerlo (D’Alessio, Andrés José – Divito, Mauro A., Código Penal de la Nación Comentado, Tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 22).

La firme imputación de la víctima sumada a la incorporación de indicios relevantes, son suficientes para sospechar que el imputado participó en el delito imputado, máxime en este tipo de delitos que se desarrollan casi siempre fuera de la presencia de terceros²⁵. En el segundo fallo, pese a que es un delito que se suele producir en ámbitos privados, lo había realizado el imputado en el ámbito laboral frente a otrxs compañerxs.

En los delitos contra la integridad sexual, destaca el Dr. Morin en su voto²⁶, el testimonio de la víctima resulta la prueba dirimente toda vez que son hechos que

²⁵ CNCCC, Sala IV. Sentencia del 10/3/2003.

²⁶ CNCCC, Sala II. Causa n° 20038/2014. Sentencia del 5/09/2017. (Votantes Dres. Morin, Días y Sarraýrouse).

por su propia naturaleza suelen tener lugar en ámbitos de intimidad, que si bien en este caso no se presenta dado que fue en un ascensor fue en un ámbito de espacio reducido del cual la víctima no podía escapar y estaba exento de las miradas de terceros. Por ello, en estos supuestos el grado de certeza requerido para un pronunciamiento condenatorio se complementa generalmente con prueba indirecta: en lo sustancial, el dictamen debidamente fundado de los profesionales intervinientes y las declaraciones de terceros que reproducen lo que a ellos les contó la víctima o que narran circunstancias que percibieron y resultan conducentes a la investigación. De esta forma, una vez establecida la fiabilidad del testimonio de la víctima, si a ello se aúna la declaración de terceros que advirtieron en aquélla un estado de afectación emocional o cambios notorios en su comportamiento característicos de quien ha padecido una experiencia semejante, si se descarta, además, la posibilidad de que quien denuncia sea una persona fabuladora y se desecha la existencia de animosidad para con el imputado, se logra entonces reunir elementos que evaluados de manera integral contribuyen a refinar el cuadro cargoso. En el presente caso, la víctima le manifestó inmediatamente a L. que había sido toqueteada en su partes pudendas, y él pudo anotar lo mismo, siendo que el encargado también escuchó lo relatado, razón por la cual el imputado propinó contra todos ellos amenazas de que los iba a matar con martillo. Asimismo, evaluaciones psicológicas realizadas, dieron cuenta de la ausencia de indicadores de fabulación y que sus dichos presentaban signos de credibilidad, por lo tanto, si se alcanza el grado de certeza requerido para la condena.

Por ello resulta de vital importancia que, en los delitos contra la libertad sexual, los tribunales deben necesariamente al valorar las pruebas conforme a la regla de la sana crítica, adoptar un criterio más amplio y flexible.

Asimismo, la Dra. Llerena sostuvo que: *“Simplemente, teniendo en cuenta que la labor del magistrado no se reduce a un mero juicio de credibilidad sobre los dichos del testigo, que carezco de pautas objetivas que permitan corroborar aquél”*. Ella hace mención a la imposibilidad de corroborar los dichos del testigo. Por lo cual consideramos pertinente señalar una cita de un fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal:

Sobre los criterios generales que gobiernan la valoración de la prueba, vinculados con la inmediación y la necesidad de que aquélla constituya un proceso intersubjetivo, verificable, que permita reconstruir los pasos que dio el juez para llegar a la decisión del caso, cabe considerar que el principio de inmediación no puede entenderse como un obstáculo absoluto e insalvable que impide toda revisión de las pruebas y de los hechos fijados en la sentencia. De entenderlo de

esa manera infranqueable, la consecuencia será ampliar injustificadamente el área de lo que escapa a una justificación intersubjetiva y por ende, al control de cualquier tribunal que no haya presenciado de modo directo la producción de las pruebas (voto del juez Sarrabayrouse al que adhirió el juez Morin)²⁷.

En definitiva, en los casos en que el bien jurídico afectado es la integridad sexual, el testimonio de la víctima no es un testimonio más, sino que debe comprenderse que los dichos de quien ha experimentado un acometimiento de naturaleza sexual provienen de quien ha visto y sentido ofendido uno de los aspectos más íntimos de su vida, lo que no sólo se limita a su calidad de bien jurídico protegido. Es decir que ante el delito de índole sexual la víctima no sólo enfrenta las consecuencias propias de un injusto, sino que además, debe asumir su publicitación institucional ante las fuerzas de seguridad, ante los efectores del sistema de salud y ante el Poder Judicial y Ministerios Públicos, cuando no ante los medios de comunicación y la opinión pública. Esta múltiple exposición y sus derivaciones revictimizantes justifican que la decisión de denunciar el abuso sexual quede reservada al fuero íntimo de quien ha vivido semejante agresión, valorando los elementos a favor y en contra de llevarla adelante pues es conocido el largo peregrinar que debe transitar la ofendida o el ofendido. A ello debe sumarse el señalamiento social e institucional que hace que no sean pocas las oportunidades en que, a efectos de indagar lo ocurrido, se ahonde en la investigación de la conducta y moralidad de la víctima²⁸.

Por último, luego de producirse el juicio oral y público, en el que la defensa no planteó ninguna excepción ni tampoco se opuso a la incorporación de prueba por lectura, esto implica las declaraciones testimoniales tanto de la víctima del abuso sexual simple, como del esposo de ella quien tuvo un altercado con el agresor, no adherimos a los votos de la Dra. Llerena y Bruzzone, toda vez que consideramos que se tuvo por acreditado la verosimilitud del relato de la querellante en cuanto se produjeron los actos de tocamiento en senos y glúteos mientras agresor y víctima se encontraban en el ascensor.

²⁷ CNCCC, Sala II. Causa n° 38194/2013. Sentencia del 18/06/2015. (Votantes Dres. Sabarrayrouse y Morin).

²⁸ Kamada, L.E. (Agosto, 2012). *Fallo Comentado: Cámara de Acusación de Salta, sala I ~ 2012-02-09 ~ Flores, Isidro y Vázquez, Víctor s/ delito de abuso sexual con acceso carnal*. Obtenido de: https://www.justiciajujuy.gov.ar/escuela-de-capacitacion/images/Doctrina_Local/TESTIGO_UNICO_EN_PROCESO_PENAL_-_Luis_E_Kamada.pdf

III.- Conclusión

A modo de corolario, consideramos que sin incurrir en una afectación a las garantías de defensa en juicio del imputado, es necesario que los jueces a la hora de dictar sentencia en los juicios respecto de delitos contra la integridad sexual, aplicando las reglas de la sana crítica, valoren la prueba de un modo amplio como ya ha estado haciendo una gran parte de la jurisprudencia.

En la sentencia de la CNCCC analizada previamente pareciera que se le otorgó una especie de valor tasado al testimonio de la víctima, resultando insuficiente para confirmar la condena, dejando de lado las pericias psicológicas que dijeron que no se trataba de una persona fabuladora y que era creíble en cuanto al relato que manifestaba, también declaró el esposo de la querellante, que fue la primera persona que vio salir a la víctima del ascensor y escuchar que ella manifestó que el agresor la había toqueteado. Es decir hubo otros elementos probatorios que los jueces no consideraron suficiente para alcanzar la certeza requerida en esta instancia.

Si bien la CNCCC ha sostenido en numerosas ocasiones que la ley no impone normas generales para comprobar los hechos ni se fija el valor en abstracto de cada prueba, sino que se debe admitir la prueba que sea útil y conducente²⁹ lamentablemente en este caso no fue así, y sólo se le dio preminencia al delito de amenazas, que ya el juez Yacobucci en el juicio oral había puesto de relieve que no compartía la imputación al respecto. El CPPN se rige por la libertad probatoria según las reglas de la sana crítica, con lo cual no se puede exigir la pluralidad de testigos; lo relevante es la adecuación y fuerza de convicción de la prueba presentada.

Asimismo, la CNCCC admite la validez de condenas fundadas en el testimonio de la víctima como única prueba testimonial directa en tanto su peso probatorio no puede ser de antemano tildado de suficiente o de inválido como si el proceso se rigiera por un modelo de prueba legal y/o tasada³⁰.

Tal es así que el propio Código Procesal Penal de la Nación se rige por la libertad de apreciación de la prueba conforme la sana crítica (arts. 206 y 398, segundo párrafo, CPPN), por lo que allí tampoco hay regla alguna que imponga un

²⁹ (Ver voto de Dias en Maza, Sala II; ver voto de Mahiques en Rolón, Sala III).

³⁰ (Ver voto de Bruzzone en Ruiz Díaz Cañete, Sala I; ver voto de Rimondi en Carabajal, Sala I).

modo determinado de probar los hechos de la acusación, ni un número mínimo de elementos de prueba. Por lo tanto consideramos erróneo la manera en la que fallaron lxs jueces que ya mencionamos toda vez que no se requiere ni un número de pruebas en general ni número de declaraciones testimoniales en particular. Asimismo, cabe remarcar que aquí se dio el supuesto de testigo único directo, ya que hubo más testimoniales pero son indirectas respecto del hecho de abuso sexual simple y directas respecto del delito de amenazas.

En conclusión, la amplitud probatoria en los delitos contra la integridad sexual no implica modificar el estándar de prueba que rige para todos los casos penales, sino de extremar las medidas para realizar una investigación completa y profunda que comprenda una valoración integral de todos los elementos probatorios, sin incurrir en arbitrariedades hacia el relato brindado por la víctima, tildándolo de insuficiente, breve, cuando lo fundamental fue manifestado.

Consideramos que si bien, hay un gran avance en la perspectiva de género en las sentencias de la CNCCC, así como también hay una vasta cantidad de fallos que resultan positivos porque se estuvo a la amplitud probatoria sin menoscabar los derechos del imputado, aún existen bastantes casos como el presente, particularmente en el abuso sexual simple contenido en el artículo 119 primer párrafo. Es un delito que salvo determinadas excepciones, no produce prueba física sobre la víctima como sí suele pasar en los casos de abuso sexual gravemente ultrajante o mayoritariamente con acceso carnal. Esto implica que las pericias que se pueden realizar son las psicológicas y psiquiátricas, que a su vez pueden no demostrar un grado de perturbación muy alto, pero ello no necesariamente debe implicar que el abuso sexual no se produjo. Todas las víctimas reaccionan de diferente manera a este tipo de vulneración a su libertad sexual, a la libre disponibilidad de su cuerpo.

Consideramos que resultaría útil realizar cursos de capacitación para que lxs jueces a la hora de resolver en la instancia en la cual se desempeñen, en este tipo de delitos en particular que conllevan una dificultad probatoria, y siempre generan una revictimización por parte de la víctima que debe ser sometida a pericias físicas, psicológicas y psiquiátricas, a interrogatorios muchas veces de su vida personal, el contexto, a los fines de poder, lo hagan atendiendo a la regla de amplitud probatoria, y otorgándole el valor que corresponde al testimonio de la víctima, ya que como mencionamos reiteradamente, muchas veces es el único que hay. Sin perjuicio de que es obligación del Estado prevenir estos delitos, y en el caso de que

no se produzca una investigación o un juicio atendiendo a ello, puede incurrir en responsabilidad internacional.