



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

En la ciudad de La Plata, sede del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Jueces integrantes de la Sala Segunda, doctor Fernando Luís María Mancini y doctora María Florencia Budiño, para resolver la presente causa **126.218**, caratulada **“P. J. A. S/ RECURSO DE CASACIÓN”**. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debe observarse el orden **MANCINI – BUDIÑO**.

ANTECEDENTES

Llegan los presentes autos a este Tribunal como consecuencia del recurso de casación interpuesto por la señora Defensora Oficial, doctora Lorena del Valle lacono, en favor del imputado J. A. P., respecto del pronunciamiento recaído en la causa N° QL-831-2020 (registro interno N° 6943), del Tribunal en lo Criminal N°1 del Departamento Judicial Quilmes, por el que se condenó al nombrado P. a la pena de trece años de prisión, accesorias legales y costas, por haber sido hallado autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante reiterados, y abuso sexual con acceso carnal mediando abuso intimidatorio de una relación de poder reiterado, ambos agravados por el vínculo y por haber sido cometidos contra una menor de dieciocho años aprovechando la convivencia preexistente, en concurso real. (arts. 55, 119 2do, 3er y 4to párrafo inc. b) y f) del C.P).

Efectuadas las vistas correspondientes, y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada, el doctor **Mancini** dijo:

I. En primer término, la recurrente denunció la violación de los arts. 106, 210 y 373 del CPP, así como la errónea aplicación del art. 119 tercer y cuarto párrafo incs. “b” y “f” del CP. De este modo, se agravió del

mecanismo de valoración probatoria efectuado en el fallo para tener por probado que J. A. P. abusó sexualmente de M.C.C., mediante acceso carnal agravado por el vínculo y por la relación de convivencia preexistente.

Puntualmente, criticó que el *a quo* entendiera que no medió consentimiento por parte de la víctima.

Sobre ese piso de marcha, se quejó de que el tribunal desestimara los dichos del enjuiciado en cuanto reconoció la existencia de relaciones sexuales, pero interpretando que fueron con la anuencia de M.C.C. Luego de aludir a los argumentos proporcionados por el órgano de primera instancia, para así decidir, dijo que los dichos de su asistido no fueron aislados, sino que también fueron avalados por lo expresado por la denunciante M. P.; quien relató cómo tomó conocimiento de estos contactos sexuales y cómo fue el momento en que se resolvió formalizar la denuncia. Trajo a colación que la testigo relató cómo se dio cuenta de lo que pasaba entre sus hermanos, y si bien el tribunal tomó sus dichos como apreciaciones subjetivas, su declaración no fue desvirtuada por otro testimonio.

Trajo a colación que M. P. contó que, al ingresar a la habitación escuchó gemidos, que ante ello salió inmediatamente y que se quedó afuera. Que al cabo de unos minutos salió M.C.C. a quien no vio asustada ni afligida, sino sorprendida. Añadió que fue M. quien contó que tuvo una charla con M.C.C. explicándole que lo que pasaba entre ella y J. no estaba bien. Que la testigo agregó que en el vecindario había comentarios que insinuaban que la niña y el imputado parecían novios.

La recurrente expresó que el relato de la denunciante, entonces, fue coincidente con el del acusado, máxime considerando que M. P. contó que M.C.C. no quería denunciar, pues estaba enamorada y no quería que J. P. fuera preso. Que la testigo trataba de explicarle que no se podía enamorar de su hermano, hasta que finalmente la joven accedió a denunciarlo.

A partir de todo ello, la recurrente dijo que no existió un abuso intimidatorio de parte del acusado y que, en razón de ello, a lo sumo, correspondería recalificar la conducta del acusado en los términos del art. 120 del Código Penal.

En dicho carril argumental, refirió que nos encontramos ante un supuesto de inexperiencia sexual de parte de la víctima de 13 años de edad, quien no expresó una inexistencia de consentimiento, “*sino los encuentros no hubieran sucedido*”. Agregó que los dichos de M.C.C. en Cámara Gesell, parcialmente coincidieron con lo expuesto por J. P., habiendo incorporado en su declaración la existencia de un temor hacia J., al que nunca había hecho referencia.

Dijo que el Tribunal sólo hizo referencia a los dichos de M.C.C. sin considerar el grado de exposición al que se la sometió en el proceso, y a tener ya conocimiento de lo censurable que era tener una relación de esta naturaleza con su hermano, sin hacer una valoración conjunta e integral de toda la prueba producida.

También expresó que una prueba deficiente no puede ser suplida acudiendo a la “perspectiva de género”, sin lesionar el principio *in dubio pro reo*. Que de la lectura del veredicto surge en forma palmaria la falta de una fundamentación razonada y lógica de cuáles elementos de prueba llevaron al sentenciante a construir la certeza sobre la inexistencia de consentimiento de parte de M.C.C. y la configuración de la conducta de abuso sexual agravado, resultando esta ausencia de motivación una afectación de los derechos constitucionales del encausado.

Po todo ello, peticionó la casación del fallo puesto en crisis y que se absuelva a su ahijado procesal, al menos por imperio del art. 1 del CPP o en su caso, se proceda a recalificar el suceso como estupro conforme lo normado en el art 120 segundo párrafo del CP.

Como segundo motivo de agravio denunció el quebrantamiento de los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Cuestionó la pauta agravante vinculada con la existencia de sentencias condenatorias respecto de su asistido, *“toda vez que al momento de imponer la sanción se declaró a J. A. P. reincidente por segunda vez, existiendo así una doble valoración de los pronunciamientos impuestos a mi asistido, tanto para la declaración de reincidencia y como pauta agravante, solicitando por ello la obliteración del mismo”*.

Agregó que, pese a la ponderación de una circunstancia agravante y de una atenuante, los miembros del Tribunal no dieron una razonada explicación del monto de pena impuesto, considerablemente superior al monto mínimo legal previsto para los delitos por los que fue condenado.

Por todo ello, peticionó que se modifique el monto de sanción impuesto al mínimo legal previsto en la escala penal de aplicación al caso.

Finalmente, dejó planteada la reserva del caso federal.

II. En oportunidad de contestar el traslado que le fuera conferido, el doctor Nicolás Agustín Blanco, Defensor Oficial Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, desistió de la celebración de la audiencia del art. 458 del CPP, y acompañó la presentación impugnativa efectuada por su colega de primera instancia, peticionando en idéntico sentido.

Por su parte, la Dra. Daniela Bersi, Fiscal Adjunta ante esta instancia revisora, peticionó el rechazo de la impugnación deducida por la contraparte en favor del imputado J. A. P., al no verificarse las infracciones legales denunciadas en el escrito recursivo.

III. Debe rechazarse íntegramente el recurso de casación, de conformidad con el criterio promocionado por el Ministerio Público Fiscal.

En lo que aquí interesa destacar, el *a quo* tuvo por probados los siguientes hechos:

“Durante el mes de diciembre de 2018, un sujeto masculino mayor de edad, abusó sexualmente de su hermana menor de 12 años de edad, [M.C.C.], con quien convivía, junto a otros hermanos, en el domicilio de la

... de la localidad de Quilmes, donde la niña había ido a vivir luego de permanecer seis años en diversos hogares de niños.

Dichos abusos consistieron en tocamientos que realizó el acusado hacia las partes íntimas de la menor, en la vagina, cola y senos, por encima y por debajo de las prendas de vestir, colocándole el pene en la boca, siendo que los mismos se produjeron en circunstancias en que la niña intentaba apartarse del agresor y él la tomaba, ocurriendo tanto en la casa como en la casilla existente en el terreno, cuando la víctima se encontraba durmiendo, por las noches.

Asimismo, el día ..., cuando [M.C.C.] cumplió los 13 años de edad, fue abusada sexualmente por el mismo sujeto masculino, su hermano de por entonces 26 años de edad, quien le infundía temor por ser mayor y por haber estado detenido con anterioridad, quien la penetró vaginalmente con el pene, reiterándose dicha modalidad de abusos en los mismos lugares donde cometiera los anteriores, esto es, en la casa y en la casilla donde convivían, en la ... de la localidad y partido de Quilmes, por las noches, cuando el grupo familiar dormía”.

El tribunal sentenciante, tuvo por acreditados tales extremos, principalmente a partir de la declaración de M.C.C., quien narró detalladamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos.

En lo que resulta más trascendente mencionar (pues a su contenido más extenso volcado en el fallo cabe remitirse en homenaje a la brevedad), M.C.C. contó que su hermano J. la había comenzado a tocar con sus manos en las partes íntimas, la cola, “*las tetas*”, siendo que, al principio, lo hacía por encima de la ropa. Que luego “*se fue yendo más abajo de la ropa*”, por debajo de ésta. Dijo que eso había ocurrido durante un tiempo y que el día de su cumpleaños de trece años, J. la había penetrado (dijo: “*me metió sus partes íntimas en la vagina*”), lo que posteriormente siguió sucediendo varias veces, durante el transcurso de tres meses -su

cumpleaños había sido en enero, y ello siguió ocurriendo hasta el mes de marzo-.

Detalló que, al principio se hacía la dormida, pero que *“él me corría, hasta que pasó eso en mi cumpleaños”*. Fue específica en aclarar que ella intentaba *“correrse”*, pero que él la *“agarraba”* igual, la daba vuelta y *“metía sus partes íntimas”* en su vagina y que, a veces, también metía sus partes íntimas en su boca. Explicó que, al principio, no encontraba la manera de decirle a su hermana lo que ocurría, y que le daba miedo porque él era más grande que ella, y le decía que no dijera nada. *“Me sentía triste, no sabía que estaba pasando”*. Aclaró que la situación le generaba miedo, *“a que si yo decía algo se vuelva loco, porque él había salido de la cárcel, yo no lo conocía. Me daba miedo que no me creyeran, porque no me conocían mucho a mí, yo salí del hogar a fines del 2018”*.

Los jueces señalaron que dicho testimonio los había impresionado *“sumamente creíble y sólido”*. Que no habían encontrado motivos, ni habían sido ensayados, para suponer que M.C.C. acusara falsamente a su hermano, o tuviese interés en perjudicarlo deliberadamente.

Más allá de ello, en el pronunciamiento se invocaron otros elementos que fueron de la mano con la versión de la niña que, tal como se profundizará más adelante, no relató una situación donde hubiera mediado un consentimiento válido para tener relaciones sexuales con el imputado.

Importante resultó lo informado por la licenciada en psicología, Adriana Sanguinetti, perito oficial, en cuanto evaluó si el relato de M.C.C. era satisfactorio para la investigación, concluyendo que sí lo era. La profesional constató que su vocabulario era acorde a su edad, claro, preciso, monocorde, con muchas dificultades de expresión verbal, pero podía interpretarse. Dijo que la niña no demostró tener ideación delirante, aclarando que tenía mucha angustia e inhibición. Que M.C.C. dio cuenta de distintos momentos padecidos en orden a los hechos investigados.

Aclaró que no hubo contradicciones en su relato, el cual fue genuino y coherente. Dijo que, cuando aparecía la angustia, lograba saltar ese

momento y podía continuar con su relato. Que mostraba inhibición y vergüenza acerca de las vivencias de las cuales se le dificultaba su expresión.

Refirió también que se observaron insuficientes recursos defensivos, debido a su posición de indefensión, dificultando las relaciones interpersonales, su autoestima y motivación. Que en las entrevistas con M.C.C. no hubo cambios, que en ningún momento se contradijo, haciendo referencia a los hechos ventilados en esta causa, de contenido sexual y que se fueron haciendo más complejos en el tiempo.

El examen victimológico suscripto por la licenciada Adriana Sanguinetti, de fs. 22/23 vta., dio cuenta de que la menor se presentó a la entrevista con una actitud de introversión, timidez y un tanto atemorizada, no obstante lo cual logró dar cuenta de las circunstancias, el modo, y las actitudes relacionadas a los hechos denunciados, cuyos detalles expresó con angustia y con cambios en el tono de voz, ruborizándose. Que M.C.C. le confió que sostuvo el silencio por temor, y que el imputado le habría dicho que era un secreto. Que observó en la niña sentimientos "*de soledad, tristeza y apatía*"; y que le generó angustia relatar los hechos investigados.

Tal como tuvo presente el tribunal sentenciante, emergió entonces de la intervención de la Lic. Sanguinetti, que M.C.C. dio un relato coherente, lógico y genuino de lo sucedido, advirtiendo en ella angustia e inhibición, una imposibilidad de teatralizar, todo ello como consecuencia de situaciones traumáticas vividas de contenido sexual que se fueron acrecentando a lo largo del tiempo en que tuvieron lugar.

Asimismo, se valoró el examen médico realizado a la víctima por el Dr. Pablo Estanislao Larumbe, que corroboró sus dichos, suscribiendo que a nivel ginecológico presentaba himen desgarrado de antigua data con desgarró en hora 3 y 6 a 9, resultando ello compatible con el relato de los hechos realizados por la niña (más allá de no esclarecer el punto ahora debatido, la existencia o no de consentimiento).

También se consideraron los dichos vertidos en el juicio por la denunciante y hermana de la víctima y del imputado, M. R. P., aunque con los alcances que más tarde se detallarán.

En lo que interesa remarcar aquí, la nombrada contó que una noche había llegado a su casa, que entró y la luz estaba apagada. Que vio a M.C.C. y a su hermano J. manteniendo relaciones sexuales. Dijo que retrocedió por haber quedado impactada con ese cuadro situacional y que no pudo reaccionar. Que, luego, M.C.C. salió de la habitación, *“como si nada estuviera sucediendo, tomó un vaso de agua y se acostó nuevamente”*. La testigo le dijo a la niña *“que las cosas no eran así, que lo sucedido no estaba bien y que había que denunciar a J.”*, agregando que *“le di tiempo a ella, y cuando quiso hacerlo, fuimos y la hicimos”*. Relató que, luego de lo sucedido, J. se fue de la casa, por lo que ella y sus hermanos pudieron regresar. Agregó que en el vecindario había comentarios, que decían que M.C.C. y J. (P.) *“parecían novios”*. Que la menor no quería denunciarlo porque, a entender de la dicente, *“estaba enamorada”*, y decía que no quería que J. fuera preso, que si eso pasaba ella se iba a morir. Que, en tanto, la declarante trataba de explicarle que no podía enamorarse de su hermano, que *“se podían amar como hermanos, pero no como pareja”*. Que, pasado un tiempo, M.C.C. le dio la razón y le pidió ir a hacer la denuncia. A preguntas de la defensa dijo que cuando vio lo que pasaba entre sus hermanos, salió de la habitación sorprendida, que su hermana no manifestó nada, solo se mostró asustada, pero no la había visto afligida.

Continuó reseñando que, al día siguiente, fue con sus hermanos menores a la casa de su madre, donde mantuvo un diálogo con su hermana, quien con total *“naturalidad”*, le contó que el día en que cumplió los 13 años, *“había bebido alcohol con J. y que allí el mismo la penetró vaginalmente”*. Que, luego, M.C.C. comenzó a contarle otras situaciones con J., tales como que aquél le había hecho practicar sexo oral, y que habrían sido varios los encuentros, y que nunca había tenido antes relaciones sexuales. Expuso, además, que había podido leer conversaciones, a través de la red social

Faceboock, entre el encartado y la niña, donde él mismo le pedía que dijera que todo había comenzado con el consentimiento de ambos, que era muy importante y que, si declaraba, no dijera que la primera vez estaba borracha, porque sino quedaría preso

Ahora bien, la defensa intenta hacer pie en el relato de esta testigo, ya que corroboraría la versión del acusado en cuanto no negó el intercambio sexual con la menor, pero dijo que en todo momento creyó que era con su consentimiento.

Sin embargo, a la hora de efectuar una valoración de los dichos de M. P., si bien los jueces no interpretaron que se hubiera expresado con mendacidad, de todos modos señalaron que algunas de sus manifestaciones sólo habían consistido en *“apreciaciones subjetivas a partir de conductas de la víctima, esto es, que bebió un vaso de agua, o que no dijera nada, o demorara un tiempo en querer realizar la denuncia”*. Sin embargo, tales apreciaciones de la testigo (en opinión que comparto), no fueron suficientes para desmentir a la menor en cuanto relató situaciones que lejos estuvieron de mostrar el haber prestado un consentimiento válido para mantener relaciones sexuales con su hermano.

Adviértase que M.C.C. indicó que, cuando comenzaran los acercamientos, ella se corría de la cama, pero su hermano la “agarraba”, además de generarle temor por ser mayor y por haber estado preso.

Incluso de los propios dichos de la testigo M. P. surge que la primera vez que hubo penetración (el día de su cumpleaños de trece) la menor había consumido alcohol con el acusado, quien le había pedido que no dijera que la primera vez había estado borracha.

Nótese que interpretar algo distinto con respecto a la ausencia de consentimiento afirmada en el fallo, no solo colisionaría con el propio relato de la menor, que resultó confiable (Art. 209 del CPP), sino también con los síntomas que las situaciones abusivas traumáticas dejaron en ella, suficientemente explicadas por la perito Licenciada Sanguinetti.

Ya por fuera de ello, en cuanto a la inexistencia de un consentimiento válido en el caso, no pueden quedar fuera de este análisis otras circunstancias sumamente relevantes para la dilucidación del punto bajo escrutinio.

Previo a que exista acceso carnal (ocurrido por primera vez el día que la niña cumplió trece años de edad, el ,,), ya había sido abusada sexualmente por el imputado, aunque con un nivel de menor gravedad (si se quiere), pues no había mediado penetración. Pero es innegable (siendo un punto que ni siquiera viene cuestionado en el recurso), que a los doce años de M.C.C. el acusado había procedido, en reiteradas oportunidades, a efectuarle tocamientos en sus partes íntimas (vagina y pechos) por arriba y por debajo de sus prendas de vestir. Tales episodios, según se tuvo acreditado y no fue cuestionado, fueron escalando en intensidad y fueron calificados como abuso sexual gravemente ultrajante, siendo imposible entonces, en ese lapso, que pudiera existir consentimiento legalmente válido, en razón de la edad que presentaba M.C.C. (conf. Art. 119 -primer y segundo párr.- del CP).

Otro punto relevante para considerar, en este caso, se trata de las múltiples vulnerabilidades presentadas por M.C.C., en cuanto también repercuten, indudablemente, en sus posibilidades reales de hallarse en condiciones de prestar un consentimiento válido. Se advierte en tal sentido que, más allá de haber cumplido trece años, se trataba de una víctima de género femenino, niña, con una difícil historia de vida que incluyó el haber vivido en un hogar de niños, por encontrarse su madre en situación de calle.

También resulta un punto a destacar la notable la diferencia de edad entre ella y el inculpado (se llevaban alrededor de once años), que se trataba nada menos que de su hermano a quien había conocido recientemente por haber estado preso, y ella en el mentado hogar de niños.

Ninguno de esos aspectos que hacen al contexto en que los episodios delictivos tuvieron lugar, viene puntualmente controvertido por la defensa.

A partir de todo ello, y considerando el lugar y tiempo de ocurrencia de los sucesos, cuando comenzaron a ocurrir los abusos con acceso carnal, no podría señalarse que la voluntad de la niña de no estuviera, como mínimo, fuertemente condicionada (amén, claro está, de que tampoco afirmó en su declaración haber consentido las relaciones sexuales con penetración).

Remarco tales aspectos pues no pueden quedar a un costado a la hora de evaluar si la menor estaba -en dicha coyuntura- siquiera en condiciones de prestar un consentimiento válido para mantener relaciones sexuales con quien ya venía abusándola sexualmente a una edad en que la existencia del consentimiento es legalmente imposible (se trata de una presunción *iure et de iure*, de conformidad con los términos en que está redactado el art. 119 del CP). Además, tampoco puede obviarse el fuerte condicionamiento sobre su libertad sexual, al tratarse el agresor de su hermano, hombre mucho mayor que la víctima y conviviente, todo lo cual (sumado a otros factores que ya han sido expuestos y otros adicionales como su condición de ex presidiario que infundía temor en la joven, según ella misma contó), atentaba manifiestamente contra la posibilidad sobre la que infructuosamente intenta hacer pie la recurrente. Y todo ello, en el caso del primer contacto sexual con penetración, eventualmente agravado por una situación en la que -conforme emerge de la declaración de la denunciante- pudo haber mediado el consumo de alcohol por parte de la niña, a punto tal que el acusado llegara a considerarla en estado de embriaguez.

Ahora bien, las aclaraciones efectuadas en los párrafos precedentes, ni siquiera resultarían necesarias si se repara en que la víctima fue clara en indicar situaciones en las que fue “tomada” por el agresor, que sintió miedo y que todo lo vivido le trajo secuelas evidentes (suficientemente detalladas por la perito oficial). De su relato no ha surgido ni remotamente cercana una situación que pudiera entenderse como de vinculación sexual consentida válidamente. Debe recordarse que, entre otras manifestaciones, M.C.C. dijo que ella intentaba “*correrse*”, pero que él la “*agarraba*” igual, que “*la daba vuelta*” y “*metía sus partes íntimas*” en la vagina y, que a veces, también

metía sus partes íntimas en la boca. También relató el temor que la figura del agresor le causaba, al decir que él le daba miedo porque era más grande que ella –J. P. tenía 26 años en la época de los hechos y M.C.C. 12 años, cuando comenzaron los abusos-, y le decía que no dijera nada. La niña dijo: *“Me sentía triste, no sabía que estaba pasando”*. Aclaró que la situación le generaba miedo a *“que si yo decía algo se vuelva loco, él había salido de la cárcel, yo no lo conocía. Me daba miedo que no me creyeran, porque no me conocían mucho a mí, yo salí del hogar a fines del 2018”*.

Además, bien tuvo en cuenta el sentenciante que la reiteración de los hechos de naturaleza sexual (que agregó, venían escalando desde antes de cumplir los trece años, más allá de que en dicho momento M.C.C. todavía no hubiera sido penetrada con su miembro viril por el acusado) y el contexto en el cual se evidenciaron (mientras la familia y la víctima descansaban en la noche), fueron demostrativos *“del estado de sometimiento de la menor por parte de su hermano mayor, respecto del cual aquélla poseía temor a que se volviera ‘loco’, porque había estado preso”*.

Frente a ese panorama, decaen las excusas ensayadas por el imputado y su defensa en cuanto intentan ampararse en que M.C.C. nunca opuso resistencia y que el inculcado entonces no pudo advertir una eventual ausencia de consentimiento de su parte.

A partir de la articulación de ese tipo de alegaciones, no sobra recordar que no han sido infrecuentes, históricamente, errores de interpretación a la hora de reconocer a una mujer como víctima de una agresión sexual, por ausencia de consentimiento válido.

En efecto, el tema del consentimiento ha tenido una evolución tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, conforme la cual paulatinamente se fueron abandonando ciertas ideas equivocadas en las que, a grandes rasgos y casi exageradamente, se sostenía que si la mujer decía que “no” de un modo no demasiado enérgico o reiterado, en realidad estaba diciendo que “sí”; que si estaba dentro de un vínculo amoroso con un hombre (máxime

mediando matrimonio, donde estaba normalizada la posibilidad de tolerar violencia física y sexual sobre la mujer) o si alguna vez ya había aceptado el intercambio sexual con él, entonces necesariamente se infería que el consentimiento seguía en pie en ocasiones venideras.

Como consecuencia de esta postura, era usual exigir determinado nivel de prueba de que había mediado el uso de violencia física, resultando central el hallazgo de lesiones, que dieran cuenta de que la mujer había “luchado” para oponerse al intercambio sexual propiciado por el hombre. En este contexto, también resultaban útiles (aunque con algún nivel menor de relevancia), otros indicadores como que hubieran existido por parte de la víctima gritos desesperados, llantos, pedidos de auxilio, prendas de vestir rotas, etc. En definitiva, había que probar por parte de la mujer, para considerar que había existido un abuso sexual, una resistencia fuerte, constante y no abandonada durante todo el hecho.

Lo que en realidad escondía esta situación, era una práctica consuetudinaria de discriminación hacia la mujer, donde más de las veces, el consentimiento para mantener relaciones sexuales, se presumía directamente. En efecto, ello estaba enraizado en creencias y usos sociales mediante los cuales, básicamente, se descargaba sobre ella la responsabilidad de frenar los avances sexuales masculinos, naturalizados culturalmente y entendidos como fenómenos casi inevitables. Si bien tal presunción de hecho (que nunca tuvo consagración legal) con respecto al consentimiento femenino se revertía en la jurisprudencia con prueba en contrario, justamente repercutía en esta inadecuada necesidad de poner en evidencia la existencia de señales de combate casi aguerrido por parte de la mujer, para preservar su indemnidad y libertad sexual. Visto desde otro ángulo, cuando tales señales de oposición enérgica no estaban presentes, generalmente se terminaba descartando la existencia de un abuso sexual, como tal.

En resumen, ese fenómeno es el que más estuvo presente a lo largo de nuestra historia social y penal, y resulta claro que, si bien puede ya no

presentarse en su versión más extrema con asiduidad, todavía quedan resabios que muchas veces ni siquiera se advierten, pero que no por eso hay que dejar de repensar para poder sortear.

En tal entendimiento, se advierte un proceso de evolución dentro del cual se empieza a analizar el consentimiento como una circunstancia dinámica que puede ir variando, inclusive, dentro del marco de una relación sexual consentida, donde los involucrados tienen derecho a decidir, sobre la marcha, el “cómo”, el “hasta cuándo”, etc.

Por ello, dentro de esa línea de avance, no puede soslayarse la situación histórica de discriminación estructural por razones de género, que condujo a un entendimiento viciado del consentimiento a lo largo de muchos años, que ha dejado afuera abusos sexuales producto de relaciones marcadas por asimetrías de poder, en diferentes ámbitos (como el familiar, laboral, escolar, institucional, entre otros), donde probablemente pudiera no mediar violencia física y donde ni siquiera la víctima se negara de manera explícita, pero simplemente por no encontrarse en condiciones reales de hacerlo.

Tales situaciones no han sido infrecuentes, ya sea por temor a padecer otro tipo de consecuencias, justamente en razón de estas relaciones desiguales de poder (con familiares, profesores, líderes religiosos, jefes, etc.), por haber sido dinamitada su autodeterminación por el ejercicio de violencia psicológica, económica, etc.; o por tener una incapacidad para entender y dimensionar la violencia sexual como tal (casos de menores, personas con padecimientos de salud mental, en estado de inconciencia, etc.). Claramente, el abordaje de los delitos sexuales desde aquella perspectiva perimida, tampoco es apto para resolver satisfactoriamente otros casos, como cuando -por ejemplo- la víctima es presa de terror, congelamiento o cualquier otro supuesto en que simplemente no está en condiciones de resistir el avance sexual del autor.

No se trata solamente de consentir o no, sino fundamentalmente de la posibilidad de hacerlo.

Existe una variedad de casos que pueden presentarse en la realidad, en las relaciones asimétricas de poder, en las cuales varias veces también se entrecruzan diversas vulnerabilidades (como género, infancia, padecimientos de salud mental, institucionalización de la víctima, necesidades económicas, etc.) que empeoran aún más la posibilidad de resistir las embestidas sexuales. No corresponde extenderse aquí en demasía al respecto, resultando útil esta ejemplificación al mero efecto de evidenciar la necesidad de atender muy especialmente a la coyuntura puntual de cada caso particular, a fin de analizar si existió o no consentimiento válido, esto es si la persona estuvo en condiciones reales de consentir libremente el intercambio sexual en el que estuvo involucrada.

Cabe aclarar, que tampoco puede compartirse la queja genérica de la recurrente, en torno a la aplicación de perspectiva de género al caso concreto, como si ello tornara estéril la presunción de inocencia y, paralelamente, cancelara las restantes facultades y garantías puestas en cabeza del imputado.

No viene corroborado en la realidad que el desarrollo del proceso ni los términos en los que fue elaborada la sentencia atentaran contra el debido proceso, el derecho de defensa en juicio, el principio de inocencia, ni ningún otro derecho o garantía que amparara al acusado, pues la conducta enjuiciada fue acreditada mediante un mecanismo de evaluación probatoria y justificativo que no muestra fisuras constitucionales, legales ni de orden lógico. Esto quedó expuesto en el desarrollo previo referido al mérito de la prueba.

No sobra recordar a esta altura que la posición esbozada por el *a quo*, referida a su decisión de juzgar con perspectiva de género, además, encuentra cobijo en la más alta jurisprudencia provincial, cuando la SCJBA (en causa P. 134.373-Q, caratulada: "F., M. G. y O., J. P. s/ Queja en causa N° 95.425 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV", de fecha 12/5/2021) estableció que "*...El juzgar con perspectiva de género propende a garantizar el ejercicio de los derechos de las mujeres, la igualdad de género y una*

tutela judicial efectiva, evitando la reproducción de estereotipos que dan por supuesto el modo en que deben comportarse las personas en función de su sexo o género, sin perder de vista que el principio de amplia libertad probatoria que debe regir en estos procedimientos -arts. 16.1 y 31 de la ley 26.485- 24 no implica una flexibilización de los estándares probatorios...”.

Además, la necesidad de aplicar perspectiva de género (y de infancia), aparece todavía más explícita en casos como el presente, en que la eventual víctima presenta un cúmulo de vulnerabilidades y, particularmente, encontrándose en el límite inferior de edad para poder consentir intercambio sexual con un adulto.

Cobran aquí una importancia determinante las contingencias previamente apuntadas que refieren a las características concretas de la víctima, del autor, del vínculo que los unía, así como el lugar y contexto en el que se dieron las relaciones sexuales. Reitero que en este caso concreto, toda esa coyuntura de extrema vulnerabilidad para la niña, y asimetría de poder respecto del acusado, se vio innegablemente acrecentada a partir de la circunstancia de que el enjuiciado ya venía abusando sexualmente de ella, antes de que cumpliera los trece años de edad previstos en la ley penal como límite inferior para prestar un consentimiento válido.

De este modo, poca relevancia tienen determinadas contingencias invocadas por la defensora, cuando alude a que en el barrio se decía que parecían novios, o que la víctima pudo haberse sentido enamorada -según la simple impresión que tuvo su hermana-, etc. El contexto del caso, sobradamente expuesto en el fallo de primera instancia y vuelto a analizar en este pronunciamiento, no muestra un ambiente en el cual la joven pudiera ejercer libremente su sexualidad con el inculpado, sin fuertes condicionamientos que, casi inexorablemente, le permitieran conducirse de un modo palmariamente diverso.

Como dije, operaron aquí diversos factores como la marcada diferencia de edad; la relación de preeminencia del autor al tratarse de su hermano varón mayor conviviente; lugar y tiempo de los hechos,

mayormente perpetrados de noche, cuando todos dormían en el domicilio familiar; sentimientos de vergüenza y/o miedo padecidos por la niña; historia de abuso inmediatamente anterior por parte del acusado, cuando ella era menor de trece años y había sido expuesta a diferentes sometimientos sexuales de su parte que habían ido escalando en gravedad; pedidos de parte del autor para que guardara silencio, abordaje y penetración de la joven, aun cuando ella intentaba “correrse”, etc., todo lo cual, por fuera de la eventual ausencia de violencia física que dejara lesiones en el cuerpo de la víctima, o aun soslayando una falta de negativa explícita de su parte (invocada en la impugnación), ubica a las relaciones sexuales con acceso carnal acaecidas, en la tipicidad consagrada en el art. 119 del CP -3er y 4to párrafo inc. b) y f)-, por no haber mediado consentimiento válido de parte de M.C.C.

En definitiva, en la tarea central de dilucidar si la joven se encontró posibilitada para consentir libre y voluntariamente los intercambios sexuales con acceso carnal que experimentó con el encartado, el análisis previo muestra una respuesta negativa al interrogante, en la cual, por fuera su relato más que elocuente al respecto, se encontraría subsistente un vicio en el consentimiento, originado por la historia de abuso inmediatamente anterior a que alcanzara el piso legal etario para aceptar esta clase de actos, más el ejercicio desigual de poder por parte del sujeto activo y su clara situación de preeminencia ya analizada, todo lo cual no logró ser desvirtuado por la versión del acusado y su defensa, tendiente a naturalizar actos que resultaron indebidos y contrarios a los derechos de la niña. Ello, sin que, por otra parte, sobre puntualizar que la referencia al vocablo “vicio”, empleada para adjetivar al consentimiento, trasciende la mera consideración jurídica y se instala en el escenario ontológico de la recreación fáctica para conceptualizar el dato de la inexistencia.

Por último, todo lo referido en orden a lo que ha dado en llamarse “perspectiva de género” no debe entenderse como un paradigma que desvirtúe el valor de cargo intrínseco que destila cada medio de prueba

conforme los principios de la lógica tradicional, lo cual convierte en un deber inexcusable al análisis puntual de cada caso en concreto, sin que por otro lado pueda prescindirse, claro está, del texto de la norma que, de paso sea dicho, ha sido reformada en puntos centrales a partir de la sanción de la Ley Nro. 25.087, dato éste que no puede extrañarse de la evolución más arriba descripta.

Aclarado todo ello, debe repararse también en que el procedimiento valorativo desarrollado por el tribunal de grado no ha mostrado infracción legal alguna, pues, por el contrario, ha dado cumplimiento a la normativa que rige la cuestión (Art. 1-a contrario-, 106, 209, 210 y 373 del CPP).

En el caso, los fundamentos exhibidos en el pronunciamiento de primera instancia, no sólo encuentran cobijo en los tipos penales aplicados y en el principio de libertad probatoria establecido en el art. 209 del rito, sino que además, adecuadamente, toman en consideración que en este tipo de delitos ocurridos en el marco de vínculos marcados por violencia sistemática contra la mujer, la coyuntura determina una mayor vulnerabilidad para ella que, aunada a la frecuente ocurrencia en el ámbito privado, determina que el eje central de la prueba esté constituido por el relato de la víctima.

Se torna entonces necesario un abordaje particular para esta clase de conflictos -tal como se ha visto-, a fin de evitar un patrón de impunidad sistemática, lo cual, más allá de lo establecido en el art. 209 del CPP, también encuentra anclaje en la propia ley de “Protección Integral de las Mujeres” (Nº 26.485), en tanto establece en su artículo 16, destinado a los “Derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos”, la obligación estatal de garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial, su derecho a ser oídas (art. inc. f), debiendo contar el proceso con *“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”* (inc. i).

Entonces, el relato de la niña y mujer víctima de violencia sexual aun cuando se alce como la única prueba directa de un episodio de esta naturaleza, puede ser válido para formar convicción (Arts. 209 del CPP y 16 inc. i de la ley 26.485), debiendo ser valorado y contextualizado de conformidad con las reglas de la sana crítica (Arts. 210 y 373 del CPP). En dicha tarea, además, adquieren relevancia también otros testimonios o elementos que, si bien pueden ser indirectos o periféricos, resultan importantes para analizar las circunstancias en las que habrían tenido lugar los hechos denunciados y -también- para llevar a cabo un examen crítico que determine la credibilidad, coherencia, verosimilitud, persistencia y falta de mendacidad de la incriminación lanzada por la víctima.

Todo ello ocurrió en el caso, sin que las genéricas críticas contenidas en el recurso logren abatir la solidez argumental del pronunciamiento impugnado.

A partir de allí, debe descartarse no sólo el pedido de absolución del encartado, sino también la solicitud de recalificación como estupro (Art. 120 del CPP), pues el éxito de este aspecto del reclamo dependía de la suerte de tramos argumentales del recurso que ya han sido descartados.

En razón de ello, este primer agravio debe quedar definitivamente desechado (arts. 1 -a contrario-, 106, 209, 210 y 373 del CPP; y 16 inc. "i" de la ley 26.485).

Igual suerte adversa va a correr la queja enderezada contra la determinación de la pena.

En primer término, el agravio se sustenta en cuestionar la agravante vinculada con los antecedentes penales del encartado, entendiendo que se valoró indebidamente dos veces esa circunstancia, pues también fue invocada a los efectos de la declaración del art. 50 del CP.

Pero el planteo no prospera.

En efecto, se trata de dos aspectos distintos del pronunciamiento dictado.

Por un lado la ponderación –como severizante- de la condena anterior

firme registrada por P. sirvió de base para individualizar el reproche conforme los arts. 40 y 41 del C.P., lo cual aparece ajustado a derecho si se tiene en cuenta que resulta una circunstancia validamente mensurable a la luz de esa normativa, por cuanto la insistencia delictual, como circunstancia independiente del anterior delito –independencia que desvanece el argumento que pudiera esgrimirse relativo a la supuesta violación del *ne bis in idem*-, denota un mayor reproche derivado de la mayor peligrosidad evidenciada en el nuevo hecho concreto, sin que deba interpretarse este último concepto conforme los parámetros “peligrosistas” del positivismo jurídico, que resultan inaceptables dentro de nuestro diseño constitucional.

Pero no debe perderse de vista que, además de que esa circunstancia resulta una pauta específicamente mensurable a la luz del art. 41 inc. 2do., que alude expresamente a “...*los demás antecedentes y condiciones personales...*” del inculpado., como quedara dicho arriba, ese antecedente puede ser válidamente tenido en cuenta a fin de declarar reincidente al acusado, pues ello no podría importar una doble valoración prohibida al referirse a distintos aspectos de la pena que en definitiva se impuso.

En efecto, el antecedente (surge del informe del Registro Nacional de Reincidencia, que el imputado fue condenado por el Juzgado en lo Correccional Nro 3 de Quilmes, el 13/12/2017, a la pena de un año y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, declarándolo reincidente por primera vez, pena que quedó firme) fue ponderado válidamente a los efectos de establecer el quantum punitivo por el hecho de la presente causa, con independencia de que al haber sido verificados los presupuestos del art. 50 del C.P. también sirviera de base para la segunda reincidencia del encartado.

Sumado a ello, no debería perderse de vista que la reincidencia constituye un “estado” que se configura de pleno derecho a partir de la verificación de los presupuestos contenidos en el art. 50 del C.P., y sus

efectos jurídicos, con independencia de que uno de los extremos necesarios para su dictado (condena anterior firme) resulte mensurable a fin de determinar la pena.

En función de ello, este instituto ni siquiera depende de la existencia previa de un pronunciamiento formal que la declare. Sumado a ello, no resulta ocioso recordar, como ha sostenido la Sala que integro en diversas oportunidades, que la declaración de reincidencia es sólo paralela y no integrativa de la condena, desde que sólo incide en el modo de ejecución de una pena impuesta y por ello, en tal sentido, no la integra; de manera que no puede considerarse en el caso que se haya conculcado la garantía invocada por la defensa.

Propongo, en consecuencia, el rechazo de este aspecto de la queja.

Tampoco prosperan los restantes cuestionamientos dirigidos contra la pena, por su excesiva generalidad al pretender mostrar una falta de justificación adecuada por parte del a quo a la hora de fundamentar el fallo sobre este punto.

Debe señalarse que, de la lectura del veredicto que, a la hora de fundar la pena, el tribunal de juicio brindó los motivos que sustentaron el monto de sanción escogido y si bien la defensa lo entiende excesivo y le achaca a la decisión falta de fundamentación, por cuanto el órgano de primera instancia no aplicó una pena menor, esta postura es improcedente.

Tengo dicho en reiteradas oportunidades que el apartamiento del mínimo legal de la escala no constituye un supuesto de arbitrariedad, ni siquiera en los casos donde existe ausencia de pautas agravantes y sólo concurren atenuantes (situación que no se verificó en autos). Es que ni aun en este supuesto existe una necesidad legal de imponer el mínimo de pena, ni un monto cercano a él, contemplado para el delito respectivo. Y sin otros aditamentos, tampoco configura la transgresión de la normativa que se denuncia conculcada (Arts. 40 y 41 del CP).

Nótese que la ley sustantiva impone al tribunal de grado, al momento de mensurar la pena aplicable al caso concreto, un límite del cual no puede

excederse. Si se respeta ese tope legal establecido por el legislador penal, la pena dictada resulta legal. Ello es justamente lo que ha ocurrido en autos. Por lo demás, tampoco puede sostenerse que la pena no resultara motivada puesto que la exigencia de motivar las sentencias (art. 106 del C.P.P.), en lo que concierne a la determinación judicial de la pena, requiere que se exprese la circunstancia de haber tenido en cuenta alguno de los criterios de valoración que prevé el art. 41 del Código Penal que, verificado en el caso en concreto, trasciende al juicio sobre la culpabilidad, incidiendo de ese modo en la magnitud de la pena.

Como contrapartida a lo que se ha venido explicando, el agravio expuesto también es insuficiente toda vez que se limita a discrepar con la decisión asumida por el tribunal de mérito en un área que, salvo situaciones de excepción que en el caso no se presentan ni vienen demostradas, es propia de su ámbito de incumbencia y decisión.

Es que, el procedimiento de adaptación de la pena legal al caso concreto es una actividad puesta en cabeza del juez de mérito y se encuentra regulada, en lo fundamental, por los artículos 40 y 41 del Código Penal en función de los cuales los magistrados deberán fijar las penas aplicables dentro de los mínimos y los máximos legales previstos por las diferentes escalas, pero dichos artículos en nada regulan el criterio con que los jueces deben realizar tal actividad.

En efecto, la facultad de imponer pena (monto y especie) con correcta subordinación al encuadre legal del hecho juzgado y con arreglo a las pautas emergentes de los artículos 40 y 41 del C.P., pertenece exclusivamente al tribunal de primera instancia, fundada en apreciaciones de hecho inmodificables, en principio, en sede casatoria, salvo, claro está, demostración suficiente de la configuración del vicio de arbitrariedad, extremo éste que el recurrente no ha evidenciado en su presentación, más allá de su denuncia en ese sentido.

Por todo lo explicado, en el caso no puede decirse que la determinación del monto sancionatorio impuesto al procesado P. fuera inmotivada, pues el *a quo* explicó las razones que fundaban la valoración de las circunstancias merituadas, como se ha visto más arriba, con arreglo a lo normado por los arts. 40 y 41 del C.P.

En efecto, el órgano de primera instancia valoró como agravante los antecedentes condenatorios registrados por el inculpado, y como atenuante “*el arrepentimiento del inculpado, expresado en reiteradas oportunidades durante la audiencia de debate*”; dotando de este modo de fundamentación a la sanción decidida (Art. 106 del CPP y 40 y 41 del CP).

Entonces, a partir de tal faena y en consideración a los límites que emergen de la escala penal aplicable al caso, el tribunal seleccionó la pena impuesta al acusado, brindando una adecuada motivación, con arreglo a lo prescripto por el art. 106 del código ritual.

Así las cosas, este motivo de agravio es improcedente (Arts. 106 del CPP y 40, 41, 45, 50, 55 y 119 párrafos 2º, 3º y 4º incs. “b” y “f” del CP)

En función de todo ello, propongo el rechazo del recurso de casación, sin costas en esta instancia (Arts. 1 -a contrario-, 106, 209, 210, 373, 448, 530 y ccdtes. del CPP; 16 inc. “i” de la ley 26.485; y 40, 41, 45, 50, 55 y 119 párrafos 2º, 3º y 4º incs. “b” y “f” del CP).

Así lo voto.

A la **misma cuestión** planteada, la doctora **Budiño** dijo:

Adhiero al voto del doctor Mancini en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Vista la forma como ha quedado resuelta la cuestión votada en el acuerdo que antecede, corresponde que este Tribunal dicte la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala II del Tribunal

R E S U E L V E:

RECHAZAR, por los fundamentos dados en el tratamiento de la única cuestión planteada, el recurso de casación articulado en favor del imputado J. A. P., respecto del pronunciamiento recaído en la causa N° QL-831-2020 (registro interno N° 6943), del Tribunal en lo Criminal N°1 del Departamento Judicial Quilmes, **sin costas en esta instancia** (Arts. 1 -a contrario-, 106, 209, 210, 373, 448, 530 y ccdtes. del CPP; 16 inc. "i" de la ley 26.485; y 40, 41, 45, 50, 55 y 119 párrafos 2º, 3º y 4º incs. "b" y "f" del CP).

Regístrese, notifíquese y encomiéndose al Servicio Penitenciario la notificación personal del imputado, con entrega de copia íntegra de la presente. Una vez agotado ese cometido, se solicita que dichas diligencias sean remitidas a esta Alzada. Oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

MCF

IPP 1300-7572-19

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 05/06/2024 14:11:23 - MANCINI HEBECA Fernando Luis María - JUEZ

Funcionario Firmante: 05/06/2024 14:13:02 - BUDIÑO María Florencia - JUEZ

Funcionario Firmante: 05/06/2024 14:13:38 - FERRETTI Maria Carolina - SECRETARIO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL



238401229003572922

TRIBUNAL DE CASACION PENAL SALA II - LA PLATA
NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS