

LÍMITES A LA PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO
EN EL DELITO DE VIOLACIÓN

Julieta Di Corleto*

“El derecho participa en la configuración del estereotipo 'mujer', y es a partir de ese estereotipo, que las reglas jurídicas reconocen o niegan 'derechos' a las mujeres de carne y hueso”¹.

I. Introducción

La indagación sobre el comportamiento sexual de las víctimas de violación² no es una extravagancia en el marco de los procesos penales seguidos en la Argentina. La legislación vigente en nuestro país hasta 1998 —que contenía un fuerte mandato para que las mujeres se mantuvieran “honestas”³ —, daba lugar a interpretaciones que consideraban que la pesquisa sobre la moralidad de las víctimas podía tener relevancia para la determinación de la pena a aplicar⁴.

Agradezco a Laura Mazzaferri, Gustavo Garibaldi y Leonardo Pitlevnik sus comentarios a este trabajo. A Nuria Piñol le agradezco sus observaciones a una versión previa de este trabajo y sus sugerencias bibliográficas.

¹ Alicia E.C. Ruiz, “De las mujeres y el derecho”, en “Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho”, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UBA, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 119.

² A los efectos de esta nota se utilizarán indistintamente los términos “violación”, “agresión sexual”, y “violencia sexual”.

³ Esta nota hará referencia sólo a las violaciones cometidas por hombres a mujeres ya que son éstas las que predominan. Hercovich sostiene que sólo el 5% de las violaciones son cometidas contra varones. Cf. Inés Hercovich, “Aporías”, publicado en www.derechopenal.com.ar. Las estadísticas de la Dirección Nacional de Política Criminal indican que para el año 2004, la totalidad de las denuncias por ofensas sexuales fueron realizadas por mujeres, consultar <http://www.polcrim.jus.gov.ar/>

⁴ Ésta parecía ser la idea de Rodolfo Moreno (h) para quien: “Nuestro código no establece diferencias de penalidad para el delito, derivadas de la honestidad de la víctima. La ley castiga la infracción en sí y el ataque a la integridad física que todos tienen el derecho de defender; y como se consigna una pena de límites amplios podrá, en cada caso, aplicarse la que corresponda, según sus características”. Cf. Rodolfo Moreno (h), “El Código Penal y sus antecedentes”, Tomo IV, H.A. Tomás Editor, Buenos Aires, 1923, p. 403.

Previo a la reforma, refiriéndose a los delitos contra la honestidad, la doctrina clásica había establecido que “la protección se discierne a la fidelidad, reserva y normalidad sexuales de los individuos y a la decencia sexual pública”⁵. Por su parte, la jurisprudencia reafirmaba y reforzaba los principios de la regulación vigente. Así, por ejemplo, la Cámara Nacional de Casación Penal había dicho que en los delitos contra la honestidad, la referencia a la mujer honesta aludía a “su comportamiento y recato sexuales”, y que en la violación se lesionaba la “honestidad como forma de pudor social”⁶. La Cámara Penal del Tucumán explicaba que “la deshonestidad está determinada en la mujer en cuanto no tiene una conducta adecuada a esa virtud” y por ello tenía en cuenta “modalidades de vida, trato con el sexo opuesto [y] frecuentación de dudosa moralidad”⁷. Por su parte, la Cámara del Crimen llegó a dar por probada la ausencia de consentimiento en razón de que la víctima no era una “prostituta, ramera o ninfómana”⁸.

La actual regulación de la violencia sexual, al menos por la definición del bien jurídico protegido⁹, debería evitar la indagación sobre el comportamiento sexual de las víctimas. Sin embargo, la ley 25.087 —a pesar de sus buenas intenciones— no removi6 todos los trazos de la legislación patriarcal que la precedió¹⁰. Prueba de ello

⁵ Cf. Ricardo C. Nuñez, “Derecho Penal Argentino. Parte Especial”, T. IV, p. 213, Editorial Córdoba, Buenos Aires, 1964.

⁶ Cf. Cám. Nac. Cas. Penal, Sala III, “Bronsztein, Daniel Enrique s/recurso de casación”, rta. 19/11/98.

⁷ Cf. Cám. Penal Tuc., “Quinteros José Luis”, rta. 07/06/96. En el caso se discutía la definición del concepto de honestidad regulado en el anterior tipo penal de estupro.

⁸ La Cámara del Crimen resolvió: “Aunque no imposible, considero altamente improbable que una mujer que no ejerza la prostitución o practique una indiscriminada promiscuidad sexual, pueda copular con un desconocido, en el interior de un transporte público al que había detenido para viajar. La circunstancia de estar fuera de servicio, no convertía al colectivo en un burdel con ruedas que hubiera debido apartar a cualquier mujer honesta, ni la acción de abordarlo por una pasajera, que razonablemente podía estimarlo en servicio, permitía a su conductor calificarla como una evidente concesionaria, al paso, de favores sexuales. [...] Por lo tanto, reiterando que si bien lógicamente posible, resulta ordinariamente improbable que quien no sea ramera o ninfómana, pueda subir a un colectivo con la intención de ser rápida y gratuitamente penetrada por su desconocido conductor”. Cf. Cám.Nac.Crim.Corr., Sala VII, “Santillán Miguel O.”, rta.16/08/94, en J.A. 1995-III-670.

⁹ Con relación a la ley 25.087, y sobre la necesidad de la reforma del bien jurídico protegido, cf. Marcela Rodríguez, “Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas”, en “Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal” (Haydée Birgin, comp.), Editorial Biblos, 2000, p. 137.

¹⁰ Originariamente el delito de violación estaba destinado a la protección del honor de las mujeres, pero también el de los varones. Así lo evidenciaba el Código Penal de 1886, antecedente del Código Penal de 1921, el cual establecía penas diferenciales en función de si la mujer estaba casada o no. El artículo 128 establecía: “La pena contra la violación será: 1º) De seis á diez años de penitenciaría, si la mujer violada fuese casada ó menor de 12 años, 3º) Si la mujer violada fuese honrada, la pena será de penitenciaría por tres á seis años, 4º) Si fuese prostituta, la pena será de arresto de un mes á seis”. Cf. Eugenio Raúl Zaffaroni y Miguel Alfredo Arnedo, Digesto de Codificación Penal Argentina, T. II,

es que en los procesos judiciales aún se filtran los lineamientos de una ley que ya no está vigente¹¹.

La segunda victimización de las damnificadas por la violencia sexual favorece que estos delitos se mantengan sub-denunciados¹². Desde el momento en que se realiza la primera denuncia, la mujer sabe que el proceso será largo y difícil. No sólo deberá peregrinar por oficinas policiales, consultorios médicos, despachos de fiscales y salas de audiencias, sino que también deberá soportar la divulgación de información referida a su pasado sexual, aun cuando ésta carezca de relevancia para el hecho a juzgar. Estos factores, entre otros, desalientan la denuncia¹³.

La incorporación de prueba referida al comportamiento sexual de una víctima de violencia es altamente perjudicial y por ello, su inadmisibilidad o exclusión no debería estar sujeta a la discrecionalidad del juzgador. La admisión y posterior valoración de este tipo de prueba invierte el foco de la pesquisa y es la víctima quien deviene en la persona investigada y juzgada. Para evitar este tipo de arbitrariedad, aunque no sea el remedio ideal, una legislación que prohíba la inclusión de estas referencias sería un buen complemento en la regulación del delito de violación.

Esta nota estará dividida en cuatro partes. Bajo el acápite II se presentarán los mitos en torno a la violencia sexual. Si bien todos ellos son perjudiciales, en tanto construyen prototipos de víctimas y agresores, se dirá que los más perniciosos son

Editorial AZ, Madrid, 1996.

¹¹ Cf. por ejemplo, la argumentación desarrollada por el Fiscal en el caso “Senillosa, Omar R. y Borella, Miguel Á”, donde sostuvo que la violación lesiona la honestidad como forma del pudor social. Cf. Cám.Nac.Cas.Penal, Sala I., rta. 11/10/01. El proceso seguido al acusado de violar a Romina Tejerina también nos ilustra esta situación. La prensa informó que el juez que intervino en el proceso se había preocupado por averiguar si ella había mantenido algún tipo de relación sentimental con el imputado y sobre si Romina vestía de manera provocativa y si trataba de manera seductora a los hombres. Cf. Soledad Vallejos, “Justicia Sexista”, publicado en el diario Página/12, 13 de febrero de 2004.

¹² Las estadísticas de la Dirección Nacional de Política Criminal indican que para el año 2004 el 86,1 % de las ofensas sexuales no fueron denunciadas. La información se obtuvo a través de la página web de dicho organismo, cf. <http://www.polcrim.jus.gov.ar/>. Las notas periodísticas dan cuenta de cifras similares. Cf. Sebastián Ríos, “Asistencia para víctimas de violencia sexual”, publicado en el diario “La Nación”, el 6 de agosto de 2003, informa que anualmente sólo se denuncian el 10 % de las violaciones. Recogiendo cifras similares, cf. Marta Dillon, “Sentirse en peligro”, publicado en el diario “Página/12”, el 28 de diciembre de 2001.

¹³ Para un análisis de las razones que llevan a las mujeres a no querer denunciar las agresiones sexuales, cf. Silvia Chejter y Beatriz Buffa, “Mujeres víctimas de violencia sexual. Proteger, recuperar y reparar”, Cecym, Buenos Aires, 2002.

aquellos que intentan suplir la prueba del consentimiento acudiendo a la incorporación de referencias al pasado sexual de la víctima. La imagen de que sólo las mujeres vírgenes son violables, o la idea de que si una mujer dijo “sí” en una primera oportunidad, en una segunda ocasión no dirá “no”, influye en la valoración de aquello que excluye la existencia del delito.

Teniendo como punto de partida que la incorporación de mitos que pretenden suplir la prueba del consentimiento de la víctima es perjudicial, en la sección III se analizarán los argumentos que podrían fundar la solicitud de inadmisibilidad de ese tipo de información. Primero se hará referencia a la normativa vigente en el Código Procesal Penal de la Nación y luego se examinarán los derechos constitucionales que están en juego. En esta sección se dirá que la evidencia que aluda al pasado sexual de la víctima afecta su intimidad y perjudica la realización de juicios libres de estereotipos de género.

A continuación se sostendrá que la necesidad de atenuar el impacto de la segunda victimización de las mujeres demanda que los sólidos argumentos presentados en la sección precedente se vean reflejados en una ley que establezca que, para este delito, el consentimiento no puede ser probado haciendo referencias al pasado sexual de la víctima. Siempre pensando en cómo otorgar una mayor protección a las damnificadas, bajo la sección IV se analizarán cuáles serían las objeciones a este tipo de regulación.

Una vez superadas las críticas, en la sección V se presentará una propuesta para la discusión. Aquí se dirá que, como complemento a la regulación del tipo penal de la violación, el Código Procesal Penal debería contener una norma cuyo presupuesto sea que el pasado sexual de la víctima no constituye indicio alguno sobre su consentimiento al acto juzgado. Salvo estrictas excepciones, una ley para la protección de las víctimas de violación debería prohibir la admisión de referencias, tanto de testigos como del imputado, sobre la conducta sexual de la mujer con el agresor o un tercero.

Finalmente, en el acápite VI se presentarán las conclusiones.

II. Los mitos en torno a la violencia sexual y su impacto en los procesos penales

Las escasas estadísticas reunidas con relación a los delitos de violencia sexual revelan que el número de denuncias supera ampliamente la suma total de las condenas¹⁴. Las cifras en sí mismas no aportan ninguna información específica, ya que éste es un fenómeno que se observa en todo el universo de delitos penales¹⁵. Sin embargo, en particular frente al delito de violación, sería importante explorar los motivos que fundamentan esa desproporción.

En el derecho comparado, los estudios sobre este fenómeno han revelado que en la desproporción entre el número de denuncias y de condenas inciden los estereotipos de género, cristalizados en mitos o falsas concepciones que definen las características de las “verdaderas” situaciones de violencia sexual. Los mitos en torno a la violencia sexual insinúan prototipos de agresores y damnificadas, establecen categorías rígidas que describen el comportamiento de los “auténticos” protagonistas de los hechos. La forma en la que se toman las decisiones se ve alterada en función de que las hipótesis denunciadas son contrastadas con las imágenes estereotipadas de víctimas y agresores¹⁶.

Los mitos que contribuyen a la creación de un modelo de agresor construyen a la violación como un fenómeno excepcional. Uno de los prototipos sugiere que este

¹⁴ Para el ámbito de la ciudad de Buenos Aires y las fiscalías federales del interior, las estadísticas de la Procuración General de la Nación para el año 2004 dieron los siguientes resultados: a) para la violación simple: 246 denuncias contra 8 condenas, b) para la violación de menores: 30 denuncias contra 6 condenas, c) violación agravada (otras): 46 denuncias contra 6 condenas. Para el primer trimestre del año 2005 se dieron los siguientes resultados: a) para la violación simple: 145 denuncias contra 4 condenas, b) para la violación de menores: 16 denuncias contra 3 condenas, c) para la violación agravada (otras): 24 denuncias contra 9 condenas. Esto significa que para el año 2004 sólo el 6,83% de las denuncias de violación llegaron a una condena y que para el año 2005, el 8,64 %. La consulta se realizó a través del Informe Anual del 2005, disponible en <http://www.mpf.gov.ar/estadisticas.htm>

¹⁵ Por ejemplo, del mismo Informe Anual del 2005 surge que para el año 2004 las estadísticas para el delito de homicidio arrojaron el siguiente resultado: a) para el homicidio simple: 281 denuncias contra 27 condenas, b) para el homicidio agravado: 37 denuncias contra 12 condenas. Esto significa que para el año 2004, sólo el 12,26 % de las denuncias por homicidio llegaron a una condena. El dato refleja que existe una alta desproporción entre el número de denuncias y condenas para el delito de homicidio, y aún así, proporcionalmente, las denuncias por homicidio llegaron en un 100% más que el delito de violación a una condena.

¹⁶ Cf. Harriet R. Galvin, “Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade”, en “Minnesota Law Review”, n° 70, p. 796; Martha Chamallas, “Deepening the legal understanding of bias: on devaluation and biased prototypes”, en “Southern California Law Review”, n° 74, 2001, p. 689; Morrison Torrey, When will be believed? Rape Myths and the Idea of a Fair Trial in Rape Prosecutions, en “U.C. Davis Law Review”, n° 24, 1991, ps. 1041 y ss.

delito sólo es cometido por extraños, una idea que ignora los escenarios más comunes de las violaciones, en los cuales los autores son los conocidos¹⁷. Una derivación de este mito es la predica conforme la cual la violación entre conocidos genera menos daño que entre extraños¹⁸.

Otro de los mitos que define la figura de los perpetradores propugna que éstos presentan algún tipo de enfermedad mental¹⁹. Así, se ha considerado que sólo los locos pueden cometer violaciones, un razonamiento que permite cuestionar la autoría del hecho respecto de quienes no tienen ningún tipo de alteración de la personalidad. En los procesos seguidos por violencia sexual generalmente se ordena un examen médico para determinar si los imputados presentan algún rasgo de “desviación o perversión sexual”, no sólo para establecer el grado de responsabilidad, sino también como un dato relevante para la comprobación del delito²⁰.

En la definición del prototipo de víctima uno de los mitos sugiere que las mujeres denuncian haber sido abusadas sexualmente por venganza o celos²¹. Al respecto se argumenta que las mujeres tienen facilidad para inventar denuncias, como si fuera

¹⁷ Las estadísticas publicadas por organismos oficiales no brinda un cuadro completo ya que no se especifica la relación existente entre el agresor y la damnificada (el dato relativo a si el autor fue identificado, no orienta en punto al problema planteado). Informaciones parciales recogidas por la sociedad civil indican que el 80% de las violaciones denunciadas son cometidas por conocidos. Cf. Martín Sassone, “Ayudan a víctimas de violaciones y ya recibieron 4300 denuncias”, publicado en el diario “Clarín” el 16 de abril de 2006.

¹⁸ Cf. Deborah L. Rhode, “Speaking of sex. The Denial of Gender Inequality”, Harvard University Press, 1999, ps. 120-121. Aun cuando en delitos como el homicidio y las lesiones la ley considera que el vínculo conyugal es un factor que agrava la pena, este factor agravante no tiene reflejo en el caso del abuso sexual con acceso carnal.

¹⁹ Por ejemplo, en el caso Bronzstein, la Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo: “no siempre la pena es el método más eficaz en la lucha contra estos delitos, teniendo en cuenta que por lo general son debidos a defectos caracterológicos que una pena prolongada privativa de libertad no hace más que acentuar, o que se puede tratar de sujetos que padecen una enfermedad mental o acusan una psicopatía extrema”. Cf. Cám.Nac.Cas.Penal, Sala III, “Bronzstein, Daniel Enrique s/recurso de casación”, rta. 19/11/98.

²⁰ Por eso no me estoy refiriendo al examen mental obligatorio ordenado por el art. 78, CPPN. Un ejemplo de ello es la decisión de la Suprema Corte de Mendoza donde se sostuvo: “Más allá de las valoraciones que todo Juez puede efectuar dentro de sus poderes discrecionales, sobre los hechos que informan una causa penal, en caso de delitos contra la honestidad es absolutamente necesario contar con pruebas psiquiátricas que avalen el juicio jurídico valorativo del magistrado sobre el estado mental del procesado, a fin de determinar si era o no imputable al momento del hecho”. Cf. Sup.Corte Just. Mza., Sala II, “Fiscal v. Waygua, Luis Rubén s/ violación grado de tentativa”, rta. 01/07/92.

²¹ Cf. Morrison Torrey, cit., p. 1025. En del derecho anglosajón, la credibilidad de la víctima también se medía en función de su promiscuidad. Así, por ejemplo, en el contexto canadiense, cuando se hace referencia a los “twin myths” se hace alusión al mito de que la mujer promiscua no es creíble y no es violable. Cf. por ejemplo, el desarrollo de la sentencia de la Corte Suprema de Canadá. Cf. Corte Sup. Canadá, “R. v. Seaboyer; R. v. Gayme”, (1991) 2 S.C.R. 577, disponible en: <http://scc.lexum.umontreal.ca>

atractivo asumir los costos de un proceso por violación, en particular la exposición de aspectos de la vida privada. En esta línea, se sugiere que una forma de evaluar la veracidad de la declaración es atender al tiempo transcurrido entre la comisión del hecho y la fecha de realización de la denuncia²². Sin embargo, muchas víctimas no denuncian las agresiones o retrasan su presentación a las autoridades por miedo o vergüenza²³. Si el trato de las víctimas con la policía puede ser difícil, el desarrollo del juicio no es menos complicado²⁴.

Además de los mitos señalados, existen otros que afectan sensiblemente la forma en la que se concibe la ley. A pesar de no tener una base empírica que les dé sustento, estas creencias afectan las interpretaciones que proponen la doctrina y la jurisprudencia, reduciendo los ya limitados márgenes legales de protección.

II.A. Los mitos que sustituyen la prueba del consentimiento

El problema de la incursión de los mitos en los procesos de violencia sexual radica en el hecho de que los estereotipos pueden alterar la manera en la que son analizados determinados elementos de los tipos penales que sancionan la violencia sexual.

El primero de los mitos que contribuye a suplir la prueba del consentimiento es aquel que respalda la imagen que propugna que sólo las mujeres vírgenes son violables²⁵. La expresión “A las niñas buenas no les pasa nada malo”²⁶ define la idea de que hay mujeres que no pueden ser víctimas de violación: una avezada experiencia sexual o una especial forma de comportarse o de vestir incitan el sexo no consentido. Según esta creencia, son las mujeres quienes, por apartarse de ciertos estándares, provocan

²² Cf. Corte Sup. Just. Tuc., Sala Civ. y Penal, “Rojas, Marcos A.”, rta. 14/07/04, donde se ilustra el cuestionamiento de la defensa en punto al tiempo transcurrido entre el hecho y el momento de la víctima efectuó la denuncia.

²³ Cf. Morrison Torrey, cit., p. 1031.

²⁴ La violación es un delito que provoca un trauma emocional y físico importante que ha sido denominado como “síndrome del trauma de violación”. Éste “incluye trastornos de comportamiento y síntomas somáticos y psicológicos; incluye una reacción aguda ante una situación traumática; es decir, aquella que desborda las posibilidades reales de reacción y adaptación, por su carácter de inesperada y grave”. Cf. Silvia Chejter y Beatriz Buffa, cit.

²⁵ Sobre este mito en particular, cf. Catharine MacKinnon, “Toward a Feminist Theory of the State”, Harvard University Press, 1991, p. 175.

²⁶ Cf. Esther Madriz, “A las niñas buenas no les pasa nada malo”, Editorial Siglo XXI, México, 2001. En particular, el capítulo 4, trabaja sobre la construcción dicotómica de las víctimas.

las violaciones. Las mujeres que son “promiscuas” o tienen “mala reputación” no pueden ser violadas. Aun cuando el pasado sexual tenga poco que ver con el consentimiento a una relación sexual, esta variable influye en la forma en la que se lo da por probado.

El segundo mito postula que si las mujeres dicen “no” en realidad están diciendo “sí”. El consentimiento queda definido de una manera perversa: un hombre siempre podría presumir la disposición sexual de una mujer, incluso cuando ella aparente lo contrario. La doctrina que formó a los penalistas del país ha contribuido a mantener vigente esta suposición. Por ejemplo, Sebastián Soler ha enseñado que para que se configurara el delito de violación el autor debía vencer una resistencia “seria y constante” y que no “debe confundirse la verdadera violencia —que generalmente dejará en las ropas y el cuerpo de la víctima otras señales que la del acto sexual mismo— con la discreta energía con que el varón vence el pudor de la doncella que en realidad, desea y consiente”²⁷. Incluso se ha presumido que los hombres pueden asumir que una mujer ha dado su consentimiento al acto sexual porque ha dicho que “sí” en el altar²⁸. La derivación de este mito es mucho más compleja ya que pone en crisis el alcance del consentimiento. Desde la perspectiva de este errado “saber popular”, si la mujer dice “sí” una primera vez, no hay razón para creer que en una segunda oportunidad dirá “no”. En consecuencia, la cuestión es establecer los límites de un consentimiento, porque incluso un “sí” puede tener determinadas limitaciones y condiciones. Una mujer puede consentir un contacto sexual, pero no necesariamente un acceso carnal²⁹.

Los mitos sobre el consentimiento en la violación reflejan las características de una

²⁷ Cf. Sebastián Soler, “Derecho Penal Argentino”, T.III, Editorial Tea, Buenos Aires, 1992, p. 307. De la misma idea es Fontán Ballestra, cf. Carlos Fontán Ballestra, “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial”, Editorial Lexis Nexis-Abeledo, Buenos Aires, 1996, Lexis n ° 1506/000251. Entre la jurisprudencia que aplicaba estos criterios, cf. Cám. Penal Sta. Fe, sala I, “B.R.”, rta. 23/08/85, en JA 1986-II-108; Cám. Fed. La Plata, sala II, “Homero, Francisco del Valle y otro”, rta. 29/06/82, en JA 1983-II, Cám.Nac.Crim. Corr., Sala I, “I.H.E y otro”, rta. 11/10/79, en JA 1980-III-247.

²⁸ Soler ha sostenido: “No existe violación cuando media débito conyugal; pero lo mismo, el matrimonio no excluye la posibilidad de violación ya que ésta puede producirse por actos contra natura que no son debidos”. Cf. Sebastián Soler, cit., T.III, p. 309. Por su parte, Molinario sostiene que el marido, en tal supuesto, habría obrado en el legítimo ejercicio de un derecho desde que al contraer matrimonio, la mujer asume la obligación de prestarse al acceso carnal con su esposo. Cf. Alfredo J. Molinario, “Los delitos”, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Ed. Tea, Buenos Aires, 1996, p. 427. La misma idea compartía Rodolfo Moreno (h), cit., p. 244.

²⁹ Cf. Harvard Law Editorial, “Acquaintance Rape and Degrees of Consent: “No” Means “No,” But What Does “Yes” Mean?”, en “Harvard Law Review”, n° 117, 2004, p. 2341.

ideología que establece dobles estándares para la sexualidad masculina y femenina y construye prototipos de mujeres en términos dicotómicos: hay mujeres buenas y mujeres malas. Estas imágenes expresan la idea de que fuera del matrimonio el sexo es normal para los varones, pero no para las mujeres³⁰.

Todos los mitos en torno a la violencia sexual son perjudiciales ya que de una u otra manera inciden en la forma en la que se investigan y juzgan los delitos contra la integridad sexual. Sin embargo, los mitos que influyen en la valoración del consentimiento afectan el punto neurálgico del tipo penal. Los estereotipos que establecen una calificación sobre el comportamiento sexual de la víctima abren carriles para dar por probada una conducta singular: el consentimiento.

Desde la perspectiva de la defensa, cuestionar la existencia o inexistencia de consentimiento es una de las estrategias disponibles, en particular cuando el imputado es un conocido de la víctima. Las narrativas establecen patrones sobre cómo deberían haber actuado las víctimas antes y durante el acto violento; y de esta forma determinan la manera en la que se evalúa aquello que excluye la existencia del ilícito. Para cuestionar la voluntad de la víctima de una agresión sexual bastaría solicitar la incorporación de prueba que, sustentada en estos mitos, sirva para probar su consentimiento.

En la próxima sección se analizarán algunos de los argumentos posibles para impedir la incorporación de este tipo de prueba en los juicios seguidos por el delito de violación.

III. Límites a la prueba del consentimiento

En el derecho comparado rigen leyes específicas —denominadas leyes para la protección de las víctimas de violación³¹— que pretenden mitigar los efectos de las defensas que buscan probar el consentimiento indagando sobre el pasado sexual de la

³⁰ Cf. Harriet R. Galvin, cit., p. 763.

³¹ El término en inglés es “Rape Shield Laws”. El término también ha sido traducido como leyes escudo para los casos de violación. Dado que me parece más apropiada, he escogido traducir el término como “leyes para la protección de las víctimas de violación”.

víctima. En la mayoría de los estados de Estados Unidos de Norteamérica, estas leyes, aunque con algunas excepciones, prohíben la introducción de evidencia sobre el pasado sexual de la víctima³². Asimismo, en el contexto del derecho penal internacional se han desarrollado normas específicas para atender los casos de violencia sexual. El art. 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional³³ establece que el consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza, la coacción o el aprovechamiento coercitivo del entorno haya impedido brindar un genuino consentimiento. Por su parte, la regla 71 prohíbe expresamente formular preguntas acerca del pasado sexual de la víctima³⁴.

Nuestro ordenamiento jurídico no ofrece normas que establezcan límites a la prueba del consentimiento. De todos modos, sí existen algunos argumentos legales y constitucionales que, enunciados convenientemente, podrían bloquear la incorporación de prueba que directa o indirectamente se refiera al pasado sexual de la víctima para presumir su consentimiento.

III.A. Las reglas del Código Procesal Penal de la Nación

Una de las defensas posibles para un acusado de violación es alegar que la víctima

³² Estas leyes, sancionadas a fines de los 70 y principios de los 80, buscaron limitar el derecho del acusado de ofrecer prueba sobre su pasado sexual con la víctima. Anderson ha clasificado la regulación en los diferentes estados de los EEUU en función del grado de prueba que admiten respecto del pasado sexual de la víctima: 1) según si las excepciones están establecidas por ley, 2) si tienen un fundamento constitucional, 3) si acuden a la discrecionalidad judicial, 4) si pautan una categoría en función del propósito pretendido por la defensa. Prototipo de la primera categoría es la legislación sancionada en 1974 por el Estado de Michigan, la cual establece: “No podrá admitirse prueba referida a aspectos de la conducta o reputación sexual de la víctima, salvo que el juez determine que dicha evidencia es fundamental para la acreditación de un hecho relevante para el caso y que su naturaleza agravante y perjudicial no prevalezca por sobre su valor probatorio: 1) prueba de la conducta sexual pasada de la víctima con el acusado, o 2) las pruebas sobre hechos específicos del pasado sexual de la víctima demuestren que el semen el embarazo o una enfermedad provienen de un agresor distinto al acusado” (traducción libre). Cf. Michelle J. Anderson, “From Chastity Requirement to Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law”, en “George Wash. Law Rev.”, n° 70, 2002.

³³ Estas reglas fueron adoptadas por la Asamblea General de los Estados parte del Estatuto de Roma el 9 de septiembre de 2002.

³⁴ Para un análisis sintético de las dificultades que presenta esta regulación, cf. Fabricio Guariglia, “Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, ps. 234 y 235. Para Guariglia la reglamentación vulnera el derecho del imputado a ofrecer prueba y a contradecir la prueba de cargo, y por ello, obliga a los jueces a evaluar la pertinencia o admisibilidad de dicha prueba en función de su valor probatorio y de su potencial perjuicio para un juicio justo. En sus palabras: “El resultado es, entonces, una *regla flexiblemente absoluta*”.

consintió el acto sexual. Tanto si el imputado es un extraño como si es un conocido, los mitos sobre el consentimiento podrían ser articulados para fundar un argumento exculpatorio. Si se trata de un extraño, las fantasías sobre la promiscuidad de la víctima podrían operar para favorecer la posición de la defensa. En cambio, si el acusado es un conocido, las referencias a las características de una relación íntima previa podrían ser utilizadas para descartar la existencia de una relación no deseada por la mujer.

El Código Procesal Penal de la Nación no contiene una norma que establezca un mandato claro en punto a la exclusión de este tipo de evidencia. Los límites ambiguos a través de los cuales se regula la admisibilidad de la prueba y las pautas que orientan el interrogatorio de testigos dan a los jueces amplia discrecionalidad para tomar sus decisiones.

Para la etapa de la instrucción, el artículo 199, CPPN prescribe que el criterio de admisibilidad de la prueba es la pertinencia y la utilidad. La decisión del juez es irrecurrible, por lo que una lectura cerrada de la norma no habilitaría un recurso para impedir la inclusión de prueba perjudicial para la víctima. La literatura procesal penal ha enseñado que la actividad del juez de instrucción es técnicamente discrecional en tanto la evaluación sobre la pertinencia o la utilidad de una medida sólo incumbe al juzgador, cuya decisión la ley no habilita a cuestionar³⁵. Para la etapa del juicio, el artículo 356, CPPN faculta al Tribunal a rechazar aquella prueba que sea manifiestamente impertinente o superabundante. La doctrina sobre la materia entiende que debe seguirse un criterio amplio para la admisibilidad de la prueba de descargo, para la “salvaguarda del derecho de defensa del imputado”³⁶.

³⁵ Cf. Guillermo Rafael Navarro y Roberto Raúl Daray, “Código Procesal Penal de la Nación”, T. I, Pensamiento Jurídico Editora, Buenos Aires, 1997, p. 431; Francisco J. D’Albora, “Código Procesal Penal de la Nación”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 295. En contra, cf. Julio Virgolini y Mariano Silvestroni, “Unas sentencias discretas. Sobre la discrecionalidad judicial y el Estado de Derecho”, publicado en www.derechopenal.com.ar, donde los autores explican que la ley procesal no admite ámbitos librados a la decisión discrecional de los jueces “porque este tipo de facultades, no sujetas a parámetros legales precisos, explícitos y confrontables, constituye una fuente irracional de privación de derechos”. Con relación a las diligencias probatorias durante la instrucción, sostienen que el juez no es libre y que su decisión está atada a los conceptos de “pertinencia y utilidad”.

³⁶ Cf. Guillermo Navarro y Roberto R. Daray, “Código Procesal Penal de la Nación”, T. II, cit., p. 11.

Paralelamente, el Código Procesal Penal ordena que las víctimas y testigos reciban un trato digno³⁷ y prohíbe la realización de preguntas capciosas y sugestivas que pretendan hacer incurrir en error al testigo o marcarle una dirección a su respuesta³⁸. Junto con un criterio de pertinencia —establecido en los arts. 375 y 389, CPPN—, éstas son las únicas pautas referidas a la admisibilidad de las preguntas a los testigos³⁹. Adicionalmente, para el caso de los delitos de instancia privada, la ley sugiere que se eviten interrogatorios humillantes⁴⁰. A pesar de que se ha dicho que el juez debería supervisar los interrogatorios de las partes para evitar preguntas indebidas, el mismo Código Procesal Penal en su art. 379, CPPN sugiere que esta facultad no opere para restringir el derecho de defensa⁴¹. Por su parte, la doctrina también ha apelado a la necesidad de no obstruir indebidamente las preguntas de la defensa de modo de permitir interrogatorios amplios⁴².

Los criterios sobre admisibilidad de la prueba y las pautas sobre el interrogatorio de testigos, bien interpretados, podrían servir para bloquear la admisibilidad de la prueba sobre el pasado sexual de la víctima. Sin embargo, éstos resultan ambiguos y la decisión a adoptar, en última instancia, depende de la discrecionalidad del juzgador. Por otra parte, así como los mitos sobre la violación influyen en la definición del consentimiento, es esperable que los conceptos de “pertinencia y utilidad” también se vean imbuidos por nociones estereotipadas de la conducta de las mujeres frente a una agresión sexual.

El pasado sexual de la víctima no establece una relación necesaria con el hecho a probar, no es indicativo de que la mujer, bajo las condiciones en las que ocurrió el

³⁷ Cf. arts. 79 a 81, CPPN.

³⁸ El art. 118, CPPN, párrafo tercero establece: “Las preguntas que se formulen no serán capciosas ni sugestivas”. Cf. Francisco J. D´Albora, cit., ps. 183 y 184.

³⁹ Cf. Francisco J. D´Albora, cit., p. 554 y 555.

⁴⁰ El art. 118, párr. 4º establece: “En los casos de delitos dependientes de instancia privada, la víctima y/o sus representantes legales sólo prestarán declaración ante el juez, el agente fiscal y su abogado, debiendo evitarse los interrogatorios humillantes”. Obsérvese, que la ley no establece una prohibición y tampoco impone una sanción para el caso de que el fiscal o juez no sigan el consejo de este precepto.

⁴¹ El art. 375, CPPN establece: “El presidente dirigirá el debate [...] recibirá los juramentos y declaraciones y moderará la discusión, impidiendo preguntas o derivaciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por esto el ejercicio de la acusación ni la libertad de defensa”.

⁴² Citando a Carrara, Hendler concluye que se “deben rechazar solamente las preguntas ajenas al hecho, efectuadas por curiosidad o por venganza, pero no aquellas que el tribunal crea, simplemente, inconducentes”. Cf. Edmundo Hendler, “Comentarios al nuevo Código Procesal Penal”, en L.L. 1993-B-869.

hecho violento, no negó su predisposición al acto sexual. La existencia de reglas ambiguas bajo las cuales este tipo de evidencia puede ingresar a los juicios no evita que la víctima vea invadida su intimidad con preguntas que carecen de relevancia para el hecho a juzgar o que la decisión final se adopte según concepciones estereotipadas.

La posibilidad de excluir evidencia perjudicial para los intereses de la víctima no debería estar limitada a la presentación de argumentos sobre la impertinencia o inutilidad de la prueba cuya inadmisibilidad o exclusión se pretende. Estos argumentos, si bien válidos, pueden resultar insuficientes para motivar una reflexión responsable sobre el asunto a resolver. Sobre la base de esta premisa, en la próxima sección se presentarán los argumentos constitucionales que fundan el derecho de la víctima a solicitar a las autoridades judiciales que, respecto de pruebas que aludan a su pasado sexual, se abstengan de ordenarlas o excluyan las ya practicadas.

III. B. Los derechos constitucionales que están en juego

Existen serias razones que justifican el hecho de que el derecho procesal penal haya crecido en torno a la protección del derecho del acusado. Entre los derechos que se han destacado, la literatura penal hoy clásica ha profundizado, por un lado, en el derecho de defensa — en particular en la posibilidad del imputado de ofrecer prueba y contrainterrogar a los testigos⁴³—, y por el otro, en el deber de excluir la prueba obtenida ilegalmente⁴⁴.

Una visión limitada del derecho procesal penal sostendría que la posibilidad de solicitar la exclusión de determinada prueba del proceso es una garantía que sólo compete al imputado. Por el contrario, un análisis más complejo de los intereses en juego develaría que ésta también puede ser una facultad de la otra parte.

El tratamiento que reciben las víctimas de los delitos sexuales permite reflexionar sobre la posibilidad de que sea la damnificada quien cuestione la constitucionalidad

⁴³ El derecho a ofrecer prueba y contrainterrogar a los testigos ha sido reconocido como un derecho de fundamental importancia para el ejercicio del derecho de defensa. Cf. Julio Maier, “Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 577.

⁴⁴ Cf. Alejandro Carrió, “Garantías constitucionales en el proceso penal”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2003, ps. 229-270. Asimismo, cf. Fabricio Guariglia, cit.

de la inclusión de prueba que la perjudica. Los imputados no tienen un derecho constitucional que los habilite a ofrecer prueba o a contrainterrogar testigos respecto de hechos que son irrelevantes y que, además, perjudican a la otra parte. El derecho a ofrecer prueba y a contrainterrogar testigos no es un derecho absoluto y los casos de violencia sexual son útiles para definir sus límites⁴⁵.

III. B. 1. La protección de la intimidad de la víctima

Con independencia de cuál sea el delito imputado, el respeto del derecho de defensa del acusado incluye la facultad de probar el consentimiento de la víctima cuando éste sea relevante.

En materia de delitos sexuales, el consentimiento podría ser probado a través de evidencia específica sobre el acto sexual en cuestión, pero nunca a través de la introducción de prueba referida a su comportamiento sexual anterior. Este tipo de evidencia, además de ser irrelevante, abriría una línea de indagación que afectaría la intimidad de la damnificada. Por otra parte, resultaría paradójico que la misma ley, para proteger la intimidad de la víctima y evitar el “strepitus fori”⁴⁶, por un lado, regule al delito de violación como uno de instancia privada y establezca normas generales para la protección de los testigos⁴⁷, y por el otro, permita avanzar sobre la intimidad de la víctima habilitando la introducción de información que carece de relevancia para el hecho a juzgar⁴⁸.

Los juicios en los que se investigan agresiones sexuales presentan algunas particularidades que exigen que las víctimas reciban un tratamiento especial. Así lo ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia al caso “N.S. vs. Suecia”, en la cual sostuvo que los procedimientos por violencia sexual: “generalmente son percibidos por la víctima como un calvario, en particular cuando

⁴⁵ Por lo demás, los delitos contra la integridad sexual no son los únicos que ofrecen restricciones a la recolección de prueba. Recuérdese que también existen prohibiciones en materia de secreto profesional y en punto a la revelación de fuentes periodísticas (cf. art. 244, CPPN, art. 156, CPN y 43, CN).

⁴⁶ Cf. Sebastián Soler, “Derecho Penal Argentino”, T. II, Editorial Tea, Buenos Aires, 1992, p. 530.

⁴⁷ Cf. arts. 79 a 81, CPPN.

⁴⁸ Tampoco se podría argumentar que la presentación de la denuncia implica una renuncia a la intimidad y que por tanto, estaría habilitada la vía para discutir aspectos de la vida íntima no vinculados al hecho denunciado.

ésta no quiere ser confrontada con el imputado [...]”⁴⁹. En esta decisión, la Corte Europea aceptó que son válidas las medidas para la protección de la intimidad de la víctima —tal como impedir que ésta sea confrontada con el imputado—, siempre y cuando se respete un adecuado y efectivo derecho de defensa⁵⁰.

Las leyes para la protección de las víctimas de violación de los Estados Unidos de América también tuvieron como propósito resguardar a las damnificadas. Su principal objetivo fue evitar que se admitiera prueba que afectara de manera innecesaria su derecho a la intimidad, para así revertir la baja tasa de denuncias por violación⁵¹. En efecto, la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento sexual de la víctima habilita el maltrato y la humillación. La prevención de esta segunda victimización es importante para no disuadir a las mujeres de denunciar las agresiones sexuales.

La importancia de la protección de la intimidad de las víctimas de violencia sexual ha tenido actual reconocimiento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. En su sentencia n° T-453 de 2005, el Tribunal estableció límites a la inclusión de prueba referida al comportamiento sexual de la damnificada⁵². Para examinar la razonabilidad y proporcionalidad de una medida que limite el derecho del imputado a ofrecer prueba de descargo y a contrainterrogar testigos la Corte elaboró el siguiente test: “En primer lugar, se analizará el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, se examinará si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y en tercer lugar, se estudiará la relación entre el medio y el fin, aplicando un juicio de necesidad. Luego de ser razonable a la luz de estos pasos se aplicará el

⁴⁹ Cf. T.E.D.H., “S.N. vs. Suecia”, Sentencia del 2 de octubre de 2002, párr. 47.

⁵⁰ Cf. T.E.D.H., “S.N. vs. Suecia”, Sentencia del 2 de octubre de 2002, párr. 47. Para un análisis más detallado de esta decisión y otras relacionadas, cf. Luis García, “El derecho a interrogar a los testigos de cargo en caso de abuso sexual sobre niños. Nota al caso “P.S. v. Alemania””, en L.L. 2002-F-15. En dicho artículo también se cita el caso “Baegen vs. Países Bajos”, en el cual el peticionario había sostenido que se había vulnerado su derecho de defensa en razón de que, durante el juicio, no había tenido la oportunidad de contrainterrogar a la denunciante de un hecho de violación, cuya identidad, además, se había mantenido reservada. La Comisión Europea resolvió que para los casos de abuso sexual, se deben tomar algunas medidas para proteger a la víctima, siempre que puedan ser reconciliadas con un ejercicio adecuado del derecho de defensa. Sobre la base de esta regla, concluyó que no había habido una violación a la Convención Europea. Cf. C.E.D.H., “Baegen vs. Países Bajos”, Informe del 20 de octubre de 1994, párr. 77.

⁵¹ Cf. Michelle J. Anderson, cit.; Harriet Galvin, cit.

⁵² Cf. Corte Const. Colom., “Sentencia n° T-453 de 2005”, rta. 5/5/05, disponible en <http://www.red-alas.org/T-453-2005%20CC%20Colombia.pdf>

juicio de proporcionalidad en sentido estricto par determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado”⁵³. La Corte validó las indagaciones sobre la intimidad de la víctima sólo en los casos en que estuvieran dirigidas a demostrar que el agresor había sido otra persona o que una vida íntima en común probaba la existencia de consentimiento. Con relación a los medios para concretar estas indagaciones, se resolvió que no estaban permitidas interceptaciones de las comunicaciones privadas realizadas en violación a la Constitución y las leyes. Finalmente, para juzgar la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas, la Corte requirió el examen de la relación entre el fin perseguido y el medio empleado y el grado de afectación de la intimidad confrontado con el nivel de protección al derecho de defensa⁵⁴.

La decisión de la Corte Constitucional Colombiana establece un estándar interesante para la protección de las víctimas de delitos contra la integridad sexual, aunque no está exento de limitaciones⁵⁵. Una primera objeción contra la fórmula es que no establece límites claros a la prueba del consentimiento para los casos en los que existe una relación previa entre la víctima y el agresor. En los casos de violaciones cometidas por conocidos, el permiso para que se indague sobre el pasado sexual de la víctima y el agresor permitirá que la intimidad de la primera se vea divulgada más allá de lo razonable. La admisión de este tipo de prueba parece derivar de la idea de que si una mujer consintió una primera relación sexual con una persona, no habrá de rechazar una segunda. Brindar al acusado la posibilidad de incluir prueba sobre su pasado sexual con la víctima habilita la discusión de datos inespecíficos que no necesariamente tienen relación con la conducta juzgada. Es razonable y necesario que se investiguen las circunstancias en las que se concretó el acto sexual objeto de la denuncia, pero no si en una ocasión previa, distinta a la investigada, la mujer consintió un acto sexual. En este sentido, la regla avanza más de lo aconsejado en la esfera de la intimidad de la damnificada.

⁵³ Cf. Corte Const. Colom., cit., sección 6.3.

⁵⁴ Cf. Corte Const. Colom., cit., sección 6.3.

⁵⁵ La regla construida por la Corte Constitucional Colombiana no se aleja de la vigente en diferentes estados de los Estados Unidos de Norteamérica.

La concepción de la violación dentro del matrimonio es el ejemplo más claro de cómo algunos autores creen en la existencia de un consentimiento general para cualquier acto sexual. La doctrina en la materia ha enseñado que “el marido tiene derecho a exigirle a la esposa el acceso carnal natural (acceso vaginal), y su violencia o abuso para poseerla no lo vuelven reo de violación”⁵⁶. La idea que subyace es que si una mujer aceptó algún tipo de contacto sexual en una oportunidad lo hará en una segunda⁵⁷. En este sentido, la regla propuesta por la Corte Constitucional colombiana parece sustentarse en este prejuicio, y de esta forma habilitaría la perpetuación del mito que sostiene que la violación sólo ocurre entre extraños.

Por otra parte, existe una segunda objeción referida al argumento ensayado por la Corte Constitucional Colombiana para bloquear la admisibilidad del pasado sexual de la víctima. Ésta apunta al núcleo del argumento presentado, consistente en la apelación a la protección de la intimidad. Es sabido que la intimidad es la esfera de una persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de terceros⁵⁸. Integran la esfera de la intimidad los rasgos del cuerpo, la imagen, los objetos personales, y también las relaciones íntimas. Si bien la protección constitucional de la intimidad preserva este ámbito individual de las intrusiones indebidas de terceros⁵⁹, no es menos acertado que se trata de un derecho renunciabile.

En el marco de un proceso penal, la indagación indiscriminada y compulsiva sobre datos referidos a la conducta sexual de la víctima vulnera su derecho a decidir qué aspectos de su vida privada exponer al público. Sin embargo, podría argumentarse que si no existe oposición por parte de la perjudicada⁶⁰, no habría razones para justificar su

⁵⁶ Cf. Nuñez, cit., T.IV, p. 252 y bibliografía citada en la nota a pie n° 25. Ésta no es, de todos modos, la opinión de toda la doctrina. En contra, cf. Edgardo Alberto Donna, “Delitos contra la integridad sexual”, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 65. Afortunadamente, ésta no es la idea que rige en todos los tribunales. Cf. TOC n° 5, “MAB”, rta. 4/06/04. De todos modos es interesante reflexionar sobre hasta qué punto sentencias de este tipo requieren se compruebe la existencia de fuerza y resistencia, y no simplemente la falta de consentimiento.

⁵⁷ Cf. Harvard Law Editorial, “Acquaintance Rape and Degrees of Consent: “No” Means “No,” But What Does “Yes” Mean?”, cit.

⁵⁸ Cf. Carlos Santiago Nino, “Fundamentos de derecho constitucional”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 327.

⁵⁹ Cf. art. 18, CN. Con relación a la confusión entre intimidad y privacidad y a su fundamento normativo, cf. Carlos Santiago Nino, cit., p. 334.

⁶⁰ Esto significaría que bastaría con que la renuncia al derecho a la intimidad fuera tácita. Sin embargo, podría pensarse que ésta debe cumplir con determinadas condiciones, entre ellas, ser expresa. Para un detalle de las condiciones de validez impuestas respecto del consentimiento a un allanamiento domiciliario sin orden judicial, cf. Corte Sup. Just. Nac., “Florentino Diego S. s/ tenencia de

exclusión del juicio. En consecuencia, quienes no aprecien esa porción de su intimidad y renuncien a su protección estarán expuestas a que en las investigaciones por delitos que las damnifican se divulguen aspectos de su vida privada que se basan en concepciones estereotipadas.

En conclusión, es válido sustentar la inadmisibilidad o exclusión de la prueba sobre el comportamiento sexual de una víctima en su derecho a la intimidad. Sin embargo, este solo argumento puede no ser suficiente si la víctima renuncia a esta protección. Si la víctima acepta responder las preguntas que ingresan más allá de lo razonable en su intimidad o si no cuestiona la incorporación de otra prueba referida a su pasado sexual, el proceso penal no estará libre de los estereotipos analizados.

III.B.2. Por un juicio libre de estereotipos de género

El debate sobre la inadmisibilidad o exclusión de la prueba relativa al comportamiento sexual de la víctima no debería estar limitado a la discusión sobre cuán traumático puede ser para una mujer revelar su pasado sexual. El problema no reside en la exposición pública de estas narrativas, sino en el hecho de que el juicio se ve invadido por prejuicios discriminatorios que restringen los márgenes de protección de las mujeres contra la violencia sexual.

La promoción de la igualdad debería llevar a que las autoridades judiciales apliquen la ley sin preconceptos basados en el sexo y que el objeto de los juicios se resuelva sobre la base de prueba relevante, sin alusión a estereotipos discriminatorios. El consentimiento a un acto sexual debe considerarse único e intransferible, y por tanto, la alusión a las relaciones íntimas de la víctima con el agresor o con otro sujeto no debería tener ninguna relevancia para el hecho juzgado⁶¹. Es importante evitar las invasiones a la intimidad de la víctima, pero aún más relevante es promover la erradicación de los mitos que pretenden suplir la prueba del consentimiento.

Un sistema de administración de justicia que en sus procesos penales permite discutir

estupefacientes”, rta. 27/11/84 (Fallos 306: 1752).

⁶¹ Michelle J. Anderson, cit., p. 100.

argumentos basados en estereotipos, aunque más no sea de una manera sutil, reduce las oportunidades de las mujeres de obtener una respuesta adecuada por parte de la justicia. En un importante número de decisiones, la Corte Suprema del Canadá ha declarado que la inclusión de los mitos sobre la violación resulta contraria al principio de igualdad. En el caso *Osolin* sostuvo que: “En el pasado, una gran cantidad de mitos sobre las agresiones sexuales fueron considerados relevantes para evaluar la credibilidad de la víctima —mitos que no tenían incidencia en otro tipo de procesos— [...] Estos mitos incluyen falsos conceptos tales como que hay mujeres que no son “violables”, por sus ocupaciones o por su historia sexual previa, estas mujeres no son creíbles. Estos mitos sugieren que el comportamiento de las mujeres o su apariencia incentiva las agresiones sexuales”⁶²; y en otra decisión sostuvo: “las querellantes deben poder confiar en un sistema libre de tales mitos y estereotipos, y en una judicatura cuya imparcialidad no esté comprometida por estos supuestos sesgados”⁶³.

Por otra parte, y con independencia de que la discriminación se practica por el solo hecho de acudir a los estereotipos, no puede desconocerse que desde el punto de vista de sus consecuencias, su utilización, por un lado, incide en el mantenimiento de la impunidad de la violencia contra las mujeres⁶⁴, y por el otro, tiene proyección en la

⁶² Corte Suprema del Canadá, “R. v. Osolin”, 4 S.C.R. 595 (1993), voto en disidencia de L’Heureux-Dube J. La mayoría también coincidió en que: “obtener prueba de la damnificada para inferir su consentimiento o su credibilidad, cuando esta evidencia está basada en mitos o estereotipos, es inapropiado. Una gran cantidad de mitos, sin un sustento empírico concreto, han influido en las decisiones de los juicios por agresiones sexuales. Estos falsos conceptos refieren que una mujer no puede ser violada contra su voluntad, que sólo las chicas “malas” pueden ser violadas” (traducción libre). El caso está citado en el Memorial Amicus Curiae, presentado por Catharine A. MacKinnon y Jessica Neuwirth, ante el caso n° 12.350, MZ v. Bolivia en trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (cf. http://www.cladem.org/espanol/regionales/litigio_internacional). La sentencia se puede consultar en <http://scc.lexum.umontreal.ca>.

⁶³ Corte Suprema del Canadá, “R.v. Ewanchuk”, 1 S.C.R., 336 (1999), párr. 99. En el caso, el acusado había alegado que él había creído que la víctima había consentido el acto sexual. La Corte Suprema del Canadá no tuvo en cuenta su defensa y al respecto sostuvo: “El acusado no ha alegado que los “no” de la víctima fueron ambiguos o que tenían otro significado. De hecho, el acusado hace hincapié en el hecho de que había parado inmediatamente después de cada una de las veces en las que la víctima dijo “no”, como para demostrar que él no tuvo intención de forzarla. En consecuencia, él sabía que la víctima, en cuatro oportunidades, no estaba consintiendo el encuentro. La cuestión a determinar en este juicio es si algo ocurrió entre la expresión de la víctima en punto a su no consentimiento y el toqueteo que le siguió, como para que el acusado creyera razonablemente que había consentimiento” (traducción libre). El caso está citado en el Memorial Amicus Curiae, presentado por Catharine A. MacKinnon y Jessica Neuwirth, ante el caso n° 12.350, MZ v. Bolivia en trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (cf. http://www.cladem.org/espanol/regionales/litigio_internacional). La sentencia completa se puede consultar en <http://scc.lexum.umontreal.ca>

⁶⁴ Éste es el argumento desarrollado por la Comisión Interamericana respecto de casos de violencia contra las mujeres en Brasil. En el caso María da Penha, la Comisión Interamericana sostuvo: “Dado que esta violación contra María da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se

decisión de las víctimas de no denunciar las agresiones sexuales que las damnifican. En este sentido, la utilización de estas concepciones estereotipadas influye en el mayor grado de desprotección para la libertad sexual de las mujeres y coarta el acceso al sistema de administración de justicia en condiciones de igualdad⁶⁵.

En síntesis, en el marco de los procesos, la admisión de percepciones estereotipadas priva a las mujeres de una igual protección ante la ley. Por ello, el Estado debe imponer límites a este tipo de indagaciones, no sólo en función de la defensa de derechos renunciables de las perjudicadas, sino más bien porque debe promover una administración de justicia libre de patrones estereotipados⁶⁶. En consecuencia, la solicitud de inadmisibilidad o exclusión de evidencia relativa al pasado sexual de la víctima debería basarse en un argumento constitucional adicional: este tipo de prueba insta medidas de investigación que, sin aportar ningún beneficio para la defensa, tienen por resultado discriminar a las mujeres.

IV. La estrategia del silencio

La protección de los derechos de las mujeres requiere la articulación de argumentos jurídicos que bloqueen la admisibilidad de la prueba referida a su pasado sexual. Este objetivo debería poder alcanzarse a través de la invocación de las reglas que

viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos casos”. Cf. CIDH, Caso 12.051, “María da Penha vs. Brasil”, “Informe 54/10”, del 16/04/01, párr. 56.

⁶⁵ Cf. Paola Bergallo, “Equidad de Género: Perspectivas para su Exigibilidad Judicial”, en Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto & Courtis, Christian, “La Aplicación de los Tratados de Derechos Humanos en el Ámbito Local, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires (en prensa). Bergallo argumenta que los Tratados Internacionales, al igual que la Constitución Nacional, imponen al Estado argentino el deber de organizar el servicio de administración de justicia y su sistema de acceso, sin discriminación.

⁶⁶ El art. 16, CN garantiza la igual protección ante la ley. El art. 24, CADH garantiza a las personas igual protección ante la ley, sin discriminación basada en el sexo. El art. 6 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención Belem do Para” garantiza el derecho de las mujeres a estar libres de toda forma de discriminación y su derecho a ser valoradas “libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”. El art. 7 de la “Convención Belem do Para” también exige la prevención y sanción de la violencia contra las mujeres y la realización de procedimientos legales justos. Los arts. 1 y 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) condenan la discriminación contra la mujer. Específicamente el art. 5, impone a los Estados “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

establecen criterios de pertinencia y utilidad para la admisibilidad de la prueba. Sin embargo, en razón de que estas pautas no siempre son efectivas — porque son ambiguas y benefician una inclusión amplia de prueba—, he propuesto la utilización de dos argumentaciones alternativas.

La necesidad de reducir el impacto de la victimización secundaria de las mujeres y el deber de investigar las agresiones sexuales sin la interferencia de interpretaciones estereotipadas justifican que estos argumentos se vean reflejados en una ley que de manera clara y precisa establezca que el consentimiento de la mujer no puede ser probado a través de la incorporación de prueba referida a su pasado sexual.

Antes de avanzar en la presentación de una propuesta de reforma legislativa es necesario responder a una eventual objeción a sus fundamentos. Tanto el argumento que rescata la protección de la intimidad de la víctima, como aquel que hace hincapié en la necesidad de evitar juicios libres de estereotipos, asumen que es problemático que la víctima de violencia divulgue su pasado sexual. En consecuencia, contra una legislación que recepte estos principios podría argumentarse que el problema no reside tanto en que se divulgue esa información, sino en cómo se la valora. En este sentido, los argumentos parecen estar orientados a “silenciar” a las mujeres respecto de hechos que no tienen ninguna relevancia para el proceso penal y que deberían poder ser expuestos sin temor a verse perjudicadas. La estrategia del silencio podría ser concebida como una forma de limitar la autonomía de las mujeres o simplemente de forzarlas a que expresen su identidad sexual según las pautas que son funcionales para el mantenimiento de una doble moral para varones y mujeres⁶⁷. Idealmente, debería aspirarse a que una mujer disfrute de su sexualidad y que esto no influya en los márgenes de protección otorgados por la ley. Por el contrario, la estrategia del silencio perpetúa la idea de que las mujeres deben preservar su “honestidad”.

Esta objeción podría ser contestada con argumentos de dos órdenes, uno con base en el derecho procesal penal y el otro con sustento en el derecho constitucional. Desde el

⁶⁷ Un argumento similar es utilizado por Kenji Yoshino para criticar la política de los E.E.U.U. en materia de ingreso de homosexuales a las fuerzas militares. Cf. Kenji Yoshino, “Assimilationist Bias in Equal Protection: The Visibility Presumption and the Case of *Don't Ask Don't Tell*”, en “Yale Law Journal”, n° 108, 1998, p. 485.

punto de vista del derecho procesal penal, la crítica postula que la consideración del pasado sexual de la víctima debería estar librada a un criterio de valoración razonable, es decir, que la protección de las víctimas debería estar orientada al control de las pautas de valoración de la prueba para que los jueces no funden sus decisiones en preconceptos estereotipados. Sin una regla específica que regule la inadmisibilidad de esta clase de evidencia, se trataría de una prohibición de valoración de la prueba independiente⁶⁸. Sin embargo, esta observación no puede soslayar que la ley concede un amplio espacio de discrecionalidad para la valoración de la prueba, contracara de una amplia discrecionalidad para determinar qué prueba es admisible⁶⁹. Así como los jueces tienen un amplio margen para determinar qué prueba ingresa al proceso y qué prueba se queda afuera, lo mismo sucede para el momento procesal en el que deben valorarla⁷⁰. Por ello, si se decidiera que los prejuicios no van a ser combatidos en el momento en que ingresan al proceso penal, sino cuando sus efectos se concretan en una decisión, este propósito estaría condenado al fracaso. Esto es así, en primer lugar, porque aun cuando estén influenciados por los mitos que suplantán la prueba del consentimiento, no todos los jueces darán cuenta de los reales motivos que los llevaron a tener por probado el consentimiento de la mujer y la posibilidad de cuestionarlos se tornaría ilusoria. En segundo lugar, sea que los jueces hagan evidente que adoptaron su decisión influenciados por preconceptos estereotipados, la parte acusadora tampoco tiene garantizada la posibilidad de recurrir una sentencia por errónea valoración de la prueba. La revisión del ejercicio de la discrecionalidad del juzgador en la valoración de la prueba sólo sucederá en escasas ocasiones⁷¹.

⁶⁸ Para realizar esta clasificación sigo a Fabricio Guariglia, cit., ps. 21 y 104-105. Según Guariglia, las prohibiciones de valoración independiente “no contienen ningún mensaje para los órganos de persecución penal; su contenido no deriva de reglas creadas para orientar la actividad estatal de investigación y persecución de delitos, sino que, antes bien, constituyen un ámbito de reserva “extra” para los ciudadanos” y también que: “en la determinación de este tipo de prohibiciones de valoración probatoria sí resulta admisible – y en verdad prácticamente inevitable- el recurso a la ponderación, en cada caso concreto, entre el interés estatal en la persecución del delito y los intereses individuales del afectado, utilizando como parámetro el principio de proporcionalidad”.

⁶⁹ Por ello se ha dicho: “La discusión sobre las prohibiciones de valoración probatoria podría también ser vista a través del prisma del conjunto de problemas referidos a la admisibilidad de la prueba”. Esto, de todos modos, no significa que sean idénticas. Cf. Fabricio Guariglia, cit., ps. 26 -34.

⁷⁰ Cf. Julio Maier, cit., ps. 858 y ss.

⁷¹ Cf. Julio Virgolini y Mariano Silvestroni, cit. La decisión de la Corte Suprema en el fallo “Casal” abre nuevas posibilidades. Cf. Corte Sup.Just.Nac., “Casal, Matías E. y otro”, rta. 20/09/2005. Sin embargo, habrá que ver cuál es su desarrollo y si la jurisprudencia recepta la idea de la más destacada doctrina, en el sentido de que se trata de un derecho del imputado no extensible a la parte acusadora. Cf. Daniel R. Pastor, “La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal”, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2001, ps. 130 y ss.

Desde la perspectiva del derecho constitucional, debería observarse que la estrategia del silencio pretende mitigar el riesgo de que la víctima sea “castigada” por su pasado “promiscuo”, es decir, que como consecuencia de su pasado sexual la ley penal la excluya del grupo de sujetos que merecen su protección. Por ello, la estrategia previene que la mujer sea juzgada por acciones que hacen a su vida privada, en tanto no perjudican a un tercero, y en consecuencia, no afectan el orden o la moral pública⁷². En otras palabras, en la protección a la intimidad está implícita la protección de la privacidad, y con ella la libertad sexual para que de su ejercicio no devengan consecuencias jurídicas perjudiciales. Si bien el argumento referido a la protección de la intimidad ofrece una protección de tipo formal, ello no obsta a que esté directamente vinculada con el establecimiento de límites sustantivos al poder de injerencia del Estado⁷³. En este sentido, la estrategia del silencio también opera para la protección de la libertad sexual de las mujeres.

En conclusión, la incorporación de una norma que prohíba la prueba del consentimiento a un acto sexual a través de referencias al pasado sexual de la víctima es la mejor solución para proteger la intimidad de la damnificada, para prevenir que en los juicios ingresen concepciones estereotipadas, y para garantizar el respeto por la libertad sexual de las mujeres. Queda entonces discutir, cuáles serían las características deseables para este tipo de legislación.

V. Una ley para la protección de las víctimas de violación

La relevancia de los derechos que están en juego exige iniciar un debate sobre la necesidad de incorporar una legislación que impida la admisión o incorporación de prueba que, referida a la historia sexual de la víctima, quisiera ser introducida para probar su consentimiento cuando ella ha denunciado una violación.

⁷² Cf. art. 19, CN.

⁷³ Para desarrollar este argumento sigo las ideas de Luis García, referidas a otro aspecto de la protección de la intimidad. Cf. Luis García, “La vigilancia de las telecomunicaciones y otras comunicaciones interpersonales según la jurisprudencia elaborada en torno al Código Procesal Penal de la Nación”, en “Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia” (Florencia Plazas y Luciano Hazan, comps.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, ps. 305 y ss.

Bien entendidas, las reglas procesales referidas a la recolección de prueba — sustentadas en el principio de reserva de ley— determinan en qué supuestos y bajo qué condiciones el Estado puede emprender una investigación⁷⁴. Una ley como la que se propone tendría sentido para delimitar con claridad cuáles son los aspectos referidos a la intimidad de una víctima de violencia sexual que podrían ser indagados y cuáles son aquellos que quedarían fuera del ámbito de injerencia del Estado.

Una ley específica sobre la materia es necesaria para proteger la intimidad de la víctima, para prevenir la recepción de información que active los prejuicios en torno a la violación y para proteger la libertad sexual de las mujeres. En consecuencia, no sólo se debería prohibir la admisión de prueba e interrogatorios de testigos llamados a brindar este tipo de datos, sino que incluso se debería vedar al imputado hacer cualquier referencia de esta especie. Una ley de este tipo tendría como presupuesto que la conducta sexual de la mujer —con el agresor o con un tercero— no constituye indicio alguno sobre su consentimiento al acto juzgado. Por ello se ha argumentado, una norma de esta especie, bajo el ropaje de “principios probatorios”, brinda lineamientos para la definición del consentimiento⁷⁵.

Bovino se ha mostrado cauteloso con relación a la incorporación de una legislación de este tipo para nuestro contexto normativo ya que, según ha explicado, no podría mitigar los prejuicios que se intentan prevenir⁷⁶. Su criterio es que este tipo de leyes puede funcionar en un sistema de juicios por jurados — pero no en el nuestro— en razón de que la sola solicitud de prueba referida al pasado sexual de la víctima serviría para influenciar el ánimo de los juzgadores. Por ello, para implementar una legislación de estas características, se requeriría que existiera un órgano independiente que resolviera cuestiones sobre la admisibilidad de la prueba⁷⁷. El argumento es

⁷⁴ Cf. Fabricio Guariglia, cit., p. 23-26. El autor explica que la idea de que las reglas procesales establecen “prohibiciones” debe ser criticada en tanto está enraizada en la idea de que el Estado está autorizado a hacer todo lo que no está prohibido.

⁷⁵ Cf. Fabricio Guariglia, cit., p. 232. Para responder a esta observación cabría señalar que se trataría de una norma que está en las fronteras del derecho penal y el procesal penal ya que, independientemente del sentido último que persigue, establecería una regla de admisibilidad probatoria, centrada no tanto en el medio, sino en el tema. Para esta clasificación, cf. la misma obra citada, p. 9.

⁷⁶ Cf. Alberto Bovino, “Justicia Penal y Derechos Humanos”, Editores del Puerto, 2005, ps. 331-334.

⁷⁷ Según Bovino, “una solución posible consistiría en discutir la admisibilidad de la prueba ante un tribunal distinto del que intervendrá como tribunal de juicio”. Cf. Alberto Bovino, cit., p. 333. En nuestro sistema, sin realizar reformas radicales, ello requeriría que una vez sorteado el tribunal de juicio, la resolución de la admisibilidad de la prueba fuera resuelta, por ejemplo, por el tribunal que

válido, aunque si se lo trasladara a otro contexto deberíamos decir que los acusadores no pueden realizar preguntas de cargo a los imputados porque su sola formulación predispone el ánimo del juzgador.

El debate sobre la definición de los márgenes apropiados para esta clase de legislación debería estar orientado a identificar en qué circunstancias la conducta sexual de la víctima tiene alguna relevancia para el hecho juzgado. La definición de estos parámetros no es sencilla. Aun cuando se estableciera una regla general que declarara inadmisibles la inclusión del pasado sexual de la víctima, es posible imaginar supuestos de hecho respecto de los cuales convendría prever excepciones para no afectar el derecho de defensa.

Teniendo en cuenta este punto de partida, una ley sobre esta materia debería permitir la incorporación de prueba sobre la conducta de la víctima en el momento del acto sexual juzgado. Sin embargo, la prueba relativa al pasado sexual de la víctima —con el agresor o con terceros— debería ser inadmisibles, salvo en las siguientes excepciones: a) en el caso que se pretenda probar que el autor de la violación fue un individuo no involucrado en el juicio, b) en el supuesto que se pretenda probar que la víctima tenía motivos para inventar la denuncia, c) en el caso que se pretenda probar que el agresor tuvo un error en punto a la ausencia de consentimiento. En este supuesto sólo podría admitirse prueba referida al pasado sexual de la víctima con el agresor —no con terceros— y su admisibilidad debería estar restringida a un estudio estricto⁷⁸.

De esta manera se prohibiría la incorporación de cualquier tipo de evidencia referida a la historia sexual de la víctima con el agresor o con terceros que directa o indirectamente esté dirigida a probar su consentimiento⁷⁹. En efecto, la aceptación de evidencia sobre una relación íntima anterior entre la víctima y el agresor o un tercero

sigue en turno. De todos modos, esta solución no contempla el supuesto de interrogatorios inadmisibles presentados por la defensa del imputado durante el desarrollo de la audiencia. Respecto de éstos no se podría requerir la intervención de otro tribunal.

⁷⁸ La propuesta es distinta a la regulada en las reglas para la Corte Penal Internacional. Por ello, entiendo, su formulación supera las críticas realizadas por Fabricio Guariglia. Cf. nota n° 33. La formulación de esta regla es similar a la propuesta por Michelle J. Anderson, cit.

⁷⁹ Nótese que el tercer supuesto se refiere al error del imputado, pero no a la existencia misma del consentimiento.

sólo tendría sentido si se diera crédito a los mitos que intentan suplir la prueba del consentimiento. Este tipo de argumento permitiría que prejuicios se filtraran en la valoración de la prueba del consentimiento.

La propuesta esbozada limita las excepciones a supuestos en los que no se pretenda probar el consentimiento de la mujer. De todos modos, la apertura de esta vía, no debería operar para eludir la prohibición general; por ello, cualquier incorporación de prueba de este tipo debería estar sujeta a un análisis exhaustivo.

Es evidente que la primera de las excepciones propuestas no está destinada a probar el consentimiento de la víctima. Por el contrario, el caso apunta a probar que no existió el acto sexual investigado. En este sentido, la presentación de este argumento por parte de la defensa no tendría sustento en los prejuicios que se pretenden evitar. De otra manera, si no se admitiera este tipo de prueba, el derecho de defensa del imputado se vería seriamente comprometido.

La segunda de las excepciones sugeridas tampoco tiene relación con los mitos en punto al consentimiento de la mujer. Uno de los casos en los que podría ser razonable aceptar la inclusión de prueba sobre el pasado sexual de la víctima con el agresor o con terceros es en el que se pretenda probar que la víctima tenía motivos para inventar la denuncia. En estos casos, el relato sobre el pasado sexual de la víctima podría ser relevante. Por ejemplo, si la mujer acusó de violación a su amante —con quien en realidad ha mantenido relaciones consentidas—, para así ocultar a su marido su infidelidad, no podría bloquearse la inclusión de evidencia que probara su compromiso sentimental con quien no está involucrado en el juicio. Si un imputado alega que la mujer lo denunció porque él no pagó el precio convenido por el servicio sexual pactado, también debería tener la posibilidad de probar que la mujer ejercía la prostitución⁸⁰. Cuando la historia sexual de una mujer está relacionada con posibles motivos para inventar una denuncia, sería difícil proteger su intimidad sin afectar el derecho de defensa del imputado.

⁸⁰ El caso es presentado por Donald Dripps, “Beyond Rape: An essay on the difference between the presence of force and the absence of consent”, en “Columbia Law Review”, n° 92, 1992, p. 196.

Finalmente, la tercera excepción es la que presenta más complicaciones. Un supuesto de difícil solución es el caso del imputado que, basándose en experiencias sexuales con la víctima, quiera probar que tuvo un error sobre la falta de consentimiento de la mujer⁸¹. El problema con la regulación de esta excepción es doble. En primer lugar, se apoya en la idea de que si la mujer consiente un primer acto sexual, consiente un segundo. Es justamente la vigencia de este mito la que hace que esta clase de defensa sea creíble. En segundo lugar, una excepción de esta especie afecta no sólo la intimidad de la víctima, sino también la realización de juicios sin prejuicios. En este sentido, la excepción —aunque de manera restringida— habilita la perpetuación de los conceptos estereotipados que se quieren prevenir. En otras palabras, una mujer tiene derecho a no consentir un acto sexual sin crear la presunción de que en realidad sí lo ha querido, y es por ello que la habilitación de una defensa en punto al error en el consentimiento —además de afectar la intimidad— perpetúa los prejuicios en torno a la violación.

En contra de la propuesta podría argumentarse que para erradicar los prejuicios sobre el consentimiento deberían cambiarse los patrones culturales de la sociedad para que el “no” de una mujer sea entendido como “no”⁸². Este argumento destacaría la necesidad de que la legislación tomara partido por la defensa de los derechos de las mujeres y en particular sobre qué actos serán considerados violatorios de su libertad sexual. Las reformas legales pueden tener un rol fundamental en el cambio de patrones culturales, y una ley que no admitiera la prueba sobre el error en punto al consentimiento basada en experiencias sexuales anteriores, sería un buen incentivo para abandonar los prejuicios en torno a la violación⁸³. Bien entendida la regla, un tribunal considerará que el “no” de una mujer, significa “no” y que, por tanto, el error de un acusado no pudo ser razonable.

Las críticas apuntadas son válidas y no deberían ser obviadas. Por ello, la norma que regulara la excepción debería ser construida de manera estricta de modo de exigir un

⁸¹ De la manera en la que está construida, la excepción no se encuentra prevista para habilitar la prueba del consentimiento objetivo de la víctima. Tampoco podría utilizarse para que, basándose en la reputación de la víctima o en su pasado sexual con terceros, el imputado probara un supuesto error sobre la existencia de consentimiento.

⁸² Cf. Stephen Schulhofer, “Unwanted Sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law”, Harvard University Press, 1998, p. 258.

⁸³ Cf. Stephen Schulhofer, cit., p. 258.

análisis exhaustivo sobre por qué las circunstancias fácticas que el acusado quiere introducir en el juicio son relevantes para su defensa. Probablemente, los casos que caerán dentro de esta excepción serán aquellos en los que el imputado deba explicar por qué, de acuerdo a los códigos de comunicación establecidos previamente con la mujer, el “no” estaba significado por otra palabra o gesto⁸⁴. Igualmente, podría ser problemático regular la excepción de manera tan estricta, ya que es difícil imaginar de antemano todos los supuestos en los que el pasado sexual de la víctima puede tener relevancia para probar el error del acusado. Llegadas a esta instancia, la construcción de una regla más estricta constituiría una amenaza al derecho de defensa, y es mayor el interés en evitar la imposición errónea de condenas que la protección de la intimidad o la realización de juicios sin prejuicios. Basta con decir que bajo esta excepción, la decisión sobre la admisibilidad de la prueba deberá ser ponderada de manera estricta para no afectar innecesariamente y de manera desproporcionada la intimidad de la víctima y de modo de no dejar ingresar al proceso preconceptos que suplanten la prueba del consentimiento. Por ello, el imputado deberá especificar qué conducta de la víctima ha dado sustento a una creencia razonable de que había consentimiento.

Por último, no sería conveniente que la legislación estableciera una regla general habilitando al juez a valorar la admisión de la prueba a la luz de las reglas del debido proceso y del derecho del imputado a ofrecer prueba y contrainterrogar a los testigos⁸⁵. Una cláusula de este tipo sólo serviría para reafirmar que los jueces deben respetar la Constitución Nacional y no aportaría ninguna solución a la discrecionalidad que se quiere evitar.

VI. Conclusión

Con la sanción de la ley 25.087, el título “Delitos contra la honestidad” pasó a denominarse “Delitos contra la Integridad Sexual”, de modo que las agresiones

⁸⁴ Michelle J. Anderson construye su regla sobre la base de este presupuesto. Para él, las leyes de protección para las víctimas de violación deberían regular esta excepción sólo para permitir que el acusado presente prueba de las negociaciones entabladas entre el acusado y la víctima para acordar en qué casos estará supuesto el consentimiento para determinado acto sexual. Cf. Anderson, cit., p. 147.

⁸⁵ Cf. nota n° 31, en el que se da cuenta de un tipo de leyes que acuden a la regulación constitucional del derecho a ofrecer prueba y contrainterrogar testigos.

sexuales ya no son injurias al pudor de las mujeres. Sin embargo, esta reforma a la ley de fondo no siempre ha sido acompañada por interpretaciones acordes con las intenciones del legislador.

En algunos casos, la doctrina y la jurisprudencia todavía acuden a la utilización de prejuicios que coadyuvan a una segunda victimización de las afectadas. Incluso cuando la decisión de abrir la instancia de un proceso penal no constituye una autorización irrestricta para indagar sobre la vida íntima de las mujeres, en algunos casos así se lo ha interpretado. Imágenes estereotipadas de las mujeres víctimas de violación difunden patrones culturales que, sin ningún sustento empírico, habilitan la discusión de circunstancias fácticas que —además de ser irrelevantes para el hecho juzgado—, afectan la intimidad y la correcta administración de justicia.

Frente a esta situación, la reforma a la ley sustantiva es insuficiente para revertir la influencia de los mitos en la interpretación del consentimiento en el tipo penal de la violación. Dado que los cambios substantivos no necesariamente vienen de la mano de una reforma a la ley de fondo, es necesario revisar las reglas procesales para así otorgar mejores protecciones a las víctimas de violencia.

Para orientar los juicios de violación como procesos seguidos a los imputados y no a las víctimas, sería importante establecer reglas claras que limiten la discrecionalidad de las autoridades judiciales en la admisión de prueba relativa al pasado sexual de la damnificada. La reforma a la ley sustantiva en materia de delitos contra la integridad sexual ha generado encendidos debates y lo mismo es esperable de una reforma legal que limite las facultades de la defensa, aun cuando ello no implique afectar las garantías del debido proceso.

La propuesta de este trabajo consiste en identificar el marco para iniciar esa discusión, teniendo como punto de partida que no se debería admitir el ejercicio del derecho a ofrecer prueba o a contrainterrogar a los testigos cuando éste tiene como base los mitos sobre el consentimiento en la violación. Por su irrelevancia para el juzgamiento del hecho denunciado, por la protección de la intimidad de la víctima, por la necesidad de promover juicios libres de estereotipos y para proteger la libertad sexual

de las mujeres, en los procesos de violación debería prohibirse la prueba del consentimiento a través de la discusión del pasado sexual de las damnificadas.