

# Hacia una equilibrada distribución de cargas probatorias en los delitos contra la libertad sexual Reflexiones a partir de un fallo del poder judicial de Santa Fe

María Guillermina Luque Wickham <sup>1</sup>

**SUMARIO:** I.- Propósito; II.- Aclaración metodológica previa; III.- Los hechos, las evidencias y el fallo; IV.- Del yerro en la distribución de cargas; V.-Conclusiones; VI.- Bibliografía

**RESUMEN:** El presente texto tiene como objetivo analizar cómo se distribuyen las llamadas “cargas probatorias” en las investigaciones relativas a delitos contra la libertad sexual. Se parte de un caso testigo del Poder Judicial de Santa Fe, el cual no obstante ser luego revocado y el magistrado decisor destituido, en la instancia revisora no se abordó el problema probatorio descrito por la autora. Concretamente, se aborda cómo es tomado el consentimiento aludido por el acusado en los tribunales. Se argumentará por qué, tratándose de una defensa afirmativa, debe ser su carga probar la existencia del consentimiento en la reputada agresión sexual, aunque con un estándar probatorio sensiblemente menor que el

---

<sup>1</sup> Abogada e investigadora (UNLZ). Especialista en Derechos Humanos y Estudios Críticos del Derecho (CLACSO). Maestranda en Derecho con orientación en Derecho Penal en proceso de redacción de tesis (UP). Auxiliar Letrada prestando funciones en la Unidad de Defensa Penal Nro. 31 del Departamento Judicial Lomas de Zamora. Secretaria de Capacitación de la Asociación Judicial Bonaerense de esa Departamental. guillermina.luquew@gmail.com

exigido a la Acusación. Todo ello sin que implique desconocer el principio constitucional de inocencia, tomando como basamento jurisprudencia nacional e internacional relevante, y desde una mirada de género.

**PALABRAS CLAVE:** Agresiones sexuales – cargas probatorias – consentimiento – defensa afirmativa

*“Vivimos una época de cambios en las costumbres sexuales, y es probable que siga así un tiempo más. Mientras tanto, el derecho puede o bien aferrarse al pasado o bien ayudarnos a avanzar hacia el futuro.”*

Susan Estrich, *Violación*, 1986.

## I.- Propósito

Sin lugar a dudas, la irrupción de los movimientos feministas en la agenda pública a través de manifestaciones como “Ni Una Menos”, “Mirá cómo nos ponemos” y “Me Too” ha modificado paulatinamente el sistema de creencias de nuestra sociedad respecto de en qué consiste el abuso sexual, cómo se materializa y, fundamentalmente, la asiduidad del mismo sobre todo en ámbitos intrafamiliares.

Partiendo de la afirmación de que las creencias del juez o jueza son relevantes a la hora de decidir sobre los hechos (Amaya, 2011 : 71), parece lógico que los reclamos públicos tengan en mira al Poder Judicial, pues en resoluciones como las que aquí comentamos, se evidencia que -al menos- parte de sus miembros parten de sesgos discriminatorios por razones de género que luego se trasladan inevitablemente al establecimiento de la probabilidad o no de las hipótesis acusatoria y defensiva (Comité CEDAW, 2015).

Es por ello que, en el entendimiento de que las normas -y fundamentalmente, las costumbres- jurídicas protegen inadecuadamente a las mujeres y disidencias contra el abuso sexual (Frug, 2006: 228) este trabajo se propone realizar un aporte en el sentido opuesto. De allí que resulte prioritario revisar lo atinente a las normas de procedimiento y prueba -con especial atención en aquellas que establecen cargas probatorias (Kennedy, 2016: 26)- y el contenido de la carga de alegación.

Vale tener como perspectiva histórica que mientras que, en 1906, las Cortes estadounidenses requerían como prueba de la ausencia de consentimiento en la

relación sexual la “resistencia máxima” de la víctima (caso “Brown vs. Wisconsin”), a mediados de siglo dicho estándar fue reemplazado por el de “resistencia razonable” (Estrich, 2020). Atendiendo a que esa mirada ponía en el banquillo a la víctima y no al acusado, en términos actuales, hablamos de minimización de daños y priorización del autocuidado a la hora de evaluar la ausencia del consentimiento en una relación sexual<sup>2</sup>.

Este tiempo histórico nos invita a avanzar en ese sentido. Aquí nuestro humilde aporte.

## **II.- Aclaración metodológica previa**

Antes de adentrarnos en el análisis de los hechos y el fallo, debemos hacer una explicación metodológica. La resolución que aquí criticamos fue decidida bajo un procedimiento oral. Pese a nuestros esfuerzos por acceder a la totalidad del fallo como así también demás elementos probatorios no mencionados por el Juez y la impugnación deducida por el Ministerio Público Fiscal, dicho material ha sido inasequible. Por dicha razón, el fallo analizado será transcrito en la parte que los medios de comunicación han difundido. Los elementos de convicción que mencionaremos encuentran igual fuente.

Lo expuesto nos advierte que, como sostiene Nieva Fenoll (2020) la oralidad parece haberse desligado de la publicidad, fin que pretendía tutelar al ser instaurada, toda vez que actualmente las decisiones escritas aparecen más accesibles que las orales, tanto para fines académicos como procedimentales.

## **III.- Los hechos, las evidencias y el fallo**

La resolución que aquí analizamos brevemente fue decidida por un juez de la Primera Circunscripción de la ciudad de Santa Fe, en el marco de una audiencia oral en la cual debía resolverse la prisión preventiva del acusado. Trascendió luego de que parte de la audiencia se hiciera pública mediante el medio local *Periódicas*. Del extracto de la audiencia videograbada y difundida, surge que el juez dijo:

“Todo lo que vino después tiene una connotación... va a generando un contexto en el cual podemos pensar que habría habido relaciones forzadas, pero no

---

<sup>2</sup> Expresa Inés Hercovich (2000:13): “Tal como la sociedad entiende los conceptos de consentimiento y resistencia, hacer girar la ocurrencia de la violación sexual en torno a este par es un fraude. Porque impide saber que (...) el modo en que resisten y sobreviven (accediendo al coito, negociando el mal menor) es usado para condenarlas”.

puedo entender cómo si va a tener relaciones forzadas, y digamos y empujándola y sometiéndola se toma el tiempo... no puedo reconstruir cómo hace para colocarse el profiláctico y luego avanzar sobre el cuerpo de la víctima, que -según lo que está acá- se negaba. La verdad es que ahí es donde me genera la mayor duda. Y esta duda me genera... queda en una cuestión que posiblemente pudo haber pasado varias cosas. Pudo haber pasado que esto se inició como algo consentido. Pudo haber pasado que se inicia desde el principio intentando someter. Lo que no puedo es relacionar y entrar en la lógica de colocarse el profiláctico para tener esta relación cuando tiene que estar sometiéndola a la víctima. La verdad es que no lo encuentro.”<sup>3</sup>

La Agencia de Noticias Télam, reporta que -además- el juez habría sostenido los siguientes argumentos: “(la víctima) ‘por un lado dice que lo conoce, por otro dice que lo desconoce totalmente, y se llega (a identificarlo) precisamente por unos registros fotográficos’. ‘Con esto no quiero decir que la víctima esté mintiendo ni que esté mintiendo el imputado, lo que quiero decir es que la evidencia nos deja con un análisis de posibilidad para concluir, pero no de que probablemente esto haya ocurrido como ha sido relatado. El juez señaló luego que no puede meterse ‘en una cuestión que hace a la intimidad de una persona adulta, no con estas evidencias. Evidencias que son todas posteriores y esto, aclaro, tiene que quedar siempre con una mirada desde un lugar que tenemos que tener los magistrados respecto a la condición de mujer’”.

Sobre el informe médico ginecológico de la víctima, afirma Télam que el juez sostuvo: “Las lesiones que tiene a nivel genital no se condicen con un acceso carnal, una penetración forzada, sino que tenemos que atenemos a lo que nos dice la víctima”. En suma, también existiría en la causa, prueba psicológica auxiliar al testimonio, mediante la cual se determinó que la víctima no presentaba indicios de fabulación o mendacidad.

Finalmente, de la resolución que revocó el fallo que aquí comentamos el 8 de julio de 2021 -esta sí pública<sup>4</sup> y escrita-, se extrae que el imputado se limitó a aducir consentimiento en la relación sexual mantenida con la víctima, sin aportar prueba alguna que sustente tal alegación.

---

<sup>3</sup> Disponible online en <https://periodicas.com.ar/2021/06/02/un-juez-dejo-libre-a-un-imputado-por-abuso-porque-uso-preservativo/>

<sup>4</sup> Disponible en <https://drive.google.com/file/d/12qurUWS2oUFTfCt6Akl2b4iWkiNe3pf7/view>

#### **IV.- Del yerro en la distribución de cargas**

Desde una perspectiva legal feminista, son varias las objeciones que pueden caberle al razonamiento empleado por el juez. El uso tácito de generalizaciones discriminatorias<sup>5</sup>, la sobrevaloración de la pericia médica<sup>6</sup> por encima de las demás evidencias, el recurso a estereotipos de cómo se comporta el autor de un delito sexual y su víctima<sup>7</sup>, la aplicación de un estándar probatorio inadecuado para el acto procesal que se formalizaba<sup>8</sup>, y el requerir la comprobación de elementos no previstos en el tipo penal (la resistencia física), son algunos ejemplos.

En este trabajo nos centraremos en el aspecto referente a la -a nuestro juicio- errónea distribución de las cargas de producción probatorias resuelta por el magistrado, la cual no escapa al sesgo de género ya evidenciado.<sup>9</sup>

En efecto, conforme fue reseñado anteriormente, el juez entendió que “pudo haber pasado” que la relación haya sido consentida tal y como lo afirmó el acusado, sin requerir comprobación alguna de ello.

---

<sup>5</sup> Se evidencia en este punto que el argumento del juez parte sobre una generalización discriminatoria basada en estereotipos de género consistente en que las mujeres fabulan, lo cual carece de toda evidencia científica o probatoria, prejuicio que en la causa se encontraba totalmente desarticulado por la incorporación de la prueba auxiliar.

<sup>6</sup> Sobre este punto se ha expedido la CorteIDH en el caso “CASO ESPINOZA GONZÁLES VS. PERÚ”, SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2014, párrafos 273, 277 y 278.

<sup>7</sup> Referente a esta cuestión, ver: <https://incip.org/wp-content/uploads/Amicus-Lucia-Perez-INECIP-1.pdf>

<sup>8</sup> Cabe recordar que se trataba de una resolución en torno a la coerción del imputado, por lo cual, aparecería más adecuado el estándar de “prueba clara y convincente”, el cual en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires aparece bajo la indicación de “elementos de convicción suficientes o indicios vehementes” de culpabilidad (art. 157 inc. 3 CPPPBA).

<sup>9</sup> Este sesgo, presente en los delitos de género, lo describe muy llanamente Carla Cerliani (2018), fiscal de delitos sexuales en la Ciudad de Rosario, al conjeturar lo siguiente: “Si yo voy a denunciar que un chico (...) me robó la billetera, probablemente el Fiscal -y en su caso (...) la Defensa- no me pregunte si yo en realidad le di la billetera y ahora me arrepentí de habérsela dado y vengo a denunciarlo, o porque me enteré que él con esa billetera le compró algo a otra chica a mí se me ocurrió denunciarlo, o porque yo a este chico ya le había regalado billeteras anteriormente entonces esta última (vez) como tengo bronca por otra cuestión vengo a denunciarlo. Tampoco se van a preguntar si yo ando por la vida regalando billeteras y, entonces, en este caso, por más que me la hayan sacado en contra de mi voluntad, en realidad, como a otras personas ya se las regalé, no tendría tanta entidad para avanzar en la investigación. Sin embargo, esto es lo que pasa cuando una investiga los delitos contra la integridad sexual”.

Para comenzar, conviene señalar que desde una tesis procedimentalista como la que aquí sustentamos, se exige que la hipótesis fiscal (y consecuentemente la carga de producción probatoria asignada a esa parte) contenga los elementos constitutivos del tipo penal atribuido. De esta manera, la carga de alegación del acusador quedará circunscripta a las condiciones fácticas positivas, fijadas *ex ante*, por imperio del principio de legalidad penal. Contrariamente, desde el sustantivismo o procedimentalismo expansivo, se requerirá que la hipótesis contenga además, la ausencia de elementos que cancelen la culpabilidad y la punibilidad, lo cual conllevaría para el acusador afrontar un rol casi titánico (Schiavo, 2019: 442).

Ello así, de la lectura de la formulación legal otorgada al tipo penal del art. 119 del Código Penal, se colige que, tratándose la víctima de una persona mayor de 13 años de edad<sup>10</sup>, se verificará el delito cuando se abusare sexualmente, mediando “violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”.

De allí, es la propia letra de la ley la que fija la carga de producción probatoria asignada al fiscal: la existencia de una conducta sexual abusiva ejecutada sobre el cuerpo de la víctima, mediante los medios comisivos ya citados, los cuales -claro está- no se reducen solamente al empleo de violencia.

Por ello, consideramos, si la Acusación prueba más allá de toda duda razonable que existió una relación sexual ejecutada bajo dichos medios comisivos (también acreditados bajo el mismo estándar) es dable presumir que en dicha relación no ha mediado consentimiento.

En ese caso, habiendo el fiscal satisfecho la carga de producción probatoria, si el acusado alega consentimiento en la relación sexual, será su carga probarlo -con un estándar sensiblemente más bajo que el requerido a la acusación- tal y como si se tratara de una defensa afirmativa, supuesto en el cual, sin duda, resulta claro que es carga del imputado probar la defensa que alega.

Lo expuesto adquiere mayor relevancia a la luz de que, teniendo en cuenta el contexto en el cual estos delitos suelen desarrollarse, y toda vez que el acusado cuenta con información relevante sobre lo acontecido en el hecho investigado,

---

<sup>10</sup> Tratándose de una persona menor de 13 años de edad, la ley autoriza a presumir que no medió consentimiento de la víctima, a partir de su inmadurez.

parece razonable compelerlo a que presente pruebas de la defensa que alega pues tiende a la obtención de una mayor cantidad de elementos de convicción (Schiavo, 2019:439). Lo dicho redundará en que la decisión adjudicativa a la cual finalmente se arribe, al menos desde el punto de vista epistémico, se acerque lo máximo posible a la verdad – “por correspondencia” en los términos propuestos por Taruffo (2013)-, brecha que sabemos resulta insuturable.

Así las cosas, atendiendo al principio de “amplitud probatoria” que expresamente ordena la ley 26.485, entendemos suficiente que el fiscal pruebe los medios comisivos del delito de abuso sexual, preponderantemente a través del testimonio de la víctima, el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en el fallo “Penal de Castro Castro vs. Perú” estableció resulta “prueba necesaria y suficiente” (Zelada y Ocampo Acuña, 2012:157) para la acreditación de delitos contra la libertad sexual. Lo expuesto habilitará a que se presuma *iuris tantum* que en la relación no ha mediado consentimiento, razón por la cual, la carga de probar la presencia del mismo, ahora se encuentra en el acusado y su Defensa.

El proceder que aquí se enuncia no sólo no viola garantía constitucional alguna (precisamente la presunción de inocencia), sino que además, es el criterio jurisprudencial que han seguido las cortes del *common law* y también del derecho continental.

En efecto, en los años 70 la Corte Suprema de los Estados Unidos delineó el estándar “*Mullaney-Patterson*”<sup>11</sup>, mediante el cual se estableció que la alegación de una defensa afirmativa (entendida esta como aquella destinada a eliminar una carga inversa), deberá asumir la carga de producción probatoria que la satisfaga, debiendo persuadir al decisor o decisor de la existencia de ese hecho, en tanto incorpora un nuevo presupuesto fáctico al análisis de la probabilidad de su ocurrencia. Su comprobación (mediante pruebas claras y convincentes), evidenciaría que lo que se ha alegado, debió ser parte de la hipótesis fiscal primigenia. Por ello, es que de ningún modo se transfiere la responsabilidad de probar y persuadir respecto de los elementos constitutivos de la ofensa al acusado, dado que la carga sigue en cabeza del acusador, puesto que “la acreditación ‘verosímil’ de una hipótesis exculpatoria por parte de la defensa, implicaría una insatisfacción del estándar de certeza imputado a la acusación respecto de su hipótesis de imputación. En tal supuesto ha de ceder la presunción (...)” (Schiavo,

---

<sup>11</sup> A través de dos fallos de relevancia, *Mullaney vs. Wilbur* (421 US 684, 1975) y *Patterson vs. New York* (432 U.S. 196, 1977).

2019: 460), activándose de esta manera la dinámica que el autor denomina “cargas tácticas”.

Precisamente, se trata de que la Fiscalía no tenga que anticipar y especular en su hipótesis específicamente cada explicación que el acusado pueda ofrecer frente al hecho atribuido. No obstante, una vez demostrada su plausibilidad, quedará evidenciado que la Acusación sí debió haberla incluido, y en consecuencia deberá probar su no concurrencia en el caso, más allá de toda duda razonable. Ello, sin que exista violación alguna a “la regla de oro” inglesa que establece que es deber de la Fiscalía probar la culpabilidad de una persona (Roberts & Zuckerman, 2004:229).

No obstante sus orígenes, nuestro máximo Tribunal ha receptado esta teoría al decir que: “Quien, frente a una conducta que se tiene por cierta, invoca la concurrencia de circunstancias o causales de excepción merced a las cuales se sustraería a la sanción penal, debe demostrarlas, lo que es muy distinto a que como se arguye, el sospechado pruebe su inocencia, o la falsedad de la imputación” (Industrias Delta, Fallos: 306:1347).

Lo expuesto resulta plenamente aplicable al caso traído, pues al desprenderse de todo prejuicio de género respecto de las mujeres y la credibilidad de su testimonio evidenciado a través de frases como “mujer mendaz”, “mujer instrumental”, “mujer fabuladora”, entre otros (Di Corleto, 2017: 14; Kennedy, 2016: 37) el intérprete podrá concluir que no existe evidencia científica que habilite una generalización de tal carácter, por lo cual una defensa afirmativa como la que aquí analizamos, aparece como sumamente infrecuente.

Un criterio similar aplicó la Corte IDH en el caso “Fernandez Ortega y otros vs. México”. Allí, frente a la alegación del Estado de que no era su carga desvirtuar la existencia de la agresión sexual, la Corte sostuvo que, frente a la declaración de la víctima, es el propio Estado el que debe probar la defensa que alega, sin que implique vulneración del principio de inocencia, pues la carga continúa en cabeza de quien acusa.

Igual foco ha puesto la Cámara Nacional de Casación, la cual receptando esta tesis sostuvo: “Así, en el derecho anglosajón la carga de la prueba también recae sobre la acusación y se denomina *legal burden of proof*. Sin embargo, cuando se trata de alegar defensas o excepciones, se reconoce que el acusado carga con el peso de la ‘persuasión’ en el sentido de que incumbe a éste demostrar que hay suficiente evidencia para presentar una cuestión sobre la existencia o inexistencia de un hecho



que daría base a una defensa o excepción, lo que se designa como *persuasive burden of proof*, pero una vez satisfecho el estándar de persuasión, no carga aquél con la prueba de ese hecho más allá de toda duda razonable. Así, por ejemplo el imputado tiene la carga de presentar suficiente evidencia concerniente a un hecho eximente antes de que este hecho pueda ser considerado por el tribunal, pero una vez presentada esa evidencia, corresponde a la acusación desbaratar la defensa” (voto del Juez Luis M. García en la causa n° CCC 72872/2014/TO1/CNC1, caratulada “Chung, Leonardo Esteban s/ homicidio simple”, resuelta el 2/08/2018, Sala I CNCP, reg. 891/2018).

La cuestión que aquí abordamos observó un gran recorrido a nivel internacional. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) fue pionero en abordaje de la prueba de la ausencia de consentimiento en los delitos contra la libertad sexual en conflictos armados y también en la tipificación del delito de violación como delito de genocidio, a través de la labor de Patricia Selles (ex fiscal del TPIY) y Elizabeth Odio Benito (ex jueza del TPIY y actualmente presidenta de la Corte IDH) (Halley, 2008a).

La Regla 96 de Procedimiento y Prueba del Tribunal<sup>12</sup>, vigente hasta el cierre del mismo en diciembre de 2017, establecía que en casos de agresión sexual “el testimonio de la víctima no requerirá corroboración”. Estableciéndose de esta manera, que, atendiendo el contexto de gran violencia en el cual se desarrollaron los crímenes investigados por el tribunal (crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra), se presumirá la ausencia de consentimiento en la relación sexual. En tal sentido, se establecía que “el consentimiento no será admitido como defensa si: a) la víctima ha sido sometida o amenazada o ha tenido motivos para temer violencia, coacción, detención u opresión psicológica, o (b) creyó razonablemente que si ella no se sometía, otros podrían ser sometidos, amenazados o atemorizados”. Y finalmente, cuando no concurren las circunstancias enunciadas y por tanto sí sea admitida la defensa afirmativa, “antes de que la prueba del consentimiento sea admitida, el acusado deberá demostrar, en una audiencia privada, que las pruebas son pertinentes y creíbles”, y que para ello, no se podrá recurrir a la conducta sexual anterior de la víctima.

---

<sup>12</sup> Dichas reglas rigieron tanto para el TIPY como para el de Ruanda, y bajo las mismas se han juzgado casos de gran relevancia internacional como “Kunarac” y “Akayesu”, sentencias en las cuales se acuñó el tipo penal de violación como delito de lesa humanidad y como delito de genocidio.

Sobre esas bases fueron redactadas las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional (CPI), en las cuales, luego de un debate dentro del feminismo y a consecuencia de éste (Halley, 2008b) la presunción fue flexibilizada, limitándose a los casos en los que el fiscal demuestre que la víctima ha sido agredida o ha estado bajo algún tipo de coacción (regla 70 a). En los demás casos, conforme las RPyP de la CPI, el consentimiento podrá ser alegado, designándose una audiencia a puertas cerradas, en la cual se deberá tener en cuenta si las pruebas “tienen suficiente valor probatorio en relación con una cuestión que se plantee en la causa y los perjuicios que puedan suponer” (regla 72 b). Se mantuvo que de forma alguna se podrá recurrir a la conducta sexual previa de la víctima como prueba de la defensa.<sup>13</sup>

Como se podrá advertir, en el ámbito internacional, siguiendo con la tradición del *common law*, el consentimiento es una defensa afirmativa que requiere ser acreditada por parte de quien la alega.

Atinadamente, el estándar probatorio requerido para acusación y defensa es diferenciado, por lo cual, las cargas persuasivas resultan equilibradas y de esta manera respetuosas del principio de inocencia. En efecto, mientras que al acusador se le exigirá que acredite los elementos fácticos de la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable, la defensa deberá demostrar que es más probable que no (preponderancia de la prueba) que la circunstancia que alega haya ocurrido. Cumplido ello, será la Fiscalía nuevamente la que deberá probar (más allá de toda duda razonable), que el hecho alegado como defensa afirmativa no existió. En el caso de que no satisfaga dicho estándar, claro está, se impone la absolución del acusado.

Empero -huelga decirlo no obstante lo obvio- a la hora de probar la defensa no deberá recurrir a generalizaciones discriminatorias, ahondar sobre el pasado sexual de la víctima, su vestimenta y demás elementos superfluos (Di Corleto, 2006). Una evidencia con dicho contenido debería ser declarada inadmisibles por el juez o la jueza, no sólo porque de ser admitida afectará su imparcialidad (Piqué y Fernandez, 2020), sino también porque aparece irrelevante a la luz de la hipótesis (y del argumento que la sustenta) que la parte pretende probar.

## V.- Conclusiones

---

<sup>13</sup> Directrices similares ha recomendado el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI, 2014)

Muchas de las críticas reseñadas al comienzo fueron debidamente tratadas en la apelación<sup>14</sup>, y precisamente motivaron la revocación del fallo. Por el contrario, el problema probatorio que aquí hemos evidenciado continúa siendo pasado por alto.

Parecería que lo que es aplicado naturalmente para otros delitos, en aquellos que protegen la libertad sexual y la salud de las personas (pero fundamentalmente las mujeres y las disidencias por ser las más victimizadas) ocurre de manera diferente. Fruto de la existencia de prejuicios o sesgos de género, el testimonio de las víctimas se percibe por los operadores jurídicos como inconsistente y sujeto a refutación constante tanto que, la mera negación de lo declarado por la víctima por parte del imputado parece ser suficiente para que su hipótesis prospere exitosamente en los estrados.

No es una cuestión menor. Las decisiones judiciales trascienden el caso individual. Los criterios jurisprudenciales nos dan cuenta de cómo la justicia trata las inequidades (Di Corleto, 2015), derivadas como en este caso de la jerarquía de género. Lo que los jueces y las juezas dicen sobre qué es (y qué no es) abuso sexual contribuye a moldear actitudes (Kennedy, 2016: 24). La naturalización de la violencia, su minimización y la deslegitimación del discurso de la mujer evidencian cómo opera la discriminación por razones de género en las administraciones de justicia, lo cual redundará en negación de derechos a las mujeres (Di Corleto, 2017).

Todo lo dicho desalienta la denuncia, y la falta de denuncia genera un clima de impunidad que coadyuva a exacerbar las ya intolerables jerarquías de género.

Se hace carne en las mujeres víctimas la idea de que afrontar el proceso judicial será un sufrimiento. Algunas de ellas, se motivan en la idea de que deben afrontarlo porque sólo así salvarán a otras de vivir lo mismo que ellas vivieron<sup>15</sup>.

No parece razonable ni justo exigir ese nivel de altruismo.

En cambio, se cuenta con un mecanismo para -al menos- minimizar ese sufrimiento. Lo que aquí se propone viene a complementar los aportes que desde la teoría legal feminista se han hecho al tema. Es claro que necesitamos investigaciones serias, diligentes y exhaustivas, que partan desde la declaración de la víctima para luego recopilar demás prueba relevante. No se trata de flexibilizar

---

<sup>14</sup> Otras -no obstante- persisten a nuestro entender en el fallo revocatorio, pues aún se evidencia una sobrestimación de la pericia médica.

<sup>15</sup> Ver, a modo de ejemplo, la obra de Belén Lopez Peiro *Donde no hago pie*. Un adelanto aquí: <https://www.pagina12.com.ar/345517-y-si-vuelve-a-abusar-es-mi-responsabilidad>

principios constitucionales. Se trata, en su lugar, de darle a las manifestaciones del imputado, el mismo nivel de corroboración que se le exige en otros delitos y -como hemos visto- se aplica en la jurisprudencia local e internacional.

## VI.- Bibliografía

- Amaya, Amalia (2012). *La coherencia en el derecho*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35, pp. 59/90.
- Cerliani, Carla (2018). Actualizaciones de discusiones y debates en torno al consentimiento en los casos de violencias sexuales, Encuentro de Feminismo y Política Criminal organizado por INECIP, recuperado el 11/07/2021 en <https://inecip.org/documentos/encuentro-feminismo-y-politica-criminal-exposicion-carla-cerliani/>
- Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [CEDAW] (2015). Recomendación general número 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia.
- Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará [MESECVI] (2014). Declaración sobre la violencia contra las niñas, mujeres y adolescentes y sus derechos sexuales. Disponible en <https://www.oas.org/es/mese cvi/docs/DeclaracionDerechos-ES.pdf>
- Di Corleto, Julieta (2006), *Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación*, Nueva Doctrina Penal, Nro. 2, pp. 411-440.
- Di Corleto, Julieta (2015), La valoración de la prueba en casos de violencia de género, en *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Del Puerto, Buenos Aires.
- Di Corleto, Julieta (2017), Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género, en *Género y Justicia Penal*, Didot, Buenos Aires.
- Estrich, Susan (2010). Violación. En *Justicia, Género y Violencia*, Astrea, pp. 57-84.
- Frug, Mary Joe (2006). Comentario: un manifiesto jurídico feminista posmoderno (versión inconclusa), en *Crítica Jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Ediciones Uniandes, Bogotá, pp. 223-249.
- Halley, Janet (2008a). *Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-Related Violence in Positive International Criminal Law*, in *Positive International Criminal Law*, 30 MICH. J. INT'L L. 1. Disponible en: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol30/iss1/1>

- Halley, Janet (2008b). *Rape in Berlin: Reconsidering the criminalization of rape in the international law of armed conflict*, in Melbourne Journal of International Law, Vol. 9. Disponible en: <http://www.law.harvard.edu/faculty/jhalley/cv/Melbourne.pdf>
- Hercovich, Inés (2000). *La violación sexual: Un negocio siniestro*. Disponible al 12/07/2021 en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina30933.pdf#viewer.action=download>
- Kennedy, Duncan (2016). *Abuso sexual y vestimenta sexy: cómo disfrutar del erotismo sin reproducir la lógica de la dominación masculina*. Siglo XXI.
- Nieva Fenoll, Jordi (2020). *La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia)*, Revista Ius et Praxis, Año 26, N° 3, pp. 157 – 171.
- Piqué, María Luisa y Fernández Valle Mariano (2020). La imparcialidad judicial desde la perspectiva de género. En *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia* Tomo 1, Rubinzal Culzoni.
- Roberts, Paul & Zuckerman A.A.S (2004). *Criminal Evidence*. Oxford University Press.
- Schiavo, Nicolás (2019). Equilibrios y desequilibrios entre las cargas probatorias en materia penal. En *La prueba: Teoría y práctica*, Sello Editorial, Universidad de Medellín, pp. 437-466.
- Taruffo, Michele (2013). *La Verdad en el Proceso*. Derecho & Sociedad, (40), 239-248. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12804>
- Zelada, Carlos y Ocampo Acuña, Diego (2012). Develando lo invisible: La feminización de los estándares de prueba sobre violencia sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Derecho y Libertad*, Revista del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey. 4 (9). Pp. 130-182.