



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-132944-1

"Altuve, Carlos -Fiscal
Tribunal de Casación Penal-
s/Recurso extraordinario de
inaplicabilidad de ley en
causa N° 87.791 seguida a
B., S. D.; Sala VI"

Suprema Corte de Justicia:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial de Trenque Lauquen absolvió a S. D. B. en orden al delito de abuso sexual con acceso carnal por el que fuera acusado (v. fs. 5/12).

Por su parte, la Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal rechazó el recuso de la especialidad deducido por el Agente Fiscal interviniente (v. fs. 52/57 vta.).

Frente a dicha decisión, el Fiscal ante el órgano intermedio presentó recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, que tras ser declarado inadmisibile por el revisor fue admitido por esa Corte (v. fs. 61/70, 77/79 vta. y 126/128, respect.).

II. El recurrente sustenta su reclamo alegando arbitrariedad por apartamiento de las constancias de la causa y autocontradicción e inobservancia y errónea aplicación del artículo 119, primer y tercer párrafos del Código Penal.

Asimismo, denuncia la vulneración de la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y

Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención de Belem Do Pará) y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

Destaca que la Casación, desechó el reclamo al estimar que no estaba suficientemente probado que la víctima se haya resistido al abuso y que el imputado haya desplegado fuerza física.

Subraya que el tribunal afirmó que la víctima "no exteriorizó su falta de consentimiento" o que "no se resistió" (v. fs. 6/7) y que el imputado no desplegó "actos de violencia idónea para vencer la resistencia de la víctima" (v. fs. 8 vta. del incidente casatorio) y afirma que, amén de no constituir ellos elementos típicos, resulta evidente el apartamiento de las constancias del legajo.

Agrega que haber afirmado que la víctima no exteriorizó su falta de consentimiento ni opuso resistencia, -a la vez que el propio tribunal describe que la joven se negó verbal, gestual y físicamente-, constituye una conclusión dogmática que contradice abiertamente las constancias de la causa.

Añade que al afirmarse que no medió violencia física, al tiempo que al describir el hecho se indica que fue sujeta por las manos -contra su voluntad- y que el imputado la desvistió a pesar que ella se subía los pantalones y decía no querer mantener relaciones sexuales, constituye en vicio de absurdo y arbitrariedad por autocontradicción y por apartamiento notorio de las constancias de la causa.

En relación a la inobservancia de la ley sustantiva (art. 119, incs. 1 y 3, Cód. Penal), sostiene que la Casación avaló la postura del primigenio



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-132944-1

juzgador al exigir elementos no contemplados en el tipo penal, como resultan ser la resistencia por parte de la víctima y la intensidad de la misma.

Asimismo, destaca que el tribunal incurrió en la aplicación de un estándar inadecuado para evaluar el consentimiento de la víctima, desde que la protección del bien jurídico integridad sexual por parte de nuestra legislación, no admite la existencia del "consentimiento presunto" como se pretende al sostener que la víctima fue dándolo de modo implícito.

Agrega que tal conclusión no es admitida por nuestra legislación, que protege la integridad sexual de las personas como un bien personalísimo que no puede quedar supeditado a la disposición de la propia sexualidad por parte de terceros en base a una supuesta "duda" o "incertidumbre" sobre el mismo.

También refiere que resulta de inusitada gravedad que el tribunal intermedio avale razonamientos basados en estereotipos de género que quitan protección penal a la víctima, por no ajustarse a su ideal de "buena víctima" y asiente sus conclusiones a partir de reproches morales a una víctima de 16 años que tenía experiencia sexual previa y quería "apretar" pero no mantener "relaciones sexuales".

Por último, indica que la sentencia, al resolver el caso en base a concepciones estereotipadas respecto a cómo deben comportarse las víctimas de abuso sexual, incurre en vulneración de la manda convencional constitucional, lo que constituye una cuestión federal suficiente.

III. Sostendré el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley presentado por el Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal (arts. 487, segundo párr., CPP y 21 incs. 7 y 8, ley 14.442).

A los argumentos desarrollados por el impugnante -que hago propios-, agregaré los siguientes.

Antecedentes.

A fin de dar un abordaje integral a los agravios interpuestos por el Fiscal ante el Tribunal de Casación, comenzaré por hacer una breve reseña de los antecedentes de la causa.

El imputado -S. D. B.-fue acusado por el agente fiscal de haber abusado sexualmente (mediante acceso carnal vía vaginal) de la joven M. A. S., quien por entonces contaba con 16 años de edad, en el interior de un vehículo marca Ford Ka, el día 6 de mayo del año 2013.

En el debate la víctima fue contundente al señalar que dicho acto sexual no fue querido por su parte. Expresó que después del hecho se sintió humillada, con tristeza y bronca.

Fue clara al señalar que no pudo resistirse debido a que B. había tomado con una de sus manos las suyas, apretándoselas contra su pecho. Añadió que no gritó ni dio señales de auxilio. Que continuamente intentó que no le quitara el pantalón y la bombacha, no obstante B. terminó por bajarle ambas prendas hasta sus pies.

Ahora bien, el Tribunal de instancia absolvió al imputado bajo los siguientes



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-132944-1

argumentos:

1.- No pudo acreditarse que B. se haya representado que estaba accediendo a S. contra su voluntad;

2.- La víctima no exteriorizó de forma clara su falta de consentimiento (no gritó ni dio voces de auxilio, tampoco intentó morder a su agresor, ni se resistió con sus piernas para evitar ser accedida);

3.- No pudo acreditarse que B. haya ejercido una energía física tal que revista las características de violencia (continuada y suficiente) requerida por la figura;

4.- Que B. haya tomado las manos de la víctima no constituye un acto de violencia idóneo para vencer la resistencia, siendo A. *"una persona sana, conocedora de temas sexuales y respecto de la cual el varón no ejercía ninguna acción de sometimiento, autoridad o poder"*;

5.- La víctima expresó que hacía un mes que mantenía contacto con el imputado y que éste le gustaba mucho, mediando comunicaciones diarias y permanentes;

6.- Que luego de ocurrido el hecho B. la llevó hasta la esquina de su casa y se despidieron con un beso;

7.- Que cuando A. llegó a su casa estaba su madre y decidió no contarle lo sucedido, haciéndolo recién al otro día;

En conclusión -sostuvo- que los hechos denunciados no estuvieron precedidos de violencia y que en A. S. no hubo resistencia, ya que no se

podría sostener dicha circunstancia solo con la premisa de que el imputado le sujetara las manos.

A continuación, realizó un repaso de circunstancias en las cuales se presentan denuncias falsas de violación, enumerando: temor al embarazo, el incumplimiento de promesas amorosas, resentimiento o venganza.

Tal enumeración las relacionó con las constancias de la causa indicando:

a.- la víctima le habría manifestado al imputado que tuviera cuidado con lo que hacía ya que no había tomado la pastilla anticonceptiva.

b.- que A. S. manifestó en la cámara gesell que al despedirse el imputado le habría manifestado: nos volvemos a ver amor, para no llamarla nunca más;

c.- que tuvo miedo de contar el evento en su casa porque su mamá le decía que no se juntara con esa persona;

Dicha sentencia fue recurrida por el Fiscal de Juicio. Arribada la causa a la instancia casatoria el tribunal rechazó el recurso interpuesto. Para así decidirlo sostuvo que no se advertía defecto alguno en el razonamiento efectuado por el Tribunal de Juicio.

Para arribar a tal conclusión transcribió la sentencia de juicio y estimó que los reclamos invocados no tenían entidad para conmover lo resuelto, ya que los mismos fincaban en extremos periféricos.

Fundamentos.

Como adelantara, adhiero en un



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-132944-1

todo a los fundamentos dados por el impugnante en cuanto advierte que la casación efectuó una revisión aparente incurriendo en arbitrariedad, a lo que añadiré lo siguiente.

La valoración de la prueba es una atribución judicial, sin embargo estará afectada cuando los estereotipos contaminan el accionar del órgano de juzgamiento.

Introduciéndome ya en las constancias de la causa, observo que los juzgadores -contra toda lógica posible- afirmaron tener certeza de que A. habría consentido la relación sexual con S. B. A tal conclusión arribaron en base a afirmaciones dogmáticas basadas en prejuicios de género.

Doy razones.

Me permito recordar que según las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma (Regla 70):

**"El consentimiento de la víctima no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido la capacidad de dar un consentimiento voluntario y libre";*

**"El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual"*

**"La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un"*

testigo".

Dicho esto, no debe perderse de vista la naturaleza delictual de las conductas que da cuenta el tipo legal previsto en la acusación y el bien jurídico tutelado por la norma, que no es otro que la libertad sexual, siendo uno de los medios comisivos el que radica en el aprovechamiento por parte del autor de toda situación en la que la víctima, por cualquier causa, no haya podido consentir libremente la acción.

La expresión "aprovechándose" que utiliza la redacción del tipo es un elemento que debe ser valorado objetivamente, siempre teniendo en consideración las circunstancias concretas en que el hecho ha tenido lugar, de manera tal que resulte posible afirmar que el sujeto debía haberse representado el estar ejecutando un acto sexual sin el consentimiento libre del otro.

Asimismo, dable es recordar, que de conformidad al texto vigente (ley 25.087) se suprimió la atención en la resistencia de la víctima y se la colocó en la libertad de consentimiento.

Advierto que en autos -para responder a la cuestión relativa al consentimiento- los jueces apelaron al uso de ideas preconcebidas y de estereotipos de género, que constituyen lo que en la doctrina sobre la arbitrariedad se denominan afirmaciones dogmáticas.

El tribunal razona a partir del estereotipo según el cual las víctimas de violencia sexual poseen responsabilidad sobre el abuso, al no haber demostrado suficientemente claro su falta de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-132944-1

consentimiento.

Para decirlo de otro modo, el acento está puesto en la víctima, cuando en realidad la cuestión traída a decisión jurisdiccional versa sobre la conducta del imputado.

Ahora bien, el sometimiento -debo aclarar- en modo alguno es compatible con la voluntad. Hay voluntad o hay sometimiento. Y si hay sometimiento, no hay consentimiento.

El Comité de la Cedaw ha elaborado la Recomendación número 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia y en especial advirtió (C.26):

"Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. Con frecuencia, los jueces adoptan normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado a la mujer y castigan a las que no se ajustan a estos estereotipos, destacando que esto tiene consecuencias de gran alcance, por ejemplo, en el derecho penal, ya que dan por resultado que los perpetradores no sean considerados jurídicamente responsables de las violaciones de los derechos de la mujer, manteniendo de esta forma una cultura de impunidad. En todas las esferas de la ley, los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia..."

Dicho contexto perjudicial llevó al juzgador a exigir requisitos que el tipo penal no prevé como así también restarle valor al testimonio de la víctima quien claramente afirmara su clara negativa a ser

accedida carnalmente por el imputado y, por otra parte, condujo al juzgador a soslayar el peso de la desigual posición de las partes por mediar un vínculo de conocimiento previo y que (en función del mismo) la víctima haya accedido previamente a besarse con el imputado.

Julietta Di Corleto refiere que los estereotipos pueden alterar la manera en la que son analizados determinados elementos de los tipos penales que sancionan la violencia sexual.

Sostiene la existencia de mitos que sustituyen la prueba del consentimiento; uno de ellos es aquel que respalda la imagen que propugna que solo las mujeres vírgenes son violables. Aún 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.

Así también postula como mito, que si las mujeres dicen "no" en realidad están diciendo "si". Desde la perspectiva de este "errado saber popular", si la mujer dice "si" una primera vez, no hay razón para creer que en una segunda oportunidad dirá "no". La cuestión es establecer los límites de un consentimiento, porque incluso un "si" puede tener determinadas limitaciones y condiciones. Una mujer puede consentir un contacto sexual, pero no necesariamente un acceso carnal. (Di Corleto, Julieta; *Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación*, Editores del Puerto, Buenos Aires).

Otro mito respecto al abuso sexual en torno a la violencia sexual es que solo es



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-132944-1

cometido por extraños- (Di Corleto, Julieta, ob. cit).

Al respecto, Susan Estrich, al analizar el sexismo -expresado en el derecho penal-, refiere que cuando víctima y victimario se conocen, (cuando el escenario no es un callejón sino una habitación, cuando el contacto inicial no fue un secuestro sino una cita, cuando la violencia empleada es menor), suele decirse que no se ha cometido ningún delito, y que si hay culpa, es de la mujer. (Estrich, Susan; *Violación, en Justicia, género y violencia*, Julieta Di Corleto (comp.), Editorial Librería-Red Alas, Buenos Aires, 2010).

Duncan Kennedy, expresa que los roles femeninos en los guiones del abuso sexual, tales como "la provocadora", "la mentirosa vengativa", "la fabuladora histérica", "la demasiado susceptible", no cumplen su parte del acuerdo y por lo tanto renuncian a la protección patriarcal.

Viendo a mujeres víctimas nuevamente victimizadas en los procesos judiciales -como en nuestro caso A.-, los hombres y las mujeres aprenden que la reparación por abuso sexual depende de que la afectada sea o parezca una víctima "perfecta", lo cual significa ajustarse a las normas patriarcales. (Kennedy, Duncan; *Abuso sexual y vestimenta sexy: cómo disfrutar del erotismo sin reproducir la lógica de la dominación*", Siglo XXI, Buenos Aires, 2016, pp. 19-63).

Dicho esto y como puede observarse de los extractos referenciados del fallo de primera instancia (consignados en los antecedentes) y convalidados por el órgano casatorio-, se deduce que el

mismo no es neutral. Es un decisorio subjetivo, prejuicioso, parcial y discriminatorio. En efecto, tanto las descripciones que se hacen de la víctima, como del comportamiento del imputado, demuestran un doble parámetro en la valoración de las conductas de ambos: hay una consideración diferenciada de la conducta de acuerdo al sexo. Se pone énfasis en la conducta sexual de la víctima, se enfoca principalmente en su personalidad, su forma de relacionarse con el imputado, su vida sexual anterior, y todo ello es valorado negativamente.

Así, el pronunciamiento absolutorio -en su análisis de los hechos y valoración de la prueba-, viola las convenciones internacionales y la normativa nacional que rigen el punto. Toma el historial sexual, y conductas pasadas, para presumir el consentimiento en este hecho, violando el derecho a la intimidad de la víctima que debe quedar en su esfera privada (art. 19 Const. nac.).

Lo precedente representa el altísimo costo que la víctima debió pagar, ya que ha sido juzgada tanto ella como su pasado.

En palabras de la SCBA:

"El empleo de estereotipos de género en el razonamiento de los jueces constituye uno de los obstáculos que impiden a las mujeres el ejercicio de su derecho de acceder a la justicia en condiciones de igualdad, y conduce a descalificar su credibilidad y a asignarles una responsabilidad tácita por los hechos denunciados, por ejemplo, en virtud de su relación real o supuesta- con el agresor." (SCBA causa P. 125.687, sent de 23-10-2019).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-132944-1

Recapitulando, lo relevante de este proceso -en relación al hecho que se está juzgando- es si la víctima prestó o no su consentimiento, y -en tal caso- si el mismo ha sido dado libremente.

En tal sentido, la conclusión del sentenciante -y de sus pares del Tribunal de Casación- de que en el ejercicio sexual puede mediar un "consentimiento presunto" resulta un estándar que se aleja de las normas legales vigentes.

En efecto, A. fue clara en su negativa a mantener relaciones con B. Pero incluso -de existir una posible duda- el imputado no debió haber avanzado.

De los antecedentes de la causa -transcriptos al comenzar mi dictamen- se desprenden que el Tribunal de Juicio (pronunciamiento convalidado por el tribunal casatorio) ha resuelto la absolución de B., incurriendo en arraigados estereotipos de género; a saber:

a.- el hecho de que la víctima conociera previamente al autor y la existencia de un vínculo previo;

b.- que la víctima se haya subido voluntariamente al vehículo del imputado y que haya manifestado que "sólo quería apretar"

c.- que luego del hecho la haya llevado hasta su casa y la haya despedido con un beso;

d.- que A. no gritó ni pidió auxilio; y que tampoco intentó sacárselo de encima; *"no existió resistencia seria, persistente, real y efectiva; no lo mordió ni resistió con sus piernas para evitar ser*

accedida";

e.- que A. tenía experiencia sexual y que tomaba pastillas anticonceptivas;

f.- que la experiencia judicial indica que las denuncias falsas por violación pueden deberse -entre otras causas- al temor de un embarazo o el resentimiento ante la ruptura del vínculo, indicando que ambos supuestos se presentaban en autos;

g.- la conducta posterior de la víctima (en cuanto llegara a su domicilio y decidiera no comunicarle lo sucedido a su madre, esperando hasta el otro día para hacerlo);

Tal como se advierte la resolución de esta causa (confirmada por el Tribunal de Casación) se encuentra viciada de prejuicios y estereotipos que han impedido el análisis del caso bajo una mirada imparcial y con la perspectiva de género e infancia que se imponía en el análisis de los elementos probatorios obrantes en autos, lo que solicito así de declare.

IV. Por lo expuesto, considero que esa Corte debe acoger el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal, revocar el pronunciamiento dictado y devolver las actuaciones a ese instancia para que jueces habilitados dicten un nuevo pronunciamiento conforme los parámetros expuestos.

La Plata, 20 de abril de 2021.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-132944-1

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND, JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia -
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

20/04/2021 16:53:48

