

## SE PRESENTA COMO AMIGO DEL TRIBUNAL

### A LOS SEÑORES JUECES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES:

El **INECIP** (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales), representado por su presidente Alberto Martín Binder, Documento Nacional de Identidad N° 12.317.673 y su vicepresidente, Alfredo Pérez Galimberti, Documento Nacional de Identidad N° 10.915.509; con el patrocinio letrado de Gerónimo Martín Erdmann Mc Donald (T°64 F°232), domicilio electrónico [20304607484@notificaciones.scba.gov.ar](mailto:20304607484@notificaciones.scba.gov.ar) , y con domicilio constituido en Calle 48 nro. 633, piso 4, oficina 410 de la Ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires, en la Causa “*FARIAS Matías Gabriel, MACIEL, Alejandro Alberto y OFFIDANI Juan Pablo s/ Recurso de Casación interpuesto por el Particular damnificado y registrada bajo el N° 95.425*”, se presenta y dice:

#### I. PERSONERÍA

Nos presentamos en nuestra calidad de representantes legales del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), tal y como surge de los estatutos sociales que se ponen a disposición de los Señores Jueces para el caso de ser requeridos.

#### II. OBJETO

En el carácter invocado, venimos por este medio a solicitar ser tenidos como *amicus curiae* para proponer argumentos de relevancia pública para la resolución de la Causa “*FARIAS Matías Gabriel, MACIEL, Alejandro Alberto y OFFIDANI Juan Pablo s/ Recurso de Casación interpuesto por el Particular damnificado, registrada bajo el N° 95.425*”.

### **III. ADMISIBILIDAD**

El memorial en derecho que presentamos se inscribe en la tradición jurídica conocida en la comunidad jurídica internacional con el nombre de “Amicus Curiae”. El objeto de presentaciones de este tipo es que terceros ajenos a una disputa judicial, pero con un justificado interés en la resolución final del litigio, puedan expresar sus opiniones en torno a la materia a través de aportes de trascendencia para la sustentación del proceso.

Es dable señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su Acordada N° 28, del catorce de julio del año 2.009, luego modificada por Acordada N° 7 del año 2013, ha calificado al instituto señalado “como un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia, el Tribunal considera apropiado que, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, se autorice a tomar intervención como Amigos del Tribunal a terceros ajenos a las partes, que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto.”

No debe omitirse, por último, que la actuación de los Amigos del Tribunal, encuentra sustento en el Sistema Interamericano al cual se ha asignado jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 C.N.), pues ha sido objeto de regulación en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 62.3) y ha sido expresamente autorizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sustento en los arts. 44 y 48 de la Convención Americana”.

Numerosas organizaciones de la sociedad civil han recurrido con frecuencia al instituto del Amigo del Tribunal como mecanismo para intervenir, realizando aportes en el marco de disputas sometidas a decisión judicial. “La posibilidad de fundar decisiones judiciales en argumentos públicamente ponderados constituye

un factor suplementario de legitimidad de la actuación del Poder Judicial. La presentación del Amicus Curiae apunta entonces a concretar una doble función: a) aportar al tribunal bajo cuyo examen se encuentra una disputa judicial de interés público argumentos u opiniones que puedan servir como elementos de juicio para que aquél tome una decisión ilustrada al respecto; y b) brindar carácter público a los argumentos empleados frente a una cuestión de interés general decidida por el Poder Judicial, identificando claramente la toma de posición de los grupos interesados, y sometiendo a la consideración general las razones que el tribunal tendrá en vista al adoptar y fundar su decisión. Entre nosotros, Carlos Santiago Nino ha insistido en esta segunda función, que convierte al Amicus Curiae en un instrumento útil para abrir canales de participación y fortalecer la representación de grupos motivados por un interés público en la toma de decisiones judiciales”<sup>1</sup>.

#### **IV. INTERÉS DE AMIGO DEL TRIBUNAL EN EL CASO**

Desde 1989, la línea de trabajo principal de INECIP es la contribución a los procesos de fortalecimiento del Estado de Derecho en Latinoamérica y el Caribe, impulsando actividades en el ámbito de los sistemas de administración de justicia penal, con el objetivo de democratizarlos a fin de disminuir la violencia en la respuesta institucional.

De esa manera se pretende construir y cimentar una administración de justicia que asegure un absoluto respeto por los derechos humanos, promoviendo sistemas de justicia y prácticas jurisdiccionales que tiendan a la gestión y resolución no violenta de los conflictos con amplia participación social y que, a su vez, observe un estricto respeto por las garantías individuales.

La transformación que buscamos pretende cambios a nivel normativo y de organización de la administración de justicia penal. También asume la necesidad de construir y fortalecer una nueva cultura donde el respeto por los derechos

---

<sup>1</sup> Conf. Abregú, Martín y Curtis, Christian, “Perspectivas y posibilidades del amicus curiae en el derecho argentino”, AAVV, La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 402.

humanos sea una práctica efectiva. En particular, es un objetivo de INECIP mejorar la calidad institucional de los sistemas de administración de justicia en general propiciando iniciativas que fortalezcan la capacidad de diálogo entre las instituciones y la sociedad civil. El *amicus curiae* es uno de los canales específicos para ello.

Desde el año 2017, y asumiendo las complejidades que la agenda de los sistemas de justicia penal enfrentan ante la multiplicación de demandas sociales, además de la emergencia de formas de violencias hasta ahora invisibilizadas o de escasa atención jurídico/judicial, tal como ocurre con las violencias en razón de género, se ha comenzado a desarrollar una línea particular de investigación consistente en abordar con carácter integral la articulación -democrática y constitucionalmente insoslayable- entre derecho penal y perspectiva de género.

A tal efecto hemos conformado dentro de la institución un área de trabajo específica, denominada *Feminismos y Justicia Penal*, entre cuyas tareas centrales se encuentran la revisión crítica y analítica de pautas interpretativas que favorezcan la inclusión de la perspectiva de género como criterio hermenéutico exigible a la luz de las previsiones de convenciones internacionales en materia de protección de derechos humanos, de cuyo desarrollo nos ocuparemos más extensamente a lo largo de la presentación a los efectos evitar reiteraciones innecesarias.

## **V. CUESTIONES DEBATIDAS EN LA CAUSA**

En relación con la sentencia dictada el 26 de noviembre de 2018, cuya revisión fue sometida a vuestro tribunal entendemos necesario efectuar las consideraciones jurídicas que exponemos conforme los siguientes dos ejes:

- I. El uso de estereotipos y la utilización de prejuicios incompatibles con la ley como herramientas para sustentar la valoración probatoria y razonabilidad de la decisión judicial.
- II. La articulación de perspectiva de género en el ejercicio de la jurisdicción como imperativo constitucional.

**V.I. El uso de estereotipos y la utilización de prejuicios incompatibles con la ley como herramientas para sustentar la valoración probatoria y razonabilidad de la decisión judicial.**

La sentencia recurrida es resultado de un juicio oral y público y por lo tanto nuestros aportes no van a versar sobre la suficiencia probatoria, puesto que no hemos participado de él.

Vamos a enfocarnos en consideraciones sobre el sistema valorativo, la problemática del apoyo en prejuicios y arquetipos que se utilizan al valorar la prueba, en la medida en que guardan relación con la omisión de exigencias constitucionales en materia de género.

Consideramos necesario ir textualmente sobre la resolución, en particular sobre el voto del Juez Carnevale, y al que adhieren enfática y expresamente en su totalidad el juez Gómez Urso (*“Comparto en todos sus términos el sufragio del Dr. Carnevale, pues desarrolló de modo detallado la secuencia de los eventos”*) y el Juez Viñas (*“Comparto el meticuloso y prolijo análisis efectuado por quien lleva la voz cantante en el sufragio, Dr. Carnevale”*).

Se pregunta allí: **“¿Era Lucía una adolescente que podía ser fácilmente sometida a mantener relaciones sexuales sin su consentimiento?”** Y responde el Juez:

“La Dra. Solari – defensora de los acusados- señaló que **Lucía era de tener relaciones con hombres a los que apenas conocía** pero que eso ocurría por su propia elección y cuánto ella lo quería”.

Adelanto que -a mi entender- este interrogante propuesto debe ser contestado (...) de manera negativa, siendo **innegable que Lucía tenía una personalidad**

**que distaba mucho de ser sumisa**”, circunstancia que nos fuera referida por **su hermano, Matías** quien **dijo que ella tenía una personalidad fuerte** y por **su madre quién señaló que** - a pesar de tener buen diálogo con Lucía - ésta le contaba hasta donde quería, por lo que **no sabía nada de su vida sexual**”.

Claramente la decisión impugnada, en ese punto medular, se apoya en preguntas que están centradas en relevar circunstancias vinculadas con la conducta sexual previa y la vida privada de Lucía Pérez. Desde el punto de vista de la relevancia jurídica de la cuestión debatida en torno al consentimiento esa pregunta sugiere, a *contrario sensu*, que alguien puede ser sometido sexualmente con su consentimiento.

Vale la pena recordar, en relación con esa forma de razonamiento, lo señalado oportunamente por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en cuanto sostuvo que es contradictoria la fundamentación de la sentencia cuando se refiere a "abusos sexuales consentidos"<sup>2</sup>.

La respuesta a una pregunta vaga y compleja como la señalada podría referir a tres cuestiones distintas: si Lucía era una adolescente, si Lucía podría haber sido sometida sexualmente y, finalmente, sobre el consentimiento; por lo cual le caben todas las prevenciones que desde el punto de vista de la lógica argumental se hacen a este tipo de preguntas como base de un juicio.

Por otra parte, contiene conceptos valorativos no explicitados: ¿Qué significa que alguien pueda “ser sometida **fácilmente**”? ¿A qué llama el juez **sometimiento**? Vale destacar que, en nuestro país, no es jurídicamente relevante la facilidad o no que se confiera a las víctimas para someterse ya que, justamente, el requisito típico es ausencia de consentimiento -ni fácil ni no fácil-, y nada dice del sometimiento en este caso. No se trata del juicio de ella sino sobre la conducta del acusado.

Las preguntas que versan sobre la competencia de las víctimas introducen de lleno la exigencia patriarcal de que debemos responder a ciertos perfiles estereotipados para que el abuso sea considerado como tal y se inscribe en

---

<sup>2</sup> Adorno Florentín, Atilio Ramón s/rec. de casación. 24/04/14, Causa n° :513/13 resuelta por los Jueces Ledesma, David y Slokar, y Causa n° : 513/13

concepciones ancestrales que han llegado, incluso en el campo del derecho, a exigir pruebas sobre la entidad de la resistencia, pues esa es la única lectura aplicable a la idea de que la constitución física o la personalidad de la víctima tallen en la decisión<sup>3</sup>.

En esa línea de razonamiento: ¿Cómo sería una víctima cuya personalidad sea “difícilmente abusada”? Estas preguntas sólo pueden contestarse a base de estereotipos y prejuicios que acarrearán lógicamente la tacha de arbitrariedad por tratarse de fundamentos solo aparentes.

Lucía “distaba mucho de ser sumisa” dice el juez en la respuesta, lo que implica que sólo quienes respondan a ciertas características podrían ser “fácilmente sometidas”. ¿Cuál es la unidad de medida para ponderar la facilidad o no con que alguien puede ser sometido? ¿Cuál es la noción de sumisión que el juez utiliza como parámetro?

El recurso a estereotipos, que es lo que sucede cuando se estipulan perfiles de personas víctimas o victimarias, “distorsionan las percepciones, y en la práctica judicial, conducen a decisiones que en lugar de basarse en hechos relevantes, se fundan en creencias y mitos preconcebidos. De esa forma, afecta el derecho de las mujeres a un proceso judicial imparcial”<sup>4</sup>.

En relación con estos defectos en la motivación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha dicho que “se verifica a su respecto una fundamentación sólo aparente, apoyada en conclusiones dogmáticas o inferencias sin sostén jurídico o fáctico, que no parece responder más que a la exclusiva voluntad de los jueces”<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> En efecto, no sólo ocurría eso en la jurisdicción local. En los Estados Unidos se terminó por prohibir la corroboración de resistencia por parte de las víctimas en la mayoría de los Estados precisamente porque lo que se juzga es una agresión sexual y no la conducta de quién es agredida. Ver al respecto Dempsey Madden, M. La persecución penal de la violencia contra las mujeres: hacia un enfoque basado en méritos de la suficiencia probatoria, publicado en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo Nro. 2, noviembre de 2015. Disponible en [https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub-14/Revista\\_Juridica\\_Ano14-N2\\_12.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N2_12.pdf)

<sup>4</sup> Piqué M. y Pzellinsy R (2001), Obstáculos en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, ISSN 0328-5642, Año 14 Nro. 2, noviembre 2015, Pág. 228.

<sup>5</sup> Fallos: 303: 386; 306: 1395; 307:1875; 311:512 y 326:3734, entre muchos otros.

Acto seguido, el Juez Carnevale agregó “es oportuno en este tema **(tal como lo hicieran las partes) recurrir al análisis de los chats de whatsapp que fueran extraídos de los teléfonos celulares**”. Se trata de la ponderación probatoria de conversaciones sobre otros episodios con otras personas, concluyendo que “Lucía tenía sexo con quién y cuándo quería”.

Esa afirmación es un juicio valorativo sobre el contenido de sus conversaciones privadas, alejadas en seis meses del momento del hecho (chats de abril 2016 - hechos objeto del juicio en octubre 2016) y sin que siquiera fueran conversaciones con los involucrados en el hecho que ahora se juzga.

Y agrega Carnevale en la misma línea “Resulta muy importante para reforzar esta idea de que **Lucía no estaría con nadie sin su consentimiento**, el chat # 10 que ella mantuviera con un joven identificado como ‘amigo de Juli’ en el que luego de intercambiarse insinuaciones de contenido sexual, fotografías en ropa interior y hasta el miembro viril del joven, Lucía frena el avance del mismo diciéndole de manera directa ‘es que vos tenés 17 y yo e (sic) estado con chabones de 29.28,26.23. 21’ ”

La afirmación “Lucía no estaría con nadie sin su consentimiento” carece de sustento objetivo. No se indica cómo esa afirmación podría constituirse como base válida para acreditar o desacreditar los hechos debatidos en la causa, dado que obviamente, el consentimiento del que se puede discutir es el referido al día y momento en que ocurrieron los hechos, no uno genérico e indeterminado y menos aún, uno pretérito.

Esa estructura de razonamiento tiene sentido si, como adelantamos, el objeto de juicio fuera la competencia de Lucía para ser víctima, pero no es de lo que se debe ocupar un juicio en el que se debe corroborar una acusación de delitos sexuales pues el sujeto activo no puede ser la propia víctima, sino la persona acusada.

Estos elementos son considerados aquí además en relación con el trato indiferente, desde el punto de vista valorativo, que se da los elementos de prueba y argumentos del fiscal y la querrela, siempre según los términos de la sentencia.



La jurisprudencia tiene dicho que el sistema de las libres convicciones razonadas o sana crítica implica que los jueces tienen la facultad de preferir unas pruebas en desmedro de otras, siempre que ello se realice con apego a las reglas de la lógica, la experiencia y el sentido común”<sup>6</sup>.

Volviendo a la pregunta concluye el Juez Carnevale “No está en el ánimo del suscripto juzgar la vida sexual de Lucía, pero de los chats analizados surge claramente que **sus vivencias en ese sentido alejan por completo la posibilidad de que hubiera sido una víctima sometida sin su voluntad**”.

Vale la pena citar, justo en este punto, jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal en cuanto afirmó, a nuestro juicio correctamente, que “No es posible aceptar un prejuicio que permita creer que las mujeres que conversan con desconocidos en la madrugada son propensas a consentir las relaciones sexuales”<sup>7</sup> en conjunción con un pronunciamiento de otra Sala en la que se sostuvo que “La sola circunstancia de que la damnificada no presente rasgos estigmatizados de victimización sexual no empece a que los hechos hayan sido cometidos”<sup>8</sup>.

Luego el juez formula una tercera pregunta: **¿existía una relación de subordinación entre Lucía y Farías?**

Y responde, “más allá del esfuerzo de la parte acusadora en demostrar que existió un estado de vulnerabilidad dentro de un contexto analizado desde la perspectiva de género, que ello fue basado en una relación desigual de poder donde la mujer suele ser uno de los grupos (sic) más afectados siendo Lucía cosificada (...) lo cierto es que a mi criterio nada de eso existió y que se está tratando de encauzar de cualquier manera el desatino inicial de la Dra. Sánchez (...) Diré porqué” (fs. 19/20).

---

<sup>6</sup> Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires, Sala II, Sentencia del 20/9/2005, causa 14753. “B”.

<sup>7</sup> Gómez, Gustavo A. s/rec. de casación, resuelta el 26/04/12 Causa n°: 11141 Sala III, Jueces Slokar, Figueroa y Ledesma, Registro n° 19885.2.

<sup>8</sup> Aichino, Roberto s/rec. de casación, Causa n° : 14578, resuelta el 28/10/12, Sala IV, Geminiani, Borinsky y Hornos, Registro n° 2104.13.4

Por ejemplo, el Juez Carnevale, sostiene que de la comunicación escrita no surgen circunstancias “que hagan presumir la manifestada ultraintención de someter sexualmente a nadie” (fs. 20).

¿A qué máxima de la experiencia puede corresponder la idea de que quien tiene una intención, voluntad o decisión de abusar sexualmente de otra persona, razonablemente pueda adelantarse por escrito en días anteriores?

A todo esto, el voto del Juez Carnevale, concluye diciendo “No existen elementos probatorios que permitan señalar que Lucía se encontraba en una situación de subordinación o vulnerabilidad que le imposibilitaran (sic) consentir libre y voluntariamente una relación sexual, no habiéndose visto forzada ni física, ni moralmente a concurrir a la vivienda de Farías el día en que ocurrió su deceso”.

En el caso no está en discusión que Lucía fue voluntariamente al domicilio de Farías pero ese consentimiento no permite hacer afirmaciones sobre el consentimiento en cuanto a las relaciones sexuales mantenidas que es el que aquí importa.

Por último, nos referiremos a las preguntas sobre las conductas anteriores y posteriores de Farías como parte del razonamiento judicial.

El juez Carnevale se pregunta si las conductas del acusado tienen “correspondencia con las de una persona cuya intención es abusar sexualmente”. Y entonces: ¿Cómo está construida, en base a qué informaciones, conforme qué valoraciones construye ese estándar de correspondencia que él mismo propone? Lo que el Juez pondera es: que a Farías le había gustado Lucía y que a ella el imputado tampoco le fue indiferente, que se enviaron temas musicales, que en el chat no hubo, a diferencia del que Lucía tuvo con el “amigo de Juli”, referencias a ningún tema sexual o el envío de fotografías con ese contenido y finalmente “debiendo destacar que tal como lo afirmara el coimputado Offidani y el propio Farías, este último compró facturas y una Cyndor para compartir con Lucía en su domicilio”.

Finalmente concluye: “Es **evidente** que estas actitudes no son las **asumidas habitualmente** por las personas con intención de cometer un hecho tan aberrante como el que resulta acusado”.

Ni *evidente* ni *habitualmente* son términos que permitan ponderar cuál es la base de esa afirmación, cuál es el patrón o la unidad de medida o frecuencia en base a la cual se establece una comparación como la que allí se usa como base del juicio valorativo. En sentido contrario, si damos por válida una argumentación semejante, ¿eso implica que si alguien manda fotos de contenido sexual explícito en una conversación, y en lugar de chocolatada y facturas compraran bebidas alcohólicas, la conclusión sería otra?

Como venimos señalando la validez de las inferencias, las razones dadas por el juez allí donde no hay conexión objetiva entre lo que se considera una prueba y lo que se pretende probar, “depende de los contextos en que se plantee el problema de la inferencia (...) Una cosa es que se encuentre en el ámbito de un sistema axiomatizado, otra que se encuentre el contexto de la física o de otra ciencia de la naturaleza (...) Cada uno de estos contextos, en realidad, define en forma peculiar las características de las inferencias que admite en su seno (...) el proceso es en cambio un caso particular de aplicación del sentido común. El discurso se fija entonces, en aquellas reglas, máximas o nociones de la experiencia común que representan el contexto cultural y el repertorio de conocimientos que el sentido común ofrece al juez como instrumento de la valoración de las pruebas” y más adelante señala respecto de la fundamentación del criterio de inferencia que “Es obvio que **la fuente de las máximas de la experiencia es el sentido común o la cultura del hombre medio en una determinada situación espacio – temporal** (...) Puede suceder, en efecto, que aquellas máximas tengan una fundamentación más sólida (...) **pero a menudo ocurre que su fundamentación es mucho más incierta o incluso insuficiente, como cuando se trata –más que de generalizaciones fundadas en la experiencia- de lugares comunes o de prejuicios difundidos**”<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Taruffo, M. Op. Cit. Pág. 270 -273.

También es útil para revisar la estructura de razonamiento y el rol de los prejuicios, considerar la presencia de estándares valorativos distintos respecto de la tutela del principio de reserva (art. 19 CN).

El juez Viñas, sostiene que las informaciones de Facebook y chats privados “deben quedar comprendidos en el principio de reserva del art.19 de nuestra Carta Magna, ya que se tratan de **situaciones de carácter íntimo que no constituyen prueba de cargo** y que deben quedar exenta de la autoridad Judicial”. Esa afirmación categórica sobre el art 19 contrasta con la ausencia de consideración similar al tratar información privada de Lucía.

Si la comunidad jurídica internacional establece como límite el análisis y la posibilidad de inmiscuirse en el pasado de las víctimas como si fueran ellas las enjuiciadas incluso cuando se trata de personas que pueden comparecer en juicio<sup>10</sup>, todos esos recaudos se deben extremar aún más, en casos en los que la víctima murió en el mismo contexto del hecho investigado o en forma inmediatamente posterior. Ello porque precisamente ya ni siquiera esa información queda sujeta a corroboraciones posibles.

La admisibilidad de esa información en el juicio tampoco exonera al órgano juzgador de acreditar su pertinencia al momento de motivar en ella su decisión porque “incluso sobre la prueba rendida en el debate debe operar un estándar probatorio que limite las inferencias subjetivas de valoración”<sup>11</sup>.

Los jueces “tienen el deber preciso de extraer, de su contacto directo con la prueba, los **factores epistémicamente aceptables**<sup>12</sup>” y eso no es posible si las máximas de la experiencia no están explicitadas pero tampoco cuando, aunque lo estén, den cuenta de prejuicios o estereotipos discriminatorios.

Por el contrario ocurre que esas exigencias “con frecuencia son fundamento para el argumento de lo absurdo, pues pretextando máximas de la experiencia, y

---

<sup>10</sup> Michelle J. Anderson, “From Chastity Requirement to Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law”, *George Washington Law Review*, 2002

<sup>11</sup> Schiavo. N. (2013), Valoración racional de la prueba en materia penal. Un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad, Editores del Puerto, Bs. As. Argentina, P. 51.

<sup>12</sup> Tarufo, M. (2003) Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba, Edición digital a partir de *Discusiones: Prueba y conocimiento*, núm. 3 (2003), Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes (2008) Pág. 26.

malentendiéndolas como licencias para valorar la prueba, se elabora una sentencia carente de sustentación lógica y motivación”<sup>13</sup>.

No debe confundirse el reconocimiento de un margen irreductible de discrecionalidad y remisión al sistema de valoración personal de quien juzga, con la posibilidad de que quien juzga se desentienda de dar razones o se apoye explícita o implícitamente en motivos constitucionalmente inadmisibles. Acordamos con que “el juez en particular nunca es neutral si por neutralidad no se entiende sólo su honestidad intelectual y su desinterés personal por los intereses concretos en la causa, sino una imposible ausencia de valoraciones o de carácter político de las opciones y una ilusoria objetividad de los juicios de valor. Y si las elecciones son inevitables, es cuando menos una condición de su control y autocontrol (...) que aquellas sean conscientes, informadas en principios, en vez de enmascaradas o en todo caso, arbitrarias (...) Bajo este aspecto, aun persiguiendo la fundamentación del poder judicial con bases lo más cognoscitivistas posibles y su reducción a los estrictos poderes de verificación y de connotación, el garantismo no tiene nada que ver con el legalismo y el literalismo. Por el contrario, incluye la crítica a la ideología mecánica de la aplicación de la ley. En efecto, puesto que en ningún sistema el juez es una máquina automática, concebirlo como tal supone hacerlo presa de la estupidez o peor, de los intereses y condicionamientos de poder más o menos ocultos y, en todo caso, favorecer su irresponsabilidad política y moral”<sup>14</sup>.

Los principios, normas, recomendaciones y criterios que apoyan la invalidez del uso de estereotipos de género y en particular reconocen como particularmente pernicioso el uso de información previa sobre el pasado sexual de las víctimas, forma parte de la dinámica indispensable para corregir los abusos derivados de la pretensión de que la indiferencia a las desigualdades de género es defendible.

---

<sup>13</sup> Barrios González, B. (2018) Teoría de la sana crítica. Interpretación, valoración y argumentación de la prueba. Marcial Pons Editores, México, P. 128.

<sup>14</sup> Cf. Ferrajoli, L Derecho y Razón, Op. Cit. Pág. 174 – 175.

Se ha señalado que “la inadecuada simplificación detrás del uso de estereotipos da cuenta de las dificultades para aprehender la complejidad de la violencia y, fundamentalmente, la imposibilidad de comprender las experiencias de las mujeres. Por tal razón, es necesario contar con ciertos lineamientos que eviten la discriminación en la valoración de la prueba, en particular cuando se evalúa la declaración de la víctima.”<sup>15</sup>

**Si el valor dado por los jueces para dar por acreditado el consentimiento se apoya principalmente en una valoración de una información – que no puede corroborarse por confrontación o máximo de refutación porque nadie puede saber si lo que esas conversaciones afirman es así - que refiere al consentimiento de otras relaciones sexuales en el pasado, esa valoración encubre un juicio prejuiciado. Y ello puede traducirse en que el Tribunal afirma que quien consintió relaciones sexuales una vez – o ejerció su derecho a tenerlas- las consiente siempre y que no es posible que sea “violentado o forzado” no como consecuencia de la ausencia comprobada de conductas en los sujetos activos de los delitos investigados, sino como derivación de una ponderación prejuiciosa de la vida pasada de la persona afectada por el hecho objeto de investigación.**

Los juicios sobre las víctimas se inscriben en largas tradiciones jurisprudenciales que legitiman la administración de niveles distintos de protección basados en la pretérita centralidad del carácter “honesto” o no de las víctimas.

Sabido es que mientras los hoy llamados delitos contra la libertad sexual se regulaban como delitos contra la honestidad, el enjuiciamiento implicaba de manera descarada un juicio de conducta sobre las propias víctimas pero que al menos guardaba relación con el bien jurídico que aquellas figuran protegían. Esa forma de ejercer la función jurisdiccional se vincula con aquel momento histórico,

---

<sup>15</sup> Di Corleto J. y Piqué M. (2017), “Pautas para la recolección y valoración de la Prueba con Perspectiva de Género”, en “Género y Derecho Penal”, Ed. Instituto Pacífico S.A.C., primera edición p. 428.

que evidentemente está normativamente superado, más no así en la práctica jurisprudencial:

“Aun cuando hace más de una década que se han reformado las normas que tipifican los delitos sexuales, y se ha reconocido que éstas se dirigen a tutelar la integridad sexual de las víctimas, y no su honestidad, el concepto de honestidad continúa gravitando en las decisiones de los tribunales (...) las indagaciones vinculadas con la conducta previa o la historia sexual de la víctima son utilizadas por los tribunales como una manera de asegurarse que la protección del derecho penal se dirija a resguardar sólo a las “mujeres honestas” (...) La inclusión de los **supuestos antecedentes sexuales** de la víctima sólo refleja la presencia de estereotipos sobre lo que se espera de una víctima de violencia sexual, estereotipos que excluyen de la calidad de víctimas a quienes se aparten del modelo de “niña buena”<sup>16</sup>.

La supuesta reivindicación de la adolescente como libre y determinada, “con carácter” es una reformulación de los viejos estereotipos que, aunque bajo el ropaje de connotaciones positivas, mantiene la función de redirigir el juicio de reproche a las víctimas de los hechos cuando se trata de delitos sexuales.

En lugar de la vieja atribución de responsabilidad de las víctimas recurriendo a la caracterización de las mujeres como prostitutas, malas mujeres, provocadoras, aparece un juicio supuestamente positivo en el que se apoyan para afirmar lo mismo, que unas personas con ciertas características no pueden ser violadas. Sigue sugiriéndose que las violaciones dependen de lo que hagan y de cómo sean las víctimas, y no de las conductas de los acusados.

Para finalizar, el voto del Dr. Viñas por un lado adhiere completamente al voto del Dr. Carnevale pero, a diferencia de los otros dos jueces que no dedican una línea al marco normativo que la Constitución impone cuando se trata del juzgamiento de este tipo de delitos, el Juez Viñas si enumera leyes y convenciones pero sin referencia alguna a las exigencias específicas que esos

---

<sup>16</sup> Ascensio R. (2010) Discriminación de género en las decisiones judiciales: Justicia Penal y Violencia de género (2010), publicación de la Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, Argentina, pág. 91 -95.

instrumentos legales locales e internacionales plantean en torno al juzgamiento basado en estereotipos y prejuicios.

La mera invocación de leyes no cubre las exigencias de hermenéutica que pesan sobre los jueces, máxime si el resultado de su intervención las contradice abiertamente. Esa normativa es nombrada pero no está vinculada con los razonamientos expuestos y solo ratifica que se trata de un fallo arbitrario con vicios de argumentación por recurso a estereotipos y sesgos de género, es decir, inválido.

Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en un caso resuelto recientemente, sostuvo que “De los jueces cabe esperar, al menos que atiendan a la peculiaridad y a las diversas dimensiones de los casos en los que deben decidir y que adviertan que sus miradas no son ajenas ni están libres de las marcas culturales que durante siglos han discriminado y subestimado a las mujeres desconociendo sus derechos, naturalizando relaciones de poder y subordinación e invisibilizando los contextos en los que la violencia de género se produce<sup>17</sup>.

## **V.II. La articulación de perspectiva de género en el ejercicio de la jurisdicción como imperativo constitucional.**

En el apartado anterior resaltamos que la sentencia se nutre de información cuya pertinencia es objetable conforme los estándares internacionales de protección de derechos humanos.

En este punto trabajaremos con los principios, normas, recomendaciones y criterios que apoyan la invalidez del uso de estereotipos de género y en particular reconocen como particularmente pernicioso el uso de información previa sobre el pasado sexual de las víctimas.

Las obligaciones específicas que imponen las garantías de no discriminación y de igualdad (artículo 75 inciso 22 CN, Artículo 16 CN) exigen una

---

<sup>17</sup> Expte. n° 13751 Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Sudeste de la CABA— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Legajo de juicio en autos Scarnato, Leonardo Javier s/ inf. art. 149 bis, C. Penal’”, resuelta el 13 de septiembre de 2017, en particular voto de la Jueza Alicia E. C. Ruiz.



vigilancia atenta por parte de quienes ejercen funciones jurisdiccionales para evitar que al aplicar normas, teorías e interpretaciones jurídicas, se convaliden tratos discriminatorios como consecuencia de la ausencia de toda consideración respecto de que esas decisiones tallan en estructuras sociales en las que se articulan distintas jerarquías, entre ellas, las jerarquías de género.

La Convención para la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (en adelante, CEDAW) establece en su artículo 5, que “Los Estados partes deben tomar todas las medidas apropiadas para a. Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” en directa relación con la obligación genérica de asegurar medidas efectivas y la garantía de no discriminación (conf. arts. 1 y 24 de Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto de San José de Costa Rica).

En el mismo sentido, el Comité encargado de monitorear el cumplimiento de la CEDAW por parte de los Estados ha elaborado la Recomendación General N° 33 sobre acceso de las mujeres a la justicia. Allí el Comité afirma que “(...) 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 de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos”. Por lo tanto, el Comité recomienda que ante el dato de la realidad de que las mujeres sufren discriminación en procesos penales -por la falta de mecanismos de examen independientes, de supervisión y que tengan en cuenta la perspectiva de género (párrafo nro. 48)- tomen medidas, incluidas las de concienciación y fomento de la capacidad de todos los agentes de los sistemas de justicia y de los estudiantes de derecho, para eliminar los estereotipos de género e incorporar una perspectiva de género en todos los aspectos del sistema de justicia. En esa oportunidad, el Comité también incluyó como parte del principio de justiciabilidad que los Estados

aseguren que los profesionales de los sistemas de justicia tramiten los casos teniendo en cuenta las cuestiones de género (conf. párrafo 15.c).

Al respecto, subrayó el Comité en esa recomendación “los Estados están obligados, en virtud de los artículos 2 y 15 de la Convención, a asegurar que las mujeres cuenten con la protección y los recursos ofrecidos por el derecho penal y que no estén expuestas a discriminación en el contexto de esos mecanismos, ya sea como víctimas o perpetradoras de actos delictivos” (párrafo nro. 47).

Así las cosas, la labor jurisdiccional puede ser un factor de perpetuación de desigualdades porque, o las oculta bajo interpretaciones desconectadas de una adecuada perspectiva de género o, porque al momento de juzgar asume implícita o explícitamente estereotipos y/o prejuicios.

Desatender las dimensión de género en la labor jurisdiccional supone o bien negar su existencia, lo que supone dejarlas libradas a las relaciones de fuerzas “y en particular, el de la diferencia de sexo se resuelve en la sujeción de hecho de la mujer al poder masculino (...)” o afirmar una igualdad normativamente que en los hechos y en contexto es negada; “es la asimilación propia de los ordenamientos liberales, que sin poner en cuestión la parcialidad del sujeto universalizado del modelo precedente, lo asumieron como término “normal” y “normativo” de la relación de igualdad, idóneo para incluir a los demás sólo en cuanto homologados a él.

Así, la diferencia femenina (...) resulta desconocida, ocultada y enmascarada: las mujeres tienen los mismos derechos que los varones en cuanto son consideradas o se finge que son (como los del) varón y se asimilan a ello y en los modelos de comportamiento. Pero precisamente porque desconocida de derecho, aquella resulta penalizada de hecho - lo mismo para las mujeres que se asimilan que para las que no se asimilan - por lo amplios márgenes de ineffectividad de la proclamada igualdad”<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Ferrajoli, Luigi (1999) Derechos y garantías. La ley del más débil. Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid, España, Págs. 74 -75.

En esa línea se inscribe la advertencia que se ha establecido en el párrafo 19 de la Recomendación número 35 “sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general nro. 19”<sup>19</sup> cuando considera que “la violencia por razón de género contra la mujer está arraigada en factores relacionados con el género, como **la ideología del derecho y el privilegio de los hombres respecto de las mujeres, las normas sociales relativas a la masculinidad y la necesidad de afirmar el control o el poder masculinos, imponer los papeles asignados a cada género o evitar, desalentar o castigar lo que se considera un comportamiento inaceptable de las mujeres.** Esos factores también contribuyen a la aceptación social explícita o implícita de la violencia por razón de género contra la mujer, que a menudo aún se considera un asunto privado, y a la impunidad generalizada a ese respecto”<sup>20</sup>.

Por otra parte, la misma Recomendación estableció en el apartado III. B que las obligaciones derivadas del deber de debida diligencia que pesa sobre todos los funcionarios y poderes del Estado conlleva “**la adopción y aplicación de medidas para erradicar los prejuicios, los estereotipos y las prácticas que constituyen las causas fundamentales de la violencia por razón de género contra la mujer**”<sup>21</sup>

Como contrapartida, “el sistema de justicia puede, sin embargo, impulsar cambios, principalmente cuando toma consciencia (...) y promueve buenas prácticas. Los jueces por su parte contribuyen a ello cuando, en sus decisiones, tienen sensibilidad con las cuestiones de género, **están atentos al contexto de los casos** y las pruebas producidas en el proceso, identifican y nombran los estereotipos, los cuestionan y discuten sus efectos”<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> ONU/ CEDAW/C/GC/35 publicación original en inglés, distribuida en español el 26 de junio de 2017.

<sup>20</sup> El destacado nos pertenece.

<sup>21</sup> El destacado nos pertenece.

<sup>22</sup> Cf. Cardoso Onofre de Alencar, Universidad Autónoma de Madrid, E. Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos, Eunomía. Revista Cultural de la legalidad, Nro. 9 octubre 2015 – marzo 2016, Pág. 40, El destacado nos pertenece, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/2801/1532>

En materia del uso de perspectiva de género como criterio hermenéutico al momento de decir, más específicamente al considerar los hechos, las pruebas y el derecho aplicable en cada caso, se ha señalado que muy frecuentemente “Las teorías al uso vigentes (...) no sólo han ignorado e ignoran las aportaciones del feminismo y prescinden del uso de la categoría de género como categoría analítica base, sino que suelen excluir de sus análisis lo que (...) se ha sostenido sobre la situación de las mujeres, contribuyendo así a la exclusión de las mismas y a la perpetración de un sistema patriarcal”<sup>23</sup>.

Sucede que si se omite la variable de género del análisis, se obstaculiza el acceso a la justicia para las mujeres porque esa omisión contribuye a la consolidación de desigualdades. Al respecto vale la pena recordar con Luigi Ferrajoli que “la historia de las discriminaciones de las mujeres no remite a un lejano pasado, sino que se extiende también al presente, dado que esas discriminaciones aún superadas en el plano jurídico, persisten en la vida cotidiana bajo modelos culturales y de prácticas sociales: no ya como normas sino como hechos”<sup>24</sup>

Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “S.M.A s/art. 19 de la C. I.D.N” registro CSJN 004387/2015/CS001, resuelta el 27 de noviembre de 2018 sostuvo que “El Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a una situación vulnerable (Cf. CIDH, sentencia del 8 de setiembre de 2005, Serie C. nº 130, caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana)”.

En segundo lugar y más específicamente en cuanto al uso de estereotipos en la labor jurisdiccional, las personas encargadas de administrar justicia en tanto representantes de un poder de Estado, se ven alcanzadas por el deber de abstenerse de usar estereotipos o apoyar sus razonamientos en prejuicios entre

---

<sup>23</sup> Sanchis Vidal, A. Interpretación jurídica, igualdad y género en los estudios de derecho. Aportaciones epistémicas y feministas, Revista General de Derecho Constitucional, de la Universidad de Córdoba, España, noviembre 2015, ISSN 1886 -612 Núm. 21, pág. 31

<sup>24</sup> Ferrajoli L (2007), Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia, Trotta, Madrid, España, Tomo 2 Pp. 232 y siguientes.

los cuales ocupan un lugar de especial atención para el derecho internacional de los derechos humanos, aquellos basados en condiciones de género.

Así lo establece la Recomendación Nro. 35 ya aludida en esta presentación “Según los artículos 2 d) y f) y 5 a) [de la CEDAW], **todos los órganos judiciales tienen la obligación de abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación** o violencia por razón de género contra la mujer y aplicar estrictamente todas las disposiciones penales que sancionan esa violencia, **garantizar que todos los procedimientos judiciales en causas relativas a denuncias de violencia por razón de género contra la mujer sean imparciales, justos y no se vean afectados por estereotipos de género o por una interpretación discriminatoria de las disposiciones jurídicas, incluido el derecho internacional. La aplicación de nociones preconcebidas y estereotipadas de lo que constituye violencia por razón de género contra la mujer, de cuáles deberían ser las respuestas de las mujeres a esa violencia y del criterio de valoración de la prueba necesario para fundamentar su existencia pueden afectar a los derechos de la mujer a la igualdad ante la ley y a un juicio imparcial y un recurso efectivo**, conforme a lo establecido en los artículos 2 y 15 de la Convención”<sup>25</sup>

Como condición de sistemas de justicia de calidad, la Recomendación Nro. 33 estableció que, en los procesos judiciales, deben aplicarse normas “que garanticen que las normas probatorias, investigaciones y otros procedimientos probatorios jurídicos y cuasi judiciales sean imparciales y no estén influenciados por prejuicios o estereotipos de género” (Parágrafo 18, punto e). Dice enfáticamente en los párrafos 26 y 28 de la Recomendación:

“Los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema judicial tienen consecuencias de gran alcance para el pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres. Pueden impedir el acceso a la justicia en todas las esferas de la ley y pueden afectar particularmente a las mujeres víctimas y supervivientes de la violencia. **Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a**

---

<sup>25</sup> El destacado nos pertenece.

**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 de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos (...)** 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 (...).** Las mujeres tienen que poder confiar en un sistema judicial libre de mitos y estereotipos y en una judicatura cuya imparcialidad no se vea comprometida por esos supuestos sesgados. La eliminación de los estereotipos judiciales en los sistemas de justicia es una medida esencial para asegurar la igualdad y la justicia para las víctimas y los supervivientes.”<sup>26</sup>

También en el ámbito del Sistema interamericano de Derechos Humanos la cuestión del uso de perspectiva de género junto con la advertencia sobre el uso de estereotipos como una forma de discriminación, ha sido ampliamente abordada.

El artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, “Convención de Belém do Pará” reconoce como dimensiones del derecho a una vida libre de violencia, entre otros, al derecho a ser libre de toda forma de discriminación y **el derecho a ser valorada libre de patrones estereotipados de comportamiento**”<sup>27</sup>.

Al respecto en su informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia (2007) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en adelante (CIDH) sostuvo que “la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado (...) una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos , ya sea por su forma de vestir, por su

---

<sup>26</sup> El destacado nos pertenece.

<sup>27</sup> El destacado nos pertenece.

ocupación laboral, **conducta sexual** (....) Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y **la valoración de la prueba subsiguiente**, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en su relaciones interpersonales”<sup>28</sup>.

En relación al tipo de pruebas que son admisibles en casos de violencia sexual, el citado informe refiere a las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional<sup>29</sup> señalando que “se han pronunciado sobre la importancia de no inferir consentimiento por parte de la víctima en casos de violencia sexual, por el ambiente de coerción que puede crear el agresor y una diversidad de factores que pueden inhibir a una víctima de resistir físicamente a su agresor. Igualmente, se ha señalado que son inadmisibles las evidencias de la conducta sexual previa de la víctima<sup>30</sup>”.

Asimismo, el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará ha declarado que “la impunidad que prevalece a los casos de violencia contra las mujeres y la persistencia de patrones socioculturales discriminatorios, entre otras causas, inciden en el aumento del número de muertes”, y que “la mayoría de los femicidios quedan impunes debido,

---

<sup>28</sup> CIDH. Informe sobre acceso a la justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 155.

<sup>29</sup> Naciones Unidas, Corte Penal Internacional, Las Reglas de Procedimiento y Prueba, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000), Reglas 70 y 71. “Regla 70: Principios de la prueba en casos de violencia sexual. En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

- a) El consentimiento 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 su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
- b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;
- c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;
- d) 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.

Regla 71: Prueba de otro comportamiento sexual. Teniendo en cuenta la definición y la naturaleza de los crímenes de la competencia de la Corte, y a reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 69, la Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.”

<sup>30</sup> CIDH. Informe sobre acceso a la justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, Op. Cit. Parágrafo 55.

entre otras causas, al limitado acceso de las mujeres a la justicia, así como a los prejuicios de género durante los procesos judiciales, policiales y fiscales”<sup>31</sup>.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado además que “las instituciones judiciales reproducen con frecuencia estos patrones socioculturales en sus actuaciones. Policías, fiscales, jueces, abogados y otros funcionarios judiciales se ven afectados en su actuación judicial por estereotipos, prácticas y presunciones, restando valor a actos de violencia sexual. Por ejemplo, pueden examinar un caso de violencia sexual centrándose en el historial y vida sexual de la mujer, la supuesta provocación de los hechos por parte de la víctima y su no virginidad. La CIDH considera que dar cabida a estos estereotipos al interior del poder judicial es una forma de legitimar y promover la impunidad”<sup>32</sup>.

Estas directivas y la recepción de la normativa internacional al respecto han quedado plasmadas dentro del sistema interamericano en distintos casos tales como Veliz Franco y otros vs. Guatemala, donde la Corte IDH señaló que “según determinadas pautas internacionales en materia de violencia contra la mujer y violencia sexual, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima son en principio inadmisibles, por lo que la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género”<sup>33</sup>.

Asimismo, la Corte IDH ha expresado que las pruebas deben ser apreciadas en su integralidad, es decir “...teniendo en cuenta sus relaciones

---

<sup>31</sup> Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, Declaración sobre el femicidio. Agosto de 2008, Puntos 1 y 6.

<sup>32</sup> CIDH. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011, párr. 49.

<sup>33</sup> Corte IDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de mayo de 2014, párr. 209.



mutuas y la forma como se prestan soporte unas a otras o dejan de hacerlo”<sup>34</sup>. En este sentido, en el caso Espinoza González vs. Perú, la Corte IDH ha resaltado la importancia de que los sistemas jurídicos internos prever reglas que eviten afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas<sup>35</sup>, pues éstas revelan un criterio discrecional y discriminatorio con base en el origen, condición o comportamiento de la víctima por el solo hecho de ser mujer.<sup>36</sup>

En el SIDH se ha remarcado también el hecho de cómo los estereotipos discriminatorios afectan especialmente a determinados grupos de mujeres. Por ejemplo, aquellas mujeres que son asimiladas al perfil de una “pandillera” o “prostituta” o una “cualquiera”<sup>37</sup>.

En el ámbito local la ley Nacional N° 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales fue sancionada el 11/3/2009 y contiene normas relevantes para la decisión.

En el artículo 5° se definen los tipos de violencia contra la mujer y el inciso 5° define explícitamente la violencia simbólica: “La que a través de patrones

---

<sup>34</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, párr.233: “...Esto contraviene los principios de valoración de la prueba, de acuerdo con los cuales las evidencias deben ser apreciadas en su integralidad, es decir, teniendo en cuenta sus relaciones mutuas, y la forma como se prestan soporte 59 unas a otras o dejan de hacerlo. De esa manera el Estado dejó de cumplir con la obligación de investigar efectiva y adecuadamente los hechos de que se trata, en violación del artículo 1.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 8 de la misma.”

<sup>35</sup> Cfr. Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párr. 278: “En este sentido, la Corte considera pertinente resaltar que una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas”.

<sup>36</sup> Corte IDH, *Velázquez Paíz vs. Guatemala*, párr. 183: “La Corte reconoce, visibiliza y rechaza el estereotipo de género por el cual en los casos de violencia contra la mujer las víctimas son asimiladas al perfil de una pandillera y/o una prostituta y/o una “cualquiera”, y no se consideran lo suficientemente importantes como para ser investigados, haciendo además a la mujer responsable o merecedora de haber sido atacada. En este sentido, rechaza toda práctica estatal mediante la cual se justifica la violencia contra la mujer y se le culpabiliza de esta, toda vez que valoraciones de esta naturaleza muestran un criterio discrecional y discriminatorio con base en el origen, condición y/o comportamiento de la víctima por el solo hecho de ser mujer. Consecuentemente, la Corte considera que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional.”

<sup>37</sup> Corte IDH, *Velázquez Paíz vs. Guatemala*, párr. 183.

estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad”.

Por otra parte el artículo 16 de la mencionada ley, que fija derechos y garantías mínimas que deberán garantizarse a las mujeres, “en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías” en relación con las cuestiones debatidas, los siguientes:

“h) A recibir un trato humanizado, evitando la revictimización;

i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia (...)”

El artículo 31 por su parte establece que en cuanto a las resoluciones judiciales regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica-

En esta dirección, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) se ha pronunciado en el sentido de considerar que las fundamentaciones que se erigen a partir de estereotipos de género tienden a borrar el contexto que presenta la litis a partir de las circunstancias comprobadas de la causa, configurando una falta de integralidad en la apreciación de la prueba. De ese modo se enfatiza que “cualquier estereotipo encierra un alto grado de valoración y de juicio. Son presupuestos fijados de antemano, ideas preconcebidas, opiniones hechas que se imponen como clichés, acerca de las características positivas o negativas de los comportamientos de una clase o género dado, y no permite hacer contacto con la realidad objetiva, los deseos o motivaciones personales, fuera o divergentes del cliché (v. Analía Castañer; Margarita Griesbach Guizar y Luis

Alberto Muñoz López; Utilización de hijos e hijas en el conflicto parental y la violación de derechos del supuesto síndrome de alienación parental, 2014, pág. 16, nota 3)<sup>38</sup>. Además, en este pronunciamiento, la SCBA establece categóricamente que “la valoración de la prueba es, sin duda, una atribución judicial, sin embargo estará afectada cuando los estereotipos contaminan el accionar del órgano de juzgamiento”<sup>39</sup>.

Por otro lado, la SCBA ha resaltado el informe periódico de la Argentina - CEDAW/C/ARG/CO/7-, en lo relativo a la “preocupación por la persistencia de estereotipos discriminatorios con respecto a las funciones y responsabilidades de la mujer y el hombre en la familia y en la sociedad (v. también Rebecca Cook y Simone Cusack; Estereotipo de Género, Perspectivas Legales Transnacionales, University Of Pennsylvania, Press, 2009)”<sup>40</sup>. La SCBA entiende, en este sentido, que mediante la utilización de estereotipos en razón de género se viola el deber de investigar con debida diligencia (arts. 24, CADH; 6 y 7, Convención de Belém do Pará; 2 y 5, CEDAW)<sup>41</sup> y, asimismo, considera que otro de los aspectos que conlleva la valoración estereotipada de la prueba es la obturación del entendimiento en torno al “desequilibrio inicial entre las partes que permitiera evaluar la eventual dificultad de probar las violencias denunciadas por situarse, casi siempre, en hechos realizados sin la presencia de testigos”<sup>42</sup>.

Además, en este mismo pronunciamiento la SCBA remite un informe elaborado por la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, en el que específicamente se considera necesaria la restricción a incorporar cualquier tipo de evidencia referida a la historia sexual de la víctima con el agresor o con terceros a modo de evitar, a través del uso discriminatorio de

---

<sup>38</sup> SCBA, "*Altuve, Carlos Arturo -fiscal- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en causa 48.755 del Tribunal de Casación Penal, Sala III, seguida a L. A. C. y su acumulada P. 118.615*", 2017

<sup>39</sup> Ídem

<sup>40</sup> SCBA, "*García, Mabel Adriana contra Poder Ejecutivo s/ pretensión indemnizatoria. Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley*", 2018

<sup>41</sup> Ídem

<sup>42</sup> Ídem

estereotipos de género referidos a la moral privada, que se filtren mitos y prejuicios en la valoración de la prueba del consentimiento de la víctima<sup>43</sup>.

## **VI. CONCLUSIÓN**

En el apartado V.I reseñamos como la decisión del Tribunal Oral de Mar del Plata está apoyada en estereotipos y prejuicios que conllevan la ausencia de una fundamentación razonable. Ello torna a la resolución recurrida como arbitraria y por lo tanto inválida.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que cabe admitir la procedencia de la tacha de arbitrariedad en aquellos supuestos en los que el acto jurisdiccional carece de los requisitos mínimos que lo sustenten válidamente como tal, en razón de arbitrariedad manifiesta derivada del apartamiento de constancias comprobadas de la causa, de la omisión de tratamiento de cuestiones sustanciales planteadas por las partes, o cuando media una fundamentación aparente, apoyada sólo en conclusiones de naturaleza dogmática (Fallos: 315:1247; 327: 2105; 330:4983), lo que, a nuestro entender, ocurre en la resolución analizada.

En el punto V.II señalamos los principios, normas, recomendaciones y criterios que apoyan la invalidez del uso de estereotipos de género y en particular reconocen como particularmente pernicioso el uso de información previa sobre el pasado sexual de las víctimas. La perspectiva de género no es optativa, sino un imperativo constitucional del que los jueces no pueden apartarse.

Las falacias argumentativas señaladas en la resolución bajo análisis se basaron, además, en estereotipos e información que no pueden ser válidamente base de una resolución judicial conforme el derecho internacional de los derechos humanos.

---

<sup>43</sup> Raquel Asensio... [et.al.]. *Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género*. Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2010, p. 90-91.


Estas consideraciones que fijan criterios hermenéuticos y fijan cautelas específicas en el modo de ejercer la función jurisdiccional guardan directa relación con las cuestiones debatidas en el caso que nos ocupa.

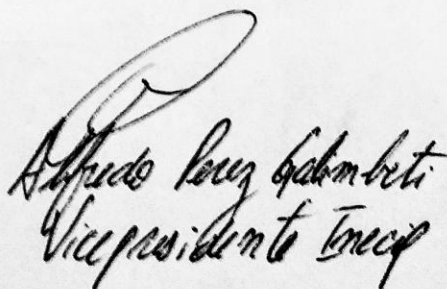
## VI. PETITORIO

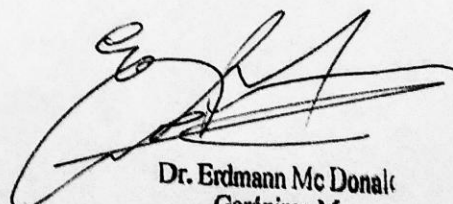
En virtud de las consideraciones expuestas y aguardando que nuestro aporte pueda contribuir a una justa resolución del caso, solicitamos a los Señores Jueces de la Sala IV del Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires que se tenga al Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) por Amigo del Tribunal y se consideren los argumentos expuestos en el presente memorial en derecho al resolver la cuestión planteada.

Proveer de conformidad,

Es Justicia

  
ALBERTO BINDER  
PRESIDENTE INECIP

  
Alfredo Ruiz Gohmbetti  
Vicepresidente Inecip

  
Dr. Erdmann Mc Donal  
Gerónimo M.  
Abogado Tº 64 Fº 232 C A T

