

La declaración de la víctima contra la declaración del imputado. La resolución judicial de reproches por abuso sexual con acceso carnal (*)

POR STEPHAN BARTON (**)

Sumario: I. Estado de la investigación de los hechos jurídicos. — II. Estudios previos sobre declaración contra declaración. — III. Resumen, valoración y perspectiva.

“Hay también víctimas falsas”

Heribert Ostendorf, en su tratado sobre derecho procesal penal, retoma la pregunta planteada a menudo en discusiones populares: “¿Dónde queda la víctima?” (1). Responde que el acusado debe estar en el punto intermedio del proceso penal, porque se trata de su castigo. Añade que una condena sólo puede dictarse, si la culpabilidad del acusado está debidamente comprobada. Agrega que la presunción de inocencia es un elemento esencial del Estado de derecho (art. 6, párr. 2, C.E.D.H.). De ello se deriva el principio *in dubio pro reo*, explicándolo luego en el ejemplo de un proceso de violación parecido al juicio de Kachelmann (Jorg Andreas Kachelmann (Lörrach - 15 de junio de 1958) es un periodista y escritor suizo dedicado a la meteorología. El juicio de Kachelmann fue un célebre proceso penal en Alemania durante los años 2010 y 2011. La fiscalía y la querrela acusaron a Kachelmann por violación agravada y lesiones corporales peligro-

sas a una amante. Fue absuelto el 31 de mayo de 2011 por el Tribunal Estatal de Mannheim. El caso tuvo repercusión mediática [N. del T.]), en el cual está la declaración de la víctima contra la declaración del imputado. Si existieran aquí dudas en la credibilidad de las manifestaciones de la testigo de cargo, debería ser absuelto: “en caso de duda a favor del acusado, en caso de duda en contra de la supuesta víctima” (2). Y dice algo más: “si bien rara vez hay incriminaciones falsas, ellas existen. Hay también víctimas falsas (3).

Asiste razón a Heribert Ostendorf. La orientación del derecho penal al imputado es racional (4). En el Estado de derecho no hay alternativa a la presunción de inocencia. La ambición de una “justicia de la víctima”, que ha concebido amplios sectores de la sociedad y de la política jurídica, y que a menudo termina en la praxis de satisfacer intereses privados, tiene su límite donde pone en riesgo los objetivos del proceso penal (5). También la postura de Ostendorf sobre la superación del dilema de declaración-contra-declaración es correcta: es cierto que el derecho penal vigente permite, en contraposición a épocas anteriores, dictar un fallo condenatorio sobre la base de una sola declaración testimonial. Ello rige también cuando existe una cuestión de declaración contra declaración, o sea, cuando no hay ningún medio de prueba directa referido al hecho más

(*) Traducción de Leonardo G. Brond. Título original: “Wenn Aussage gegen Aussage steht - die justizielle Bewältigung von Vergewaltigungsvorwürfen”, en ROTSCH, Thomas - BRÜNING, Janique - SCHADY, Jan (Hrsg.), Festschrift für Ostendorf, Nomos, 2015, p. 41 y ss. Si bien en el título del presente trabajo hemos traducido el término “Vergewaltigung” por “abuso sexual con acceso carnal”, hemos preferido para el texto verter al castellano la palabra “Vergewaltigung” por “violación”. Pues, ello facilita la lectura [N. del T.]

(**) Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Bielefeld, Alemania. Abogado especializado en defensas penales. Existe en español la 2ª edición de su obra “Introducción a la defensa penal”, trad. de Leonardo G. Brond, Hammurabi, Buenos Aires, 2015 [N. del T.]

(1) OSTENDORF, “Strafprozessrecht”, 2012, núm. marg. 25; el mismo, HRRS 2009, 158.

(2) OSTENDORF, HRRS 2009, 158.

(3) OSTENDORF, HRRS 2009, 158.

(4) HASSEMER/REEMTSMMA, “Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit”, 2002, p. 27 s.

(5) Acerca de la justicia de la víctima, cfr. BARTON, en: “Strafverteidigervereinigungen” (Hrsg.), 36º aniversario de la defensa penal, Hannover, 16/18 de marzo de 2012, 2013, p. 49 (64 s.).

allá de las dos declaraciones opuestas (6). En estos casos, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (7), una condena es posible si el tribunal de la causa —sobre la base de un examen especial de la credibilidad— está convencido de que la declaración es creíble (8). De los tribunales de la causa se exige luego, no obstante, elevados deberes de valoración probatoria y esclarecimiento; en casos especialmente problemáticos los datos del testigo deben ser corroborados, además, normalmente con otras pruebas (9).

La valoración de cuestiones probatorias de tal índole es, con razón, la tarea más ardua para los jueces penales (10). Esto rige especialmente, cuando el imputado niega el reproche, diciendo que se ha tratado de una relación sexual consentida. Una cuestión de esa guisa aparece a menudo en sucesos entre (ex) compañeros íntimos (esposo, ex compañero). El suceso objetivo en estos casos puede ser ampliamente indiscutible; rastros que en una violación cometida por extraños serían esenciales (rastros de ADN, otras pruebas de técnica criminal) no son inequívocos aquí. Incluso pequeñas lesiones no necesariamente remiten a la violencia: “ellas pueden resultar de la índole del trato sexual o ser causadas por la denunciante misma” (11).

(6) Cfr. acerca de la definición de declaración contra declaración: OLG, Hamburg StraFo 2015, 23; SANDER, StV 2000, 45; SCHMANDT, StraFo 2010, 446.

(7) El Tribunal Supremo Federal (BGH) se ha ocupado por primera vez en 1987 de esta cuestión, cfr. al respecto SCHMANDT, StraFo 2010, 446, quien remite a la sentencia a su criterio correspondiente (BGHR StPO, § 261 valoración probatoria 1). El BGH parte de una jurisprudencia reiterada, cfr. BGH NStZ-RR 2002, 174; BGH NStZ 2007, 538. Cfr. también SCHMITT, en MEYER-GONER/SCHMITT (Hrsg.), “Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar”, 57ª ed., 2014, § 261 núm. marg. 11a.

(8) Cfr. únicamente BRAUSE, NStZ 2007, 505; OTT, en HANNICH (Hrsg.), “Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung”, 7ª ed., 2013, § 261, núm. marg. 29b al final; MAIER, NStZ 2005, 246; cfr. desde la jurisprudencia BGHR StPO § 261 valoración probatoria 14.

(9) Cfr. BRAUSE, NStZ 2007, 505 (509 ss.); MAIER, NStZ 2005, 246 (247 s.).

(10) Tanto MAUL, StraFo 2000, 257 como SANDER, StV 2000, 45, consideran esto como “especialmente problemático”.

(11) KREUZER, “Aussage gegen Aussage, Zum Dilemma von Täter- und Opferschutz bei Beziehungsdelikten”, 17. Deutscher Präventionstag, 2012, p. 4, <http://www.prae->

Desde el punto de vista teórico-normativo, el problema de la declaración contra la declaración en caso de reproches por violación ha de considerarse aclarado. Pero —y entramos así en el tema de este aporte— ¿qué ocurre con ello fácticamente? ¿Cuáles conocimientos empíricos hay disponibles? ¿Cómo se resuelven en la justicia cotidiana los juicios de violación, que están basados en cuestiones de declaración contra declaración? Cabe preguntar además, ¿cómo se supera la tensión entre “justicia de la víctima” y presunción de inocencia en la praxis judicial?

Estas preguntas son de gran actualidad porque es habitual en la investigación experimental de la psicología social explicar las altas cifras de sobreseimientos y absoluciones en procesos por violación (ya profundizaremos al respecto) como resultado de modelos decisorios inadecuados. En un hecho que no correspondería al estereotipo de la “verdadera violación”, en donde “únicamente el ataque sexual cometido por un extraño encuadra en el empleo de violencia y resistencia corporal de la víctima”, decae —según los resultados experimentales de la psicología social— la disposición a encuadrar el suceso como conducta punible (12). Por ello, según estos modelos las violaciones en el matrimonio, o bien, entre conocidos son prácticamente sin riesgo para los autores (13). Estos parámetros abarcaron también los “mitos de violación” Barton alude a prejuicios o falsas representaciones [N. del T.], entre los cuales son entendidos sobreseimientos, que no tendrían prueba fáctica (a modo de ejemplo, “las mujeres se hacen rogar. Ello no significa que no quieran sexo”) y que su función consiste en justificar o minimizar la violencia sexual del hombre frente a la mujer (14).

[ventionstag.de/html/GetDokumentation.cms?XID=955](http://www.ventionstag.de/html/GetDokumentation.cms?XID=955) (11/2/2015).

(12) KRAHÉ, en BARTON/KÖLBEL (Hrsg.), “Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts”, 2012, p. 159 con bibliografía ampliatoria.

(13) GRIEGER, Streit 2011, 91; SCOBEL, <http://www.3sat.de/page?source=scobel/180320/index.html> (11/2/2015); Emma del 17/04/2014, <http://www.emma.de/artikel/vergewaltigung-risiko-fuer-taeter-sinkt-316835> (11/02/2015); “Terre de femmes”, <http://www.frauenrechte.de> (11/02/2015); además: GROÿE, “Anfrage und Antwort des Senats Hamburg” del 12/02/2013, Drs. 20/6554.

(14) KRAHÉ (nota al pie n° 12), p. 160 s.; cfr., además PÖHN, “Traumatisierung von Vergewaltigungsoffern”, 2009, p. 55 s.; GRIEGER, Streit 2011, 91.

También funcionarios policiales y judiciales se dejarían llevar por tales mitos de violación (15). Según estos modelos ello conduce a que aproximadamente el 80% de los procesos no terminen con una condena, a pesar de que sólo entre el 2% y el 3% de los reproches por violación son falsas incriminaciones. Acorde a estas ideas, por último, se manifiesta aquí una brecha en la justicia (la palabra alemana “Gerechtigkeitslücke”, vertida al español aquí por “brecha en la justicia” es, a su vez, una traducción del término inglés “justice gap” al alemán. Quienes hablan de una “brecha en la justicia” consideran injusto que siendo falsas sólo entre el 2% y el 3% de las denuncias por violación, terminen en sobreseimientos aproximadamente el 80% de los procesos por violación. Entre el 80% y la pequeña cifra que va del 2% al 3% hay una diferencia (brecha) que es experimentada como injusta [N. del T.] “contraria a los derechos humanos” (16).

Las preguntas por la realidad jurídica de la resolución judicial de los reproches por violación son actuales, además, debido al proyecto legislativo para reformar el § 177, StGB (17).

Acerca del curso de la investigación: en el centro del aporte exponemos un pequeño estudio empírico sobre la resolución judicial de casos de violación en la problemática basada en la declaración contra declaración. Sin embargo, al principio ofreceremos una breve panorámica estatal judicial acerca de cómo han evolucionado las cifras de condena en procesos por violación en los últimos años.

I. Estado de la investigación de los hechos jurídicos

Los bajos números de condena en los reproches por violación están empíricamente de-

(15) Así expresamente Scobel (nota al pie n° 13), “mitos de violación, que dirigen y no en último término también a los policías y jueces”.

(16) Grieger lamenta particularmente una “brecha en la justicia”, Streit 2011, 91. La denominación de “contraria a los derechos humanos” proviene del Instituto de Derechos Humanos, <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/startseite.html>. (11/02/2015); acerca de la “justice gap” en EE.UU., cfr. KRAHÉ (nota al pie n° 12), p. 159.

(17) Cfr. el proyecto legislativo BT-Drs. 18/1969 así como la consulta de expertos al 28/01/2015 en la comisión de derecho, <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/a06/anhoerungen/istambul-konvention/348876> (11/02/2015).

mostrados. Si se compara con casos registrados anualmente en la estadística criminal policial de violaciones con las condenas dictadas en el mismo año, se advierte una diferencia considerable: entre 2001 y 2013 la cifra de condenas máxima fue de 15,4% y la mínima, de 8,1%. Es sorprendente en esto una tendencia continua descendente: desde 2007 la cifra se ha reducido casi a la mitad (de 15,4 a 8,1%) y ello a pesar de números similares de casos registrados por la estadística criminal policial (entre 7.292 y 8.031 casos). Las cifras de condena quedan llamativamente bajas incluso comparadas con los delitos de robo, cuya estructura dogmática es similar; entre 2007 y 2013 las cifras de condena estuvieron entre el 18,3 y el 20,5%. Y tampoco se puede registrar aquí precisamente ninguna disminución comparable de las cifras. De ningún modo se trata en esto de un fenómeno puramente alemán, sino que las bajas cifras de condena en reproches por violación se observan también en otros países de Europa (18).

Está verificado empíricamente, además, que la gran parte de la atrofia en los procesos por violación en Alemania se produce mediante las fiscalías. Allí son sobreseídas aproximadamente el 60% de las causas debido a la falta de sospecha suficiente del hecho (§ 170, párr. 2, StPO) (19); también ello es un valor muy alto. No obstante las cifras de absolución resultan también comparativamente altas en juicios por violación, no más del 20% de las acusaciones llegan a una condena (20),

(18) Observa Barton que tanto en la violación como en el robo se exige el mismo medio calificado de coacción: violencia contra la persona o amenaza de un peligro inminente para el cuerpo o la vida [N. del T.]. En profundidad JEHLE, en: BOERS y otros (Hrsg.), “Kriminologie - Kriminalpolitik - Strafrecht, Festschrift für Hans-Jürgen Kerner zum 70. Geburtstag”, 2013, p. 711 (716 ss.).

(19) ELSNER/STEFFEN, “Vergewaltigung und sexuelle Nötigung in Bayern”, 2005, p. 147 (58,4% de los sobreseimientos conforme al § 170, párr. 2, StPO), https://www.polizei.bayern.de/content/4/3/7vergewaltigung_und_sexuelle_n_tigung_in_bayern_bpfi.pdf (11/02/2015); SEITH/LOVETT/KELLY, “Unterschiedliche Systeme, ähnliche Resultate? Strafverfolgung von Vergewaltigung in elf europäischen Ländern”, 2009, p. 7, calculan una cifra total de sobreseimientos del 66%, <https://www.frauen-gegen-gewalt.de/fachliteratur-280.html> (11/02/2015).

(20) En el ámbito del derecho penal de adultos, la cifra de absoluciones en los años 2010 a 2013 ascendió continuamente del 21,3 al 25,1%; cfr. “Statistisches Bundesamt”, Fachserie 10 Reihe 3, Rechtspflege-Strafverfolgung, eigene Berechnung.

mientras la cifra promedio de absolución permanente en un 3,2% (21).

El número de incriminaciones falsas se discute vivamente, en cambio, en la investigación de los hechos jurídicos. Mientras en algunos análisis se mencionan cifras del 20% al 50% (22), surgen en otras investigaciones valores comparativamente inferiores (23). Ello rige sobre todo para el estudio de Seith/Lovett/Kelly (24) que ha tenido especial atención en el público. Allí se estableció para Alemania una cifra de incriminaciones falsas del 3%; una cifra, que desde entonces se considera corroborada en numerosas posturas y que es tenida en cuenta como demostración de la afirmada brecha en la justicia (25). Burgheim/Friese le han reprochado a Kelly/Lovett/Regan en un estudio anterior (26), no obstante, cálculos poco serios, porque ellos originariamente habían estimado el 8%, pero luego redujeron este valor mediante la exclusión de casos inciertos (27).

(21) Referidas al derecho penal de adultos para el período entre 2010 a 2013; cfr. "Statistisches Bundesamt" (nota al pie n° 20).

(22) Cfr. GEIPEL, StV 2008, 271, referidas a investigaciones norteamericanas (cifras del 41 y 50%); BURGHEIM/FRIESE, "Sexualdelinquenz und Falschbeziehung", 2006, p. 23 parten en su extenso estudio de un 19,5% de falsas incriminaciones; ELSNER/STEFFEN (nota al pie n° 19), p. 174 s. calculan para el año 2000, por un lado, una cifra de 7,4% de falsas incriminaciones, pero por otro lado narran que los oficiales de la policía partieron de un promedio de 33,4% de denuncias falsas o simuladas en determinadas circunstancias (tales como declaración contra declaración) incluso consideraron "más bien" falsas o "con alta probabilidad" falsas casi dos tercios de las denuncias.

(23) PÖHN (nota al pie n° 14) parte de cifras entre el 2% y el 5%.

(24) SEITH/LOVETT/KELLY (nota al pie n° 19), p. 9.

(25) Así ya KELLY/LOVETT, "Different systems, similar outcomes?", 2009, p. 10: "The majority of women reporting rape across Europe do not see justice done [...] This is the outcome of the continued influence of stereotypes of rape, rape victims and rapists at all stages of the legal process", <https://www.frauen-gegen-gewalt.de/fachliteratur-280.html> (11/02/2015). Cfr. por lo demás sobre las "brechas en la justicia" las comprobaciones en nota al pie n° 16.

(26) KELLY/LOVETT/REGAN, "A Gap or a Chasm? Attrition in Reported Rape Cases", 2005.

(27) BURGHEIM/FRIESE (nota al pie n° 22), p. 71; los sigue FROMMEL, en: BOERS y otros (nota al pie n° 18), p. 697 (705 s.): "El resultado [3%] no es entonces una estimación realista"; FROMMEL, NK 2013, 288.

A fin de cuentas puede precisarse ahora la pregunta planteada en la introducción, referente a cuáles conocimientos empíricos existen sobre procesos de violación en casos de declaración contra declaración: ¿cuáles son las razones por las cuales tantos procesos por violación son sobreídos y —habiendo acusación— terminan tan a menudo con absolución? ¿Es esto resultado de mitos inconscientes de violación, a los cuales están sujetos los jueces y fiscales? ¿Y cómo se relaciona ello con la incriminación falsa y las afirmadas brechas en la justicia?

II. Estudios previos sobre declaración contra declaración

La cuestión referente a la realidad jurídica de los procesos por violación fue estudiada en el Instituto de Investigación de los hechos jurídicos en Bielefeld.

1. Diseño de investigación y datos básicos

Objetivo del pequeño estudio fue brindar las primeras opiniones sobre el desarrollo de procesos por violación, que se basaron en las cuestiones de declaración contra declaración, para verificar estas en una investigación posterior más amplia. El estudio previo tuvo entonces intereses heurísticos; no aplicó métodos cuantitativos de investigación social empírica. En el centro de interés había procesos de dificultad probatoria especial, particularmente aquellos, en los cuales las personas afectadas tuvieron una historia previa común como compañeros íntimos. La fiscalía del distrito judicial estadual en Nordrhein-Westfalen puso a disposición en total 20 causas por violación (§ 177, párr. 2, StGB) desde el año 2004 al 2011; la selección de los expedientes se efectuó mediante los jefes de la fiscalía. De estos 20 procesos, 18 fueron analizados por colaboradoras del Instituto (28). La información no es seguramente representativa; el pequeño estudio no puede aclarar todas las cuestiones planteadas. Tampoco se trató —como hemos señalado— de una descripción cualitativa de la realidad jurídica de procesos por violación en cuestiones de dificultad probatoria especial.

(28) Agradezco a la licenciada en derecho Viola Scharbius y a la asesora Tatiana Zimmer por la valiosa colaboración.

a) Resultados procesales y realidad de la investigación

De los 18 expedientes, 10 terminaron por sobreseimiento conforme al § 170, párr. 2, StPO (56%); hubo dos absoluciones, una condena por lesiones corporales y varios desprendimientos de los procesos por lesiones corporales, en donde el resultado de los procesos mencionados en último término no fue investigado. En cinco juicios se llegó a condenas por violación (28%), en tres de ellos sobre la base de confesiones. A una confesión muy posterior precedió en esto, obviamente, un acuerdo informal. En los dos casos sin confesión se efectuó en la sentencia una costosa valoración de la prueba, orientada a las pautas jurisprudenciales del Tribunal Supremo Federal sobre declaración contra declaración. Las cifras sobre los resultados del proceso corresponden aproximadamente a las cifras generales de resolución en procesos por violación.

Fue sorprendente que las investigaciones hayan sido realizadas en forma autónoma y concluidas en su mayor parte por funcionarios policiales (principalmente por funcionarios de la respectiva comisaría especial en los casos en que declararon las víctimas). Cuando los funcionarios policiales consideraron aclarado el reproche, enviaron los sumarios a la fiscalía. Dudas en la credibilidad de las inculpaciones fueron manifestadas mediante preguntas y reservas en las correspondientes actas de las declaraciones o notas de impresión. Pero incluso luego, cuando los funcionarios investigadores partieron de una incriminación falsa, las notas correspondientes no fueron corregidas en las hojas de estadística para la estadística criminal policial. Un proceso desarrollado como “violación” siguió siendo luego en la referida estadística un “hecho punible esclarecido”, cuando fue iniciado un proceso contra la denunciante por falsa denuncia, lo que explica una parte de la diferencia entre las cifras en la estadística criminal policial y en la estadística de la persecución penal.

Las fiscalías no realizaron actos propios de investigación; no les han tomado declaración a los testigos ni al imputado. Fueron solicitadas órdenes de detención —en casos particulares— así como luego, cuando las testigo-víctimas hicieron uso de su derecho de abstenerse de prestar testimonio (§ 52, StPO), interrogatorios judiciales de

investigación según estándar. La función esencial de la fiscalía consistió en convertir los resultados de la investigación policial en dictámenes (acusación o sobreseimientos). En los fundamentos del sobreseimiento se ha intentado, claro está, no ofender innecesariamente a la denunciante. Aquí tampoco se ha dudado de la credibilidad de las declaraciones, incluso cuando la policía manifestó las reservas correspondientes y estas también se imponían objetivamente. En lugar de ello se ha destacado la situación de “declaración contra declaración”. En el caso n° 6 la funcionaria policial había observado a modo de ejemplo, que la testigo “afirma cosas, que francamente no son creíbles”. En la fundamentación del sobreseimiento no se habla de ello, sino que se ha dicho: “En este aspecto, se contraponen sus declaraciones y la declaración del imputado. A estas declaraciones no se les puede asignar un alto valor probatorio, de modo que una condena no es más probable que una absolución”. En ningún caso fue iniciado por las víctimas un procedimiento para compeler a la acusación.

b) Entorno vital de los afectados y situaciones ambivalentes

Ha sido esclarecedora una vista sobre el entorno vital y social de los afectados. Muchos casos sucedieron en el ámbito de la clase baja y de los grupos marginales: el alcohol desempeñó a menudo un papel. Hubo al menos nueve casos con trasfondo de migración así como conflictos de índole socio-cultural (ideas religiosas islámicas y concepto árabe de honor de los imputados).

En varios casos se registraron paralelamente al proceso penal conflictos de patria potestad o juicios de divorcio. Seis denuncias tuvieron lugar en el día del suceso. Sin embargo, también en seis casos transcurrió más de un mes entre el suceso dudoso y la denuncia; este lapso de tiempo pudo abarcar hasta cuatro años. En tres procesos (casos número 6, 8 y 13) la denunciante ha formulado antes incriminaciones falsas contra terceros.

En al menos ocho procesos, hubo sucesos de violencia doméstica; predominantemente generada por el hombre y con una larga historia previa —pero también casos de violencia recíproca—. De vez en cuando pareció que el reproche de violación no representaba el punto más alto en la relación, sino que se añadía como eslabón en una cadena de conflictos permanentes de se-

paración-conciliación sin final. El suceso dudoso condujo —fuera de las relaciones de violencia— no siempre a interrumpir las relaciones entre los afectados. Hubo varios casos en que luego de la denuncia se reunieron nuevamente, tuvieron relaciones sexuales de común acuerdo o se reconciliaron.

A diferencia de los casos que están actualmente en la discusión político-jurídica, con los cuales deben luego demostrarse hipotéticas o reales “lagunas en la protección” ante violaciones (29), hubo en el estudio previo varios casos con descripciones situacionales ambivalentes (30). Se alude con ello a sucesos que los intervinientes —también la mujer afectada— no definen inequívocamente desde el principio, y en los cuales recién desarrollan mediante procesos intelectuales o interactivos posteriores la idea de haber sido víctima de una violación. En el caso n° 2 la damnificada (una jurista) denunció, por ejemplo, a su novio por lesiones corporales: la funcionaria policial definió el suceso como violación; la afectada la siguió más tarde en eso; en el caso n° 18 la damnificada puntualizó luego de la entrevista con el abogado: “debo decir al respecto, que recién al momento de la conversación con un abogado tuve en claro que fue efectivamente una violación. Antes he sentido que no todo estaba en orden, pero no lo había visto tan claramente hasta el momento de la charla”.

En el caso n° 12 la mujer afectada denunció al hombre por violación pero en la declaración pos-

(29) Cfr. particularmente las posturas de la Asociación de Juristas alemanas (DJB), <http://www.djb.de/Kom/K3/st14-07/>, así como PFEIFFER, Rossmann-Kundenmagazin Centaur, junio de 2014, p. 16 ss., http://centaur.rossmann.de/1403244340/blaetterkatalog/pdf/save/bk_1-pdf (11/02/2015); también en las consultas de expertos en la comisión de derecho al 28/01/2015 las lagunas en la protección fueron criticadas por CLEMM (online en: <http://www.bundestag.de/blob/357220/275289/b6b4ea7ccc32f2123164a22fd/clemmdata.pdf>, p. 6 ss.) y GRIEGER (<http://www.bundestag.de/blob/356898/47e52c14440d89d3ce630dae016e97e/bff-data.pdf>, p. 32 ss.). Cfr. en contra FISCHER (<http://www.bundestag.de/blob/357200/18bdafafc324ec0f4c09a339a13753ce/fischer-data.pdf>; p. 9 ss.), quien cuestionó las sostenidas lagunas.

(30) Las descripciones situacionales ambivalentes en la consulta en la comisión de derecho están remarcadas también por FISCHER (nota al pie n° 29), p. 15 y RENZIKOWSKI, “Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Bundestags” v. 28/01/2015; online en: <http://www.bundestag.de/blob/357202/87f20df8e8751bfb54bled22da85106a/renzikowski-data.pdf>, p. 9.

terior perdió seguridad respecto de lo que constituye una violación. Cuando la funcionaria le pidió “describir más en detalle la violación” denunciada, la damnificada contestó “Qué es una violación. No lo sé con tanta certeza”.

En suma, debe quedar en claro, sin poder profundizar aquí, que los casos que le sirven de base a los estudios previos muestran imágenes confusas, irritantes, complejas y ambivalentes de relaciones humanas y de interacciones sexuales.

2. Explicaciones de la atrofia del caso

Preguntamos ahora cuáles razones pudieron haber sido determinantes de la atrofia del caso en nuestra pequeña investigación. ¿Hay indicios de que los sobreseimientos y absoluciones estuvieron condicionados por mitos de violación?

a) Mitos de violación

En el estudio resultaron reiteradamente indicios de mitos contundentes de violación, claro que sólo en los intervinientes directos, sobre todo en las víctimas. Hubo varios casos, en los cuales las mujeres experimentaron el suceso dudoso como atroz, pero no lo definieron como violación, porque el autor no había sido un extraño, sino el compañero íntimo. Algo similar ocurrió en el caso n° 13; aquí la damnificada fue responsabilizada por su vecina respecto del hecho: “vos también sos culpable de haberlo provocado”. Mitos de violación hay entonces, sin duda, en la población; ellos pueden explicar las razones, por las cuales no se llega a denuncias, pero no la atrofia del caso una vez formulada la denuncia.

No han surgido en el estudio casos claros de mitos radicales de violación en funcionarios policiales, fiscales y jueces. En esto hemos seguido también vagos indicios de la posible eficacia de estereotipos de tal índole. Estos indicios están esbozados brevemente aquí: en el caso n° 12 los funcionarios policiales han tuteado al imputado; pero no porque hayan querido hermanarse con aquel, sino como truco policial para lograr que esté dispuesto a conversar. También las preguntas de las funcionarias referidas a las medidas de prevención, a la estatura y peso de los intervinientes y a la última relación sexual, que tuvieron lugar distintamente, podrían ser interpretadas como indicios directos de mitos de violación, pero tuvieron siempre puntos de contacto en

sucesos concretos. Fue llamativo que la policía también trabajó profesionalmente en tales casos, en los cuales la aparición de mitos de violación igualmente podría explicarse sobre la base de la especial situación fáctica: en el caso n° 13 los funcionarios policiales investigaron objetiva y minuciosamente, a pesar de que la denunciante poco tiempo antes había inculcado falsamente a otro novio por violación y había sido condenada por falsa denuncia; similar fue el caso n° 6 (otro caso en que la denunciante formuló falsas denuncias). Cabe señalar también el ya mencionado caso n° 2, en el cual los funcionarios policiales recién le advirtieron a la jurista denunciante que el suceso por ella relatado podría tratarse de una violación. Muy fácilmente los montos de pena en las condenas podrían ser interpretados como indicios de mitos. En los casos n° 5 y 16 la compañía íntima fue considerada expresamente atenuante de pena. Si ello es expresión de un mito erróneo de violación o valoración justa de la culpabilidad no se puede apreciar únicamente leyendo la sentencia.

En suma, la atrofia del caso en los procesos investigados no se puede explicar plausiblemente con mitos de violación. Preguntémonos por ello si los sobreseimientos y absoluciones son los resultados forzados de la aplicación del derecho de fondo o de forma. Al respecto hemos relatado a continuación casos individuales y en esto hemos analizado especialmente la valoración fiscal y judicial.

b) Derecho material

En varios casos fue formulado un reproche de violación, pero ya en la versión de la denunciante faltaba el elemento necesario del tipo objetivo, sobre todo el empleo de un medio calificado de coacción. En el caso n° 6, la denunciante se sintió violada por su compañero de vida albano debido a una posición determinada en las relaciones sexuales. Tuvo además, como demostración de las supuestas violaciones “secuencias en la cabeza”. No obstante, faltaron indicios objetivos del empleo de violencia. En otros tres casos (n° 7, 10 y 12) el empleo de un medio calificado de coacción fue, al menos, dudoso.

En el caso n° 13 faltó la causalidad entre el medio de coacción y la relación sexual: los intervinientes se golpearon reiteradamente y tuvieron discusiones continuamente, pero la relación

necesaria entre los golpes previos y la relación sexual dudosa no existió ya según los dichos de la denunciante. En otros dos casos (n° 7 y 14) la causalidad fue, al menos, muy dudosa.

Se aludió a la falta de dolo en los casos n° 12, 14 y 16 para fundar los sobreseimientos en su contenido basados también en los elementos faltantes del tipo objetivo.

c) Derecho probatorio

Mediante los casos precedentemente relatados podría ya estar aclarado, que en muchos casos el sobreseimiento no sólo se basó en un único argumento. Nada distinto ocurre con los sobreseimientos y absoluciones que tienen su origen en el derecho procesal.

En el caso n° 9 la situación fáctica estuvo clara: aquí existió sin duda una falsa denuncia por una deficiente mental que quiso vengarse debido a un rechazo. Fue iniciado un proceso correspondiente de investigación contra la denunciante. Los casos n° 6 (primeramente una mujer joven había inculcado a un conocido, de haberla violado; cuando los reproches resultaron ser falsos, ella inculcó a su novio por el mismo hecho) y n° 7 (al respecto más en el párrafo subsiguiente) hablan en nuestra opinión a favor también de inculpaciones falsas; sin embargo, no se efectuaron investigaciones contra las denunciadas.

A pesar de importantes esfuerzos y numerosas declaraciones testimoniales —incluso la denunciante declaró cuatro veces— las investigaciones policiales en el caso n° 10 no condujeron en modo alguno a un estado de cosas certero. La damnificada depuso haber sido “violada” por su ex prometido. En esto, debido a declaraciones contradictorias de la damnificada no se pudo aclarar en qué día tuvo lugar el suceso dudoso, qué vestimenta llevaba ella y cuáles eran los motivos del hecho y de la ruptura del compromiso matrimonial. Todas las declaraciones eran contradictorias o inconducentes.

En los cinco casos el reproche formulado no les pareció creíble a la fiscalía ni al tribunal. En el caso n° 2 se ha descubierto en el juicio oral que la damnificada —sin poder dar razones— le escribió al imputado luego del hecho el siguiente mensaje de texto: “Tesoro, te amo. Por favor, vení conmigo a la cama”. En el caso n° 7 el imputado

negó los reproches en su contra y le manifestó al sorprendido funcionario que luego del supuesto acontecimiento siguió intercambiando mensajes amistosos con la denunciante. A pedido de los funcionarios y en su presencia el imputado llamó por teléfono a la damnificada, que en consecuencia no se indignó ni reaccionó irritadamente —como era de esperar al establecer contacto con un “violador”— sino que respondió receptivamente.

En tres casos fue mencionado el principio *in dubio pro reo* para la fundamentación de un sobreseimiento. En el caso n° 8 era no sólo declaración contra declaración, sino que la prueba señalada por la denunciante como objetivable de su conducta luego del suceso (de que ella ha relatado el hecho a una testigo) no pudo corroborarse en modo alguno (la testigo estaba en contra). Algo similar ocurrió en otros dos casos (n° 12 y 14). En el caso n° 11 la denunciante explicó incluso ya en la primera declaración que el reproche fue formulado también para comprobar —en vista de un proceso de patria potestad en trámite— que el imputado es “violento”. Aquí la fiscalía sobreseyó más tarde el proceso, luego de que la denunciante, a quien ínterin se le concedió el derecho de guarda, se negara fácticamente a cooperar con la fiscalía.

III. Resumen, valoración y perspectiva

En síntesis, está verificado empíricamente que una cantidad comparativamente alta de reproches por violación no conduce a condenas. La cifra de condena es —no sólo en Alemania— desde hace tiempo baja y sigue disminuyendo en la R.F.A. desde hace algunos años.

La tesis defendida en las obras de psicología social y en las campañas político-criminales, según la cual, la atrofia del caso está condicionada por mitos de violación, no pudo ser confirmada en el pequeño estudio arriba expuesto. Argumentos plausibles para sobreseimientos y absoluciones surgieron, en cambio, del derecho de fondo y de forma —en muchos casos se acumularon en esto varios argumentos—. Hubo también un caso claro y dos supuestos casos de incriminaciones falsas: “Hay también víctimas falsas”. Los procesos investigados por violación no arrojaron ningún indicio de una eventual brecha en la justicia “contraria a los derechos humanos”. Es cierto que de ningún modo todas las denuncias por violación

condujeron a una condena; también la cifra de las incriminaciones falsas es ciertamente mucho menor a la de los sobreseimientos y absoluciones. Pero esta diferencia no es expresión de mitos errados de violación, sino resultado —en los casos investigados— del derecho vigente; no es contrario a los derechos humanos sobreseer procesos, cuando no están dados los presupuestos necesarios del hecho punible; por el contrario, el Estado de derecho obliga a absolver al acusado cuando falta la prueba del hecho. La afirmación de haber sufrido una violación no puede, por ello, ser suficiente por sí sola para una acusación ni menos para una condena; lo mismo rige para una afectada que asevera subjetivamente haber sido víctima de un delito sexual. En el Estado de derecho no hay ninguna alternativa para ello.

Queda la pregunta referente a las repercusiones que tendrá la reforma que está en el ámbito del § 177, StGB, sobre la realidad jurídica de los procesos por violación. Apoyándose en la propuesta de la Asociación de Juristas alemanas (31), o bien, en la de Hörnle (32), se crea una especie de tipo de abuso, en donde la falta de acuerdo de la víctima será suficiente para la punibilidad. El empleo de un medio calificado de coacción no sería más constitutivo de una violación sino que realizaría un tipo agravado. Indudablemente una reforma de esa guisa ampliaría en modo relevante los límites materiales de la punibilidad de la violación y haría proliferar las denuncias. Es de suponer, además, que en estos casos se tratará muy predominantemente de cuestiones de declaración contra declaración, cuya prueba resulta particularmente difícil. Y todo indica que las dificultades probatorias ahora existentes en un tipo penal, que únicamente resalta la voluntad opuesta y no se funda más en los elementos “que pueden ser vistos y relatados por testigos, juzgados por peritos” y “verificados por los tribunales” aumentarán aún más (33).

(31) Cfr. DJB (nota n° 29).

(32) HÖRNLE, “Menschenrechtliche Verpflichtung aus der Istanbul-Konvention”, 2015, p. 23.

(33) Cfr. FISCHER (nota n° 29), p. 15, y además en p. 16: “¿Cómo debe la praxis jurídica comprobar una “mera” voluntad opuesta, si ello no depende más de otros presupuestos objetivos y subjetivos? Es notorio que un proceso penal de tal índole terminaría en una función casi insoluble de dictámenes especulativos sobre “credibilidad”. Acerca de las dificultades probatorias en la reforma prevista, cfr. tam-

No sabemos si las fiscalías, luego de una reforma legal, formularán más acusaciones. A favor podría hablar la presión político-criminal que genera la reforma. Una sospecha inicial existirá rápidamente de todos modos, si el contacto sexual está acreditado, y sólo se trata de la necesi-

bién CIRULLIS, "Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Bundestags" v. 28/01/2015; online en: <http://www.bundestag.de/blob/357218/88a9617c670dbee8c9a43e3fef51f720/cirullies-data.pdf>, p. 3; EISELE, "Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Bundestags" v. 28/01/2015; online en: <http://www.bundestag.de/blob/357194/a75ae34f805c0734d3e40b030f4c7b20/eisele-data.pdf>, p. 9 s.; EISENHUTH, "Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Bundestags" v. 28/01/2015; online en: <http://www.bundestag.de/blob/357198/2630349a41661014cc517432fed75e34/eisenhuth-data.pdf>, p. 2 s.

dad de un acuerdo eficaz (34). Si proliferan las acusaciones, cabe esperar que los tribunales acaten el llamado de Heribert Ostendorf: "en caso de duda a favor del acusado". Pero el peligro de que se llegue a condenas dudosas (35) no se puede negar. Si esto no sucede y, en lugar de ello, seguirían aumentando las cifras de absoluciones, es de temer que esto sea percibido en el público como "brecha en la justicia" y traiga consigo más exigencias de "justicia de la víctima". La modificación actual formaría luego únicamente el comienzo de nuevas iniciativas político-jurídicas, cuyo centro de gravedad, así es de esperar, estará en el ámbito del derecho probatorio. ♦

(34) EISELE (nota al pie n° 33), p. 9.

(35) FISCHER (nota al pie n° 29), p. 17.

.....