



Nota a fallo

**LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y LA VALORACION PROBATORIA EN EL
PROCESO JUDICIAL**

Martinez Lucas José

2022

Abogacía

DNI: 39.325.067

Legajo: VABG44970

Tutor: Diaz Pucheta Sofia

Sumario:

I.- Introducción. – II. - Premisa fáctica, historia procesal y resolución del tribunal. – III.- Identificación y reconstrucción de la Ratio Decidendi. - IV.- La doctrina de la arbitrariedad y las decisiones judiciales con perspectiva de género. – V.- La postura del autor. – VI. Conclusión. – VII.- Referencias Bibliográficas.

Introducción

Comenzaremos enfocándonos en el título III “Delitos contra la integridad sexual” del Código Penal de la Nación, precisamente en su Art. 119, el cual prevé:

“Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. (...)

La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si:

a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; (...)

b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; (...)

f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f).¹

Para una mejor comprensión haremos un breve recorrido histórico de la figura mencionada. La ley 25.087 “Delitos contra la integridad sexual. Modificación”, en su Art. 2 sustituye el Art. 119 por el texto actual del Código Penal, reemplazando el tipo y ampliado con relación a la anterior figura la cual nos remite al Art. 127 donde se hacía referencia al supuesto que la víctima fuera menor de doce años, estuviera privada de la razón, sentido, fuerza, entre otros. La nueva figura eleva la edad de la víctima de doce a trece años, siendo el tope de edad debajo del cual cualquier comportamiento descriptivo precedentemente resultaría típico aun cuando medie el consentimiento de la víctima como lo menciona el siguiente precedente: *”La conducta se torna abusiva no por el significado sexual o dirección que le otorgue el autor, sino porque se ejerce prescindiendo de la voluntad de la víctima, reduciéndola a simple objeto del acto”*.² (Código Penal Comentado y Anotado: Parte especial, 2004, p. 172) Esta interpretación se adecua al sentido actual de la protección penal y la integridad sexual de la víctima.

Esta reforma pretende involucrar casos de autoridad o jerarquía, que colocan al autor del delito en una privilegiada posición respecto de la víctima. Quedan comprendidos los casos en los que el autor aprovechando una especial posición de autoridad logra el consentimiento de la víctima pese a la inexistencia de violencia o amenazas.

Con respecto al párrafo tercero del Art. 119, encontramos la figura del abuso sexual con acceso carnal como otra forma agravada del abuso sexual simple y en su redacción anterior - “El que tuviera acceso carnal”- inclinó desde siempre la doctrina y jurisprudencia a interpretar que acceso carnal implicaba acceder con la carne, en este sentido se ha expresado el Dr. Sebastián Soler: *“Quien tiene acceso carnal es el que penetra”*³ y por razones históricas que ese acceso debía ser peniano. *“De esta manera no existía discusión en punto a que sólo el hombre podía ser sujeto activo del delito de violación, pues es el único, por*

¹ Art. 119. Ley N° 11179 (1984) Código Penal de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

² (TORal Crim. N° 9, Causa N° 30 “Roca, Armando Arturo”, Rta. 2002 / 0519.)

³ (Soler, op. cit., p, 308.)

razones anatómicas que puede cumplir con el requerimiento de acceso carnal a la víctima".⁴
(Código Penal Comentado y Anotado: Parte especial, 2004, p. 182)

La actual redacción de la norma ha cambiado la fórmula. El tercer párrafo del Art. 119 ya no refiere a "*el que tuviera acceso carnal*", sino que menciona "*cuando mediando la circunstancia del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía*". Este cambio de redacción ha permitido a algunos autores como Buompadre a considerar con mayor fundamento, que la introducción de dedos, lengua, u otros objetos, es un caso de acceso carnal al igual que aquel en que la mujer obliga al hombre a que la penetre. Así también se abre paso a la posibilidad de involucrar a la mujer como sujeto activo del delito en cuestión.⁵
(Código Penal Comentado y Anotado: Parte especial, 2004, p 166)

El fallo "Sanelli, Juan Marcelo s/ abuso sexual -art. 119, 3° párrafo-". Analizado en esta nota se concentra en los abusos sexuales que Juan Marcelo Sanelli habría cometido en perjuicio de la hija de su pareja, la misma menor de edad, con un vínculo cercano a su agresor aprovechando la situación de convivencia, el mismo estipulado en el Art. 119, 3° párrafo e inciso f. del Código Penal de la República Argentina donde los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al cual los recurrentes se vieron obligados a arribar, antepusieron asegurar la doble condición de la niña, tanto menor de edad como mujer, el interés superior del niño y las garantías constitucionales, fundándose en la arbitrariedad del pronunciamiento apelado y afirmaciones dogmáticas sobre el supuesto desinterés que exhibió la niña en Cámara Gessel como en otras instancias procesales atravesadas.

Atento a lo mencionado, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en su mayoría abordó el presente caso bajo análisis desde razonamientos esgrimidos por los magistrados con cierta lógica de construcciones mentales subjetivas, estereotipadas y pensamientos conservadores, cargados de prejuicios contra la víctima, por encima de una reflexiva deliberación del derecho vigente, dejando de lado la objetividad al momento de fallar, no contemplando una perspectiva de género. Podemos observar lo mencionado en los fundamentos de la absolución, donde se apartaron de los estándares internacionales que regulan los procesos donde intervienen mujeres y niñas que fueron víctimas de violencia de

⁴ (Soler, op. Cit., p. 30; Creus, "Derecho...", p 195 y ss.; Donna, op. Cit., p. 60 y ss.)

⁵ (Buompadre, "delitos...", p.732 y ss).

género, particularmente en la valoración probatoria alegando que las aplicaciones de estas normas entrarían en colisión con los principios de inocencia e “in dubio pro reo”. En este sentido se ha expresado el Superior Tribunal de Jujuy: *“el concepto de género es importantísimo para instruir un proceso judicial, para valorar la prueba y en definitiva para decidir un caso, ya que se si no se parte de entender el concepto de género, no se puede comprender las leyes que garantizan los derechos de las mujeres por el hecho de ser mujeres”*.⁶ y también la doctrina específica señala que *“La forma en la que los jueces argumentan en sus resoluciones no sólo tiene trascendencia en la respuesta al conflicto individual, sino que también permite aprehender las miradas de la justicia sobre las condiciones que generan exclusión política, económica y social ...”*⁷. Históricamente hasta la sanción de la ley 26.485, nuestro régimen jurídico no había incluido el factor ‘género’ en las reglas que permiten descifrar, conocer e interpretar la violencia de género”

En este sentido la perspectiva de género constituye una herramienta tendiente a que todo el ordenamiento jurídico se interprete y aplique de manera tal que no resulte perjudicial a las mujeres, de allí que exista una imperiosa necesidad de juzgar con perspectiva de género, entendida como *“la detección durante un procedimiento judicial de situaciones de desigualdad por razón de género y la corrección de las mismas a través de la interpretación de la ley, teniendo en cuenta la especial situación de quien padece la discriminación”*.⁸ Evitando de esta manera no perder la protección debida de las diversas convenciones y tratados internacionales.

En cuanto a la relevancia jurídica que nos presenta este fallo es necesario destacar que a partir de la reforma de 1994 los tratados de derechos humanos poseen jerarquía constitucional y fue incorporado al sistema normativo la “Convención Interamericana para

⁶ Superior Tribunal de Jujuy, Sala Civ. Com. Flia. 28/03/2019. LL NOA 2019 (octubre), 6 y Cita Online: AR/JUR/6308/2019.

⁷“La valoración de la prueba en casos de violencia de género”, en Garantías constitucionales en el proceso penal (Florencia Plazas y Luciano Hazan), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2015. Pag 1.

⁸ . (Medina, s.f.)

prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” (Belem Do Para, 1996), que regula el criterio con el que deben ser tratados los casos en que mujeres y niñas son víctimas de violencia de género, y posteriormente en el año 2009 se aprobó la Ley 26.845 de Protección Integral a las mujeres, que regula entre otros derechos lo relativo a la amplitud probatoria. El objetivo de estas leyes es garantizar el acceso a la justicia a las mujeres en condiciones de vulnerabilidad donde la actividad probatoria se encuentra condicionada por una mirada prejuiciosa de los operadores del derecho.

En el fallo bajo análisis puede visualizar el problema jurídico de tipo **axiológico** que es definido como: *“aquellos que se suscitan respecto de una regla de derecho por la contradicción con algún principio superior del sistema o un conflicto entre los principios de un caso concreto.”*⁹

Se da cuenta de lo expuesto “ut supra” al mencionar que se debate si existe una confrontación entre los derechos que corresponden tanto al imputado como a la víctima y si existen suficientes elementos probatorios para poder imputar el hecho delictivo al sindicado en el desarrollo de un debido proceso, con arreglo al principio de inocencia e “in dubio pro reo”, y a la valoración al mismo tiempo de la declaración de la víctima, elemento de prueba valiosísimo ya que es común que este tipo de hechos se efectivice en ausencia de testigos, mediando violencia o intimidación. En ese sentido el método de libre convicción, según el cual los jueces deben valorar la prueba conforme la regla de la sana crítica y reproducir esa argumentación en forma clara y precisa, tampoco está exento de reparos conforme una perspectiva de género.¹⁰ Este método íntimamente relacionado con las pautas de valoración de la prueba, abre algunos interrogantes sobre cómo compatibilizar el derecho de la víctima a recibir un trato digno y respetuoso de su salud e intimidad, con el derecho de defensa del imputado.

⁹ Canvas - Lectura N° 1: La identificación del fallo y del problema.

¹⁰ Para un análisis tradicional sobre la valoración de la prueba, cf. Julio B. J. Maier, Derecho Procesal Penal. T. I. Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996. Para obtener ejemplos de sentencias discriminatorias, cf. AAVV, Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2010.

Atento a las circunstancias del caso, las cuestiones de materia procesal mencionadas son en principio ajenas a revisión en instancia extraordinaria. Los ministros de la CSJN resolvieron apartarse de dicha regla en base a la doctrina de la arbitrariedad para realizar un examen integrador y que constituya una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa.

Premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal

Haciendo mención al objeto procesal en el *sub exánime*, se remite a los abusos sexuales que el agresor Juan Marcelo Sanelli habría ejecutado en perjuicio de la víctima menor de edad, la cual resultaba ser hija de su actual pareja en ese momento, aprovechándose de la situación de convivencia que mantenían. Remitiéndonos a los hechos de agresión, el primero sucede cuando la víctima tenía diez años de edad, se manifestó que el imputado la llevó hasta una cama, se quitó la ropa, le pidió que lo mirara tocándola en sus zonas íntimas y por último el segundo hecho se dio cuando la niña tenía doce años en donde accedió carnalmente por vía vaginal.

Atento a las amenazas constantes del imputado a la víctima con “arrancarle la cabeza y matarla a palos” si revelaba lo ocurrido, la menor expuso su negación a vivir en la misma vivienda que su madre y el imputado. Esto quedó demostrado cuando la niña vivió con su padre por el lapso de 45 días y contó de los abusos sufridos a la vicedirectora de su colegio. A raíz de estos hechos, la menor testificó en Cámara Gessel demostrando seguridad, revelando información precisa, relevante y sustancial acerca del modo y lugar de como se desarrollaron los abusos, expresándose de una manera coherente, libre de elementos tendientes a la fabulación de acuerdo a lo manifestado por la primera psicóloga especialista interviniente. Por otro lado, la psicóloga que intervino con posterioridad afirmó que el relato de la menor fue desorganizado, sin estructuración lógica, carente de detalles y de correlato emocional y estrés postraumático, que las maestras no advirtieron señales de abuso y que nada había dicho a su padre.

En consecuencia, de los hechos, encontramos el origen del análisis de este caso en concreto en la sentencia dictada por la sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma en la

cual absuelven al imputado en orden al delito de abuso sexual agravado por el acceso carnal y aprovechamiento de situación de convivencia preexistente. A raíz del pronunciamiento impugnado donde se sostuvo que “el testimonio de la menor no resultaba más allá de toda duda razonable” y que para arribar a esa conclusión se limitaron a considerar la opinión de una segunda psicóloga interviniente que no participo de ese acto, sino que la examinó días después, interviene el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro a los fines de dar lugar a la impugnación interpuesta atacando la sentencia dictada precedentemente. El mencionado tribunal, por mayoría, rechazó los recursos interpuestos por la Dra. María Rita Custet Llambi -Defensora de Menores e Incapaces- y el Dr. Guillermo Campano –apoderado de la parte querellante. - A causa de dicho pronunciamiento y atento a no haber encontrado una resolución justa, se interpusieron recursos extraordinarios ante el Superior Tribunal de Río Negro, alegando la arbitrariedad de la sentencia apelada. Expresaron que se apoyaba en” afirmaciones dogmáticas y fórmulas estereotipadas, y en una valoración parcial y aislada de los diversos elementos de prueba”, que fueron concedidos y elevados a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Finalmente, la CSJN, tribunal integrado por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y Elena Highton de Nolasco, adhiriendo a todos los fundamentos el Procurador General de la Nación Dr. Eduardo Ezequiel Casal, resuelve declarar procedentes los recursos extraordinarios y dejar sin efecto la sentencia apelada para que en consecuencia deberá dictarse un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo dispuesto.

Identificación y reconstrucción de la Ratio Decidendi de la sentencia.

Retomando lo expuesto en puntos anteriores, la apreciación de la prueba por vía de principio es facultad propia de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en instancia extraordinaria, con la excepción que la Corte Suprema de Justicia de la Nación puede conocer las particularidades del caso con base en la doctrina de la arbitrariedad, la misma alegada por los recurrentes en este caso en concreto y concedida por La Corte. Con esta excepción se procura asegurar las máximas garantías esgrimidas en la Constitución Nacional tal como la defensa en juicio y el debido proceso exigiendo en consecuencia que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa. En ese sentido, para la CSJN el pronunciamiento apelado no cumple con esa elemental condición de validez, La

Corte a su vez, entendió que los integrantes del Superior Tribunal de Río Negro en su mayoría se apartaron de los estándares internacionales para el juzgamiento de esta clase de hechos solo concentrándose en un supuesto desinterés, hipotéticas contradicciones como también en la omisión de detalles por parte de la víctima, ignorando al mismo tiempo su doble condición de menor de edad y de mujer, la cual la vuelve particularmente vulnerable a la violencia. (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso González y otras -' Campo Algodonero' - vs. México", sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrafo 408; en el mismo sentido, "Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala", sentencia del 19 de mayo de 2014, párrafo 134). Ni tomado en cuenta el derecho a ser oído, previsto en el Art. 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Por otra parte, la Corte Interamericana ha establecido que “las agresiones sexuales se caracterizan en general, por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor, o los agresores. Dada la naturaleza de estas formas de violencia no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho”¹¹ En esa inteligencia, la CSJN entendió que en el fallo impugnado la mayoría no examinó las constancias bajo esas pautas específicas para casos como el de autos, omitiendo así el compromiso de actuar con la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer asumida en la Convención Belem Do Para, específicamente en su art. 7. En efecto, la opinión mayoritaria coincidió con el Tribunal de Juicio en sostener que el testimonio de la niña no resultaba creíble más allá de toda duda razonable, respecto de la responsabilidad del imputado en los hechos alegados, en contradicción a la minoría que valoró que los informes psicológicos descartaron la presencia de elementos fabulosos en los términos que le permitió su edad y desarrollo, estos magistrados en disidencia explicaron que aquellas supuestas contradicciones indicadas por la mayoría no existieron. En consecuencia, de lo expuesto, los ministros de la CSJN coincidieron en que el fallo apelado no constituye derivación razonada del derecho vigente y debe ser descalificado como un acto jurisdiccional válido.

¹¹ ("Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú", sentencia del 20 de noviembre de 2014, párrafo 150)

Ahora bien, retomando el mencionado problema jurídico que se identificó en la presente nota a fallo, estamos en condiciones de manifestar que los Magistrados de La C.S.J.N, basaron su decisorio teniendo en cuenta la desigualdad manifiesta que existió entre la confrontación de los principios que amparan los derechos de la víctima, los cuales fueron menoscabados, a diferencia de los propios derechos del imputado los cuales nunca dejaron de tenerse presentes. Los magistrados dejaron en evidencia que se desvirtuó la declaración de la víctima, no se tomaron en cuenta las características particulares para esta situación de violencia de género, y tampoco se aseguró la prevalencia del interés superior del niño y como los mismos requieren de cuidados y medidas especiales de protección tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia. En esa inteligencia, el derecho a ser oído previsto en el art. 8.1 en la Convención Americana sobre derechos humanos debe ser interpretado a la luz del art 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de este y no redunde en perjuicio de su interés genuino (“Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile”, sentencia del 24 de febrero del 2012, párrafo 196). Y con el objeto de determinar los alcances de los términos descriptos en dicho art 12 indico que, “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto” (ídem, párrafo 198). Al respecto, también el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en la Observación General N° 12 (2009) – “Derecho del niño a ser escuchado” – destacó que “el niño víctima y el niño testigo de un delito debe tener la oportunidad de ejercer plenamente su derecho a expresar libremente sus opiniones, especialmente a las decisiones que lo afecten incluidas las adoptadas en un marco de cualquier proceso judicial, y que esos puntos de vistas sean tomados en consideración según sus aptitudes, su edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad”.

La doctrina de la arbitrariedad y las decisiones judiciales con perspectiva de género

La violencia sexual es una de las expresiones más extremas de la violencia por razones de género. Es el resultado de una violencia estructural de género y de patrones socioculturales que discriminan a las mujeres y disidencias sexuales. En este contexto, los precedentes describen algunas de las pautas de investigación más relevantes para dar cumplimiento al deber de debida diligencia reforzada que rige para casos de violencia de género y, en particular, para construir la prueba con perspectiva de género. Estos aspectos incluyen la prohibición de la valoración del testimonio de la víctima sobre la base de estereotipos de género y de las prácticas revictimizantes.

Indudablemente a través del análisis de jurisprudencia podemos observar una gran cantidad de precedentes, en este sentido así ha resuelto el Superior Tribunal de Jujuy: *“Si no se incorpora la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales, seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de las mujeres, ya que no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación si a la hora de aplicarla se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismos procesales que cualquier proceso y se lo juzga olvidando la cuestión de género y su problemática que es en definitiva lo que da origen al conflicto (...)”*¹²

Por otro lado, la CSJN al dejar sin efecto la sentencia que convalidó la condena a dos años aplicada a una mujer que hirió con un cuchillo a su ex pareja en un contexto de violencia de género, dado que el caso se sitúa en una situación de violencia contra la mujer, expresando: *“En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en diversos precedentes que la investigación penal en casos de supuestos actos de violencia contra la mujer debe incluir la perspectiva de género (...). En sentido concordante, en el documento del Comité de Seguimiento de la Convención Belem do Pará (CEVI) ya citado, se recomendó incorporar un análisis contextual que permita comprender que la reacción de las víctimas*

¹² Superior Tribunal de Jujuy, Sala Civ. Com. Flia. 28/03/2019. LL NOA 2019 (octubre), 6 y Cita Online: AR/JUR/6308/2019

*de violencia de género no puede ser medida con los estándares utilizados para la legítima defensa en otro tipo de casos, en tanto la violencia contra la mujer tiene características específicas que deben permear en el razonamiento judicial. Se expuso allí que la persistencia de los estereotipos y la falta de aplicación de la perspectiva de género, podría llevar a valorar de manera inadecuada el comportamiento”.*¹³

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado: *“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”.*¹⁴

En esa inteligencia El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) establece: *“El establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos. Esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa. 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*

¹³ CSJN, “R. C. E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 63.006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV” (2019), Dictamen del PGN, Título VI, 2^{do} y 3^{er} párrafos.

¹⁴ 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.

sistema de justicia, que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes".¹⁵

Por su parte la doctrina ha dicho: *“Finalmente, para valorar en forma adecuada la declaración de la víctima, los órganos judiciales deben despojarse de todo prejuicio. En este campo, los estereotipos de género, generalmente organizados a partir de las categorías de “mujer honesta”, “mujer mendaz”, “mujer instrumental”, “mujer co responsable” y “mujer fabuladora”, pueden afectar el juicio imparcial, por lo que debe velarse por su erradicación*".¹⁶

Como afirma GISBERT GRIFO, (2018), *“los estereotipos distorsionan la justicia y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. Así podemos encontrar otros estereotipos que tienen una larga historia e incluso afectan a la manera de aplicar el Derecho sobre las mujeres, dado que muchas veces son consideradas como "mentirosas" o "no confiables" o "vengativas". Esto, sin duda alguna, puede condicionar la respuesta judicial, por ejemplo, a la hora de valorar la declaración de la víctima en ciertos procedimientos penales*".¹⁷

En esa inteligencia, la valoración de la prueba es uno de los aspectos que suscita mayores discusiones en el litigio de los casos que involucran violencia de género porque los hechos suelen ocurrir en lugares íntimos, alejados de la vista de terceras personas. Además, históricamente, la recolección y valoración de la prueba de estos hechos ha estado atravesada por un sesgo discriminatorio.

¹⁵ Comité CEDAW, Recomendación General núm. 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/C/GC/33, 03/08/2015, párr. 26.

¹⁶ AAVV, Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2010.

¹⁷ GISBERT GRIFO, SUSANA: Balanza de género, Lo que no existe, Madrid, 2018, 14.

En este sentido la doctrina de la arbitrariedad tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa. Y, naturalmente, esto es así por cuanto un vicio lógico (violación del principio de razón suficiente o violación del principio de no-contradicción) -al resolver una cuestión fundamental- conduce a una conclusión arbitraria. La arbitrariedad es la consecuencia, y no la causa, de la inobservancia de los principios lógicos.

En este orden se ha expresado el Superior Tribunal de Justicia de Salta, expresando: *“Argumenta que son tantas las dudas que se generan que, sostener livianamente que existió abuso sexual con acceso carnal por el simple hecho de que un médico haya dicho hipotéticamente que podría darse el caso de penetración sin lesiones, es un atentado a la lógica y al sentido común, tratándose de una posibilidad muy aislada y debiendo demostrarse adecuadamente, pues de otra forma hay que descartarla por ser de todas la menos probable; por ello, el fallo del Tribunal de Impugnación resulta arbitrario al omitir todas las consideraciones de un serio análisis de los elementos probatorios del caso.”*¹⁸ En el mismo fallo, el mismo tribunal expreso: *“Que el abuso sexual infantil supone la existencia de una relación de poder sobre los niños y niñas ejercido por un adulto para su gratificación sexual; relación en la cual la abusada no tiene posibilidades efectivas de manifestar su consentimiento. Es por tal razón que cuando se aborda un supuesto de abuso sexual infantil es necesario tener en cuenta, al momento de valorar los hechos y la prueba rendida, que nos encontramos frente a un fenómeno delictivo de características especiales porque son hechos que acontecen en la esfera privada, en la intimidad y sin testigos. De allí que las*

¹⁸ CHAILE, OSVALDO FEDERICO POR ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL GRÁVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR LA GUARDA EN PERJUICIO DE A.V. - RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD PENAL” (Expte. N° CJS 38.342/16)

declaraciones de la víctima, unidas a los informes psicológicos de la misma y del imputado, adquieran particular relevancia.”¹⁹

En este punto, no es ocioso recordar que doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte Suprema en un tribunal de tercera instancia ordinaria, sino que procura cubrir casos de carácter excepcional, en los que groseras deficiencias lógicas del razonamiento, o una total ausencia de fundamento normativo, no permitan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios, como una "sentencia fundada en ley", con directa lesión a la garantía del debido proceso (Fallos 324:4321; 325:3265, entre otros),²⁰

Así también el Superior Tribunal de Justicia de Chaco ha rechazado recurso de casación a sentencia N° 245 de la sala unipersonal de la Cámara Primera en lo Criminal de Resistencia en la que el acusado fue condenado a nueve años de prisión efectiva por los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda, contra una menor que al momento de los hechos tenía siete años de edad, expresando: *“Por todo lo expuesto, se entiende que los argumentos plasmados en la sentencia justifican plenamente la decisión condenatoria del tribunal, dado que constituyen una derivación razonada del análisis de las pruebas que integran el plexo probatorio, respetuoso del esquema de la libre convicción adoptado por nuestro sistema procesal vigente, resultando los agravios meras discrepancias con la selección y valoración de las pruebas, por lo cual no pueden ser receptados favorablemente en esta sede”*.²¹

En estos casos, la Convención de Belém Do Pará y la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, y la manera en que han sido interpretadas, son instrumentos ineludibles para apreciar la prueba.

¹⁹ CHAILE, OSVALDO FEDERICO POR ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL GRÁVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR LA GUARDA EN PERJUICIO DE A.V. - RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD PENAL” (Expte. N° CJS 38.342/16)

²⁰ Brahim, Roberto Waldemar y otros c/ Sanatorio Privado María Mater S.C.A. y otros s/ daños y perjuicios (2020)

²¹ "N. M. E. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL" expediente N° 1-24422/17

La postura del Autor

La decisión tomada por la CSJN en el caso bajo análisis, teniendo en cuenta la amplitud doctrinaria y jurisprudencial analizada, resulta acertada desde nuestra postura. Creemos que La Corte ha llevado a cabo una minuciosa, racional y objetiva evaluación del caso ut supra desarrollado, demostrando la imperiosa necesidad de fomentar el equilibrio tanto en derechos y garantías a partir de un criterio inclusivo donde se respeten los principios constitucionales y estándares internacionales. Hemos podido visualizar como los judicantes inferiores en sus decisorios utilizan elementos motivadores que se alejan de los preceptos mencionados en la materia. Si bien mucho ya se ha escrito sobre la necesidad de que los/as operadores/as judiciales investiguen y juzguen con perspectiva de género, a pesar de los denodados esfuerzos que se han realizado desde el campo académico -principalmente las diversas asociaciones de mujeres- todavía resta mucho por hacer. Es interesante lo sostenido por Marcela Lagarde²² cuando afirma que la cultura social tarda más tiempo en elaborar los cambios sociales que se viven y, por eso, los/as operadores/as del derecho siguen considerando que las mujeres deben observar determinados comportamientos, aunque, formalmente, la norma jurídica no los exija.

El Poder Judicial es quien debe impulsar un proceso de incorporación de la perspectiva de género en la Planificación Institucional y en los procesos internos para lograr la equidad de género tanto para quienes utilizan el sistema de justicia, como para los empleados, funcionarios y Magistrados que desarrollen su labor.

Es oportuno mencionar la sanción de la Ley Micaela N° 27499, la misma lleva el nombre de Micaela García, una joven de 21 años víctima de femicidio en 2017. El hecho ocurrió en Gualeguay, provincia de Entre Ríos, y fue perpetrado por una persona que se encontraba cumpliendo condena por violación y le habían otorgado el beneficio de la libertad condicional.

A raíz del hecho y como consecuencia de la protesta social a lo ocurrido es que se sanciona esta normativa, en donde encontramos como objetivo principal la capacitación

²² Revista Jurídica AMFJN www.amfjn.org.ar/revista-juridica/ -Ejemplar N°8-ISSN2683-8788

obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación. En la misma se nombró al Instituto Nacional de las Mujeres como autoridad de aplicación de la presente ley el cual actualmente es conocido como el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad.

Haciendo referencia a la institución nombrada anteriormente, podemos manifestar que a los fines de cumplimentar con los objetivos de la normativa en cuestión deberá brindar un informe anual que será publicado en su página web oficial incluyendo la nómina de altas autoridades del país que se han capacitado. A modo informativo podemos decir que desde la sanción de la Ley hasta diciembre del 2021 se registraron 104.600 agentes y autoridades capacitadas pertenecientes a los tres poderes del Estado a nivel nacional.

Ahora bien, esta normativa contempla a los Poderes del Estado quedando marginados los sectores educativos en todos sus niveles y el sector laboral en todas sus áreas. Es por ello que vengo a proponer que la Ley Micaela amplíe su cometido e incluya a estos sectores, a los fines de generar una concientización masiva de la problemática, que la misma pueda ser abordada por todas las generaciones que conviven en nuestra sociedad. Esta propuesta apunta también a que nuestra población en general pueda familiarizarse de una forma más específica sobre esta temática de vital importancia y de amplia trascendencia.

Ahora cabe preguntarnos cual es concepto básico para entender las sentencias de género, ¿son los estereotipos?, ¿qué es lo propio para el hombre o la mujer?, ¿Qué atributos, papeles son o DEBERÍAN ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente? este “deberían” es el que nos lleva a la gran discriminación y reacción de la sociedad por no estar cumpliendo ese papel predeterminado y que consecuencias jurídicas de tipo discriminatorio generan estos estereotipos.

Conclusión

Atento a lo expuesto en el trabajo desarrollado, ha quedado demostrado como en el fallo analizado, desde esta perspectiva, no existe posibilidad de establecer postura contraria al decisorio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al revocar la sentencia que absolvió al imputado. El máximo tribunal se encargó de probar que el pronunciamiento impugnado

no expone fundadamente una “duda razonable” acerca de los hechos objeto de este proceso y de cómo los juzgados inferiores se limitaron a tratar de desvirtuar la actitud de la víctima. En consecuencia, de lo expuesto quedó evidenciado como la menor debió arribar a la máxima autoridad judicial de nuestra Nación para obtener una adecuada investigación y valoración de los hechos imbuidos con una mirada de perspectiva de género. Exponiendo de esta manera que nuestro sistema judicial se encuentra claramente en un proceso de construcción de perspectiva de género para poder cumplimentar el objetivo de investigar, prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Listado de revisión bibliográfica

Doctrina

- AAVV, Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2010.
- Brahim, Roberto Waldemar y otros c/ Sanatorio Privado María Mater S.C.A. y otros s/ daños y perjuicios (2020)
- (Buompadre, “delitos...”, p.732 y ss).
- Canvas - Lectura N° 1: La identificación del fallo y del problema.
- Código Penal Comentado y Anotado: Parte especial (arts. 79 a 306) / Andrés José D’Alessio – 1^a ED.- Buenos Aires: La Ley, 2004 – Título III <http://todosxderecho.com/recopilacion/Tratados%20y%20Manuales%20Basicos/ Penal%20Parte%20General%20y%20Especial/CODIGO%20PENAL%20COMENTADO%20Y%20ANOTADO%20-%20PARTE%20ESPECIAL%20-%20ANDRES%20J.%20DALESSIO%20-%20TOMO%20II.pdf>
- GISBERT GRIFO, SUSANA: Balanza de género, Lo que no existe, Madrid, 2018, 14.
- “La valoración de la prueba en casos de violencia de género”, en Garantías constitucionales en el proceso penal (Florencia Plazas y Luciano Hazan), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2015. https://www.academia.edu/26028109/La_valoraci%C3%B3n_de_la_prueba_en_casos_de_violencia_de_g%C3%A9nero
- (Medina, s.f.)
- Para un análisis tradicional sobre la valoración de la prueba, cf. Julio B. J. Maier, Derecho Procesal Penal. T. I. Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996. Para obtener ejemplos de sentencias discriminatorias, cf. AAVV, Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2010.
- Revista Jurídica AMFJN www.amfjn.org.ar/revista-juridica/ -Ejemplar N°8- ISSN2683-8788

- (TOral Crim. N° 9, Causa N° 30 “Roca, Armando Arturo”, Rta. 2002 / 0519.)
- (Soler, op. Cit., p. 30; Creus, “Derecho...”, p 195 y ss.; Donna, op. Cit., p. 60 y ss.)
- (Soler, op. cit., p, 308.)

Jurisprudencia

- CHAILE, OSVALDO FEDERICO POR ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL GRÁVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR LA GUARDA EN PERJUICIO DE A.V. - RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD PENAL” (Expte. N° CJS 38.342/16)
- (Conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso González y otras -' Campo Algodonero' - vs. México", sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrafo 408; en el mismo sentido, "Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala", sentencia del 19 de mayo de 2014, párrafo 134).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación – “Sanelli, Juan Marcelo s/ abuso sexual – art. 199, 3° párrafo- “.
- CSJN, “R. C. E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 63.006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV” (2019), Dictamen del PGN, Título VI, 2^{do} y 3^{er} párrafos.
- "Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú", sentencia del 20 de noviembre de 2014, párrafo 150
- "N. M. E. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL" expediente N° 1-24422/17
- Superior Tribunal de Jujuy, Sala Civ. Com. Flia. 28/03/2019. LL NOA 2019 (octubre), 6 y Cita Online: AR/JUR/6308/2019.

Legislación

- Art. 119. Ley N° 11179 (1984) Código Penal de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.
- 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.

- Código Penal de la República Argentina.
- Comité CEDAW, Recomendación General núm. 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/C/ GC/33, 03/08/2015, párr. 26.

- Constitución de la Nación Argentina.
- Ley 25.087. Delitos Contra la Integridad Sexual. Modificación.
- Ley 26.845. Ley de Protección Integral a las Mujeres.
- O.E.A. (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer – “Convención de Belem do Pará”.