



**“LA FLEXIBILIDAD PROBATORIA ARROJA
LUZ SOBRE LA VIOLENCIA EN CONTEXTOS
DOMESTICOS”**

NOTA A FALLO

Autor: Maximiliano Francisco Rodriguez Atampiz

D.N.I.: 35188945

Legajo: VABG 110104

Prof. Director: César Daniel Baena

Córdoba, 2022

Tema: Perspectiva de Género

Fallo: Sala Segunda de la Corte de Justicia de San Juan “C/ B.S, A.E. POR ABUSO SEXUAL Y AMENAZAS SIMPLES EN PERJUICIO DE C.,V.E. S/ CASACIÓN” EXPEDIENTE N° 7417 del 11 de mayo de 2020

Sumario: **I.** Introducción **II.** Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal. **III.** Reconstrucción de la ratio decidendi de la sentencia **IV.** Análisis crítico del autor **IV.I.** La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales **IV.II.** Postura del autor **V.** Conclusión **VI.** Referencias bibliográficas **VI.I** Legislación - **VI.II** Doctrina - **VI.III** Jurisprudencia

I. Introducción

En el presente comentario a fallo se analizará profundamente la causa del Exte. 7417 caratulada “**C/ B.S, A.E. por abuso sexual y amenazas simples en Perjuicio de C.,V.E. s/ Casación**” de fecha 11 de mayo del 2020. La misma llega a conocimiento de la Sala Segunda de la Corte de Justicia de San Juan (en adelante CJSJ) por medio del recurso de casación interpuesto por el Dr. Nicolás A. Fiorentino, en calidad de abogado defensor de Andrés Emilio Barbera Sánchez en contra de la sentencia de la Sala Primera de la Cámara Penal y Correccional que condenaba a su defendido a la pena de ocho meses de prisión de cumplimiento condicional por considerarlo autor material penalmente responsable del delito abuso sexual simple.

El referido fallo gira en torno a la perspectiva de género, cuyo principal objetivo es, tal cual sostiene Novoa, (2012) “la consecución de la igualdad de derechos y oportunidades entre varón y mujer, sin homogeneizarlos” y como debe ser ponderada la prueba en el contexto de la intimidad de la pareja y su intrínseca privacidad en materia penal.

Esto resulta de vital importancia, no sólo en relación a la jurisprudencia por ser un fallo que ahonda en la mirada de los jueces respecto a la violencia que se da en el seno de una pareja, delineando un criterio unísono; sino que además repercute en la sociedad entera la cual recibe por parte de los jueces un mensaje claro por parte de los judicantes

en un tema que es en particular que no se agota en la provincia de San Juan, sino que se extiende a todo el territorio nacional.

Los jueces deben decidir teniendo en cuenta las circunstancias y el contexto en el cual se desencadenaron los hechos que dieron lugar a la sentencia condenatoria contra Andrés Emilio Barbera Sánchez, para esto deben sopesar las pruebas aportadas en la causa desde una perspectiva de género en línea con la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como “Belem Do Pará”, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer conocida por sus siglas en inglés “CEDAW” y claro, la ley nacional N° 26.485 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

El análisis y valoración de la prueba aportada en la causa exponen un problema jurídico probatorio en los términos que explican Alchourrón y Bulygin (2012) al expresar que esta problemática se vincula al funcionamiento de determinadas presunciones, cargas probatorias y manera de valorar ciertos tipos de prueba. Aporta en relación a esto Ferrer Beltrán (2005) que el principio de libre convencimiento por parte del juez no deja de ser una regla fundamental al momento de valorar pruebas, empero esto no puede *per se* resolver cualquier dificultad, por lo que se hace preciso examinar todas las circunstancias a detalle a fin de arribar a una conclusión ajustada a derecho.

Lo mismo se evidencia toda vez que se debe decidir con un criterio flexible respecto a la prueba, cuestión exigida en los delitos de integridad sexual de la mujer que se dan en ocasión de intimidad, esto en consonancia con las referida legislación nacional e internacional en la materia.

Cabe recordar que, concretamente, en el caso analizado Castro aduce haber sido vulnerada en su dignidad al recibir por parte de su pareja ciertos tocamientos en sus partes erógenas cuando ella no lo deseaba, hecho que los judicantes deben develar teniendo en cuenta lo explicado por los ya citados doctrinarios, pues deben valorar los elementos probatorios – testimonial de Castro – desde una óptica amplia y flexible.

La relevancia por tanto del análisis se liga a acentuar este criterio de valoración amplia y flexible de la prueba para reforzar la necesidad de que, en cuestiones de violencia hacia la mujer, prime necesariamente una mirada jurisprudencial de protección hacia éstas.

II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal

La CJSJ toma conocimiento de la presente causa por la interposición del recurso de casación efectuada por la defensa técnica de Barbera Sánchez en contra de la sentencia de la Cámara Penal y Correccional que lo condenaba a éste a una pena de ocho meses de prisión de cumplimiento condicional por considerarlo autor material penalmente responsable del delito abuso sexual simple en perjuicio de la Sra. Verónica Castro, su esposa.

La defensa interpone un recurso de casación por considerar que la sentencia recurrida habría violado el principio de congruencia fáctica, resultando arbitraria en la valoración probatoria e insuficientes los elementos de convicción reunidos como para desvirtuar su estado de inocencia. Asimismo, y de forma subsidiaria sostiene la incorrecta adecuación típica del evento recriminado.

Asimismo, sostiene que la conclusión a la que llegó el *a quo* al momento de condenarlo contiene determinados elementos fácticos y descriptivos sorprendidos que son distintos a aquellos que fueron sometidos a su defensa material lo que acarrearía la nulidad del fallo por verse lesionado el derecho al debido proceso y defensa.

Es propicio memorar que Castro aduce haber sido conminada a prestar su cuerpo a realizar prácticas sexuales por medio de tocamientos por parte de su esposo en sus zonas íntimas. La defensa sobre esto, explica que dicho tocamiento se dio en el ámbito de la privacidad conyugal y que ello no significa que la mujer haya visto lesionada su incolumidad física y sexual.

Refiere que la Sra. Verónica había sido cambiante respecto a la descripción de los hechos y que no surgía de la pericia médica indicios claros que las lesiones fueran autoría del imputado, pudiendo haber sido autoinfringidas para así lograr la exclusión del hogar, por lo que Barbera Sánchez pugna por la revocación del fallo dictado, haciendo reservas de presentar el recurso extraordinario federal.

La CJSJ finalmente rechaza el recurso de casación en su oportunidad interpuesto contra la sentencia del *a quo* quien condenó a Barbera Sánchez a una pena de ocho meses, absolviéndolo por el delito de amenazas.

III. Reconstrucción de la *ratio decidendi* de la sentencia

La Corte de Justicia de San Juan integrada por Adriana Verónica García Nieto, Juan José Victoria y Daniel Olivares Yapur coinciden en sus votaciones, sin embargo, en primer lugar, es necesario conocer sus argumentos.

Primeramente, corresponde señalar que durante el desarrollo del debate oral se dan una serie de situaciones tales como gestos, actitudes, comportamientos, etc. Que se vinculan a la inmediación y la visión directa e integral del cuadro probatorio que son únicas y no son posibles de captar luego en constancias escritas, por lo que deben ser respetadas y presumirse legítimas, pues se trata de una limitación fáctica impuesta por la naturaleza de las cosas y excede lo que se puede conocer.

El Tribunal de casación, por tanto, no puede apreciar eficacia aisladamente bajo riesgo de vulnerar abiertamente el debido proceso legal, quedando reservada a esta instancia el control limitado de las constancias escritas.

En relación al problema jurídico y a la temática de género que compete al presente análisis, se debe decir que se ha sentado ya hace tiempo un criterio doctrinal de flexibilidad con la que los tribunales deben evaluar la prueba en aquellos delitos de índole sexual con especial atención a aquellos que se comenten al amparo de la privacidad u ocultación.

En una causa como la que se debate, la mayoría de los casos se comenten en la clandestinidad, sin testigos presenciales y sin dejar rastros categóricos, contando sólo con el testimonio de la supuesta víctima; por lo que, ante este tipo de hechos de abuso sexual, los tribunales deben fallar con un criterio amplio en la valoración de la prueba sopesando cada indicio al detalle (cosa que comparte Ferrer Beltrán al indicar como es que debe valorarse la prueba).

Continúa en su argumento el *ad quem* explicitando que el estándar probatorio de un proceso penal como el presente exige la aplicación de dos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional así como de la Ley N° 26.485 destinada a la protección

integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, en los cuales se busca concebir un derecho penal moderno contemplando los derechos de las víctimas y, en particular, frente a la violencia de género, la revisión de la valoración probatoria debe efectuarse con especial cautela, otorgando singular relevancia al testimonio de la mujer.

En la causa que se estudia, los judicantes encuentran que los dichos de Verónica, corroborados por la pericial psicológica expone un estado de ánimo compatible con lo vivenciado, coincidente también es el informe médico, el cual describe determinadas lesiones que se condicen con los hechos por ella referidos, siendo igual el resultado en todos los exámenes practicados.

Este tribunal habiendo examinado con amplitud lo que en materia probatoria obra en autos, con especial atención a la testimonial de la víctima determinan no hacer lugar al recurso de casación interpuesto la defensa de Barbera Sánchez y en consecuencia confirmar la sentencia condenatoria dictada por la Sala Primera de la Cámara Penal contra este.

IV. Análisis crítico del autor

IV.I. La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Al momento de emitir sus argumentos, los magistrados integrantes del SCSN reconocen que durante el desarrollo del debate oral se dan una serie de situaciones tales como ciertos gestos o actitudes que son propias de la inmediación.

El valorar las pruebas de forma fragmentada podría vulnerar abiertamente el debido proceso legal; es mismo es para Arroyo (2020) “un conjunto de etapas procesales prescritas en la Constitución y normas adjetivas que busca proteger los derechos subjetivos de las partes envueltas en un litigio y la ejecución de la posible sentencia de forma justa, pronta, efectiva y transparente”.

El principio de inmediación, sostiene Cueva Olivos (2022) citando a Cubas, establece que el juez debe ponerse en contacto directo con las partes y con las pruebas; lo que implica tener una perspectiva subjetiva y objetiva en relación a la prueba [CITATION Qui22 \l 3082].

En ese sentido, Amador Castro sostiene que:

el hombre no tiene la capacidad de actualizarse por sí mismo, sino que necesita las especies de las cosas y por otro lado requiere principio activo que actualice la inteligibilidad y un principio que activo que las reciba, entendiéndose así la intermediación (2017, pág. 36).

En la causa “V. E. A. s/ violación de domicilio y amenazas”, empero teniendo en cuenta el contexto de emergencia sanitaria por el coronavirus, una declaración testimonial fue válida aun cuando la misma fue receptada telefónicamente; relegando de cierto modo el principio de intermediación de la forma que se concibe habitualmente.

Es por este principio de gran relevancia que el *ad quem* indica que lo percibido en la instancia anterior goza de legitimidad, entendiéndose que la prueba no se puede apreciar aisladamente, por lo que vale memorar lo indicado ya por Ferrer Beltrán (2005) cuando explica que es necesario examinar todas las circunstancias a detalle a fin de arribar a una conclusión ajustada a derecho. Asimismo, indica que se debe evaluar la prueba con un criterio flexible en consonancia con lo estipulado en la Ley N° 26.485, más específicamente en su art.16, inc. i.

El principio de amplitud probatoria, remarca Piqué (2017), se entiende como aquel principio encargado de ordenar tanto la recolección como la valoración de la prueba en aquellos casos que involucren violencia de género.

Reconoce Di Corleto (2015) que para la valoración de hechos constitutivos de violencia en perjuicio de las mujeres; es en muchas ocasiones reclinarse hacia la prueba indiciaria, pues en caso de no hacerlo, la fragmentación de la prueba y la valoración aislada de los indicios, sólo pueden llevar a la construcción de hipótesis absurdas y carentes de razociño. Es en este sentido que el mentado principio de amplitud probatoria advierte sobre otros medios de prueba que, a la luz de las circunstancias en las cuales se desarrolla la violencia de género, pueden llenar la ausencia de otra prueba que podría considerarse más categórica.

Y aun, teniendo en cuenta la amplitud probatoria en torno de los hechos que orbitan a un delito de índole sexual; entonces por aplicación del principio *in dubio pro reo*, debe absolverse al imputado; sin embargo, cuando hay indicios de una agresión sexual, no debe considerarse que haya algunos puntos ciegos que aclarar (Torrón 2012).

Como se ve, la doctrina refuerza la importancia de la aplicación del principio de amplitud probatoria; cuestión que los magistrados intervinientes tomaron muy seriamente al resolver el problema relacionado con la prueba en la causa que se estudia.

La causa “V., R. F. s/recurso de casación”, tiene puntos similares con el caso que motiva este comentario a fallo. Allí la Cámara Federal de Casación revocó, teniendo en cuenta la necesaria amplitud probatoria en materia de violencia en contra de la mujer, ya que el imputado se encontró penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por mediar acceso carnal en perjuicio de su esposa.

En “S., L. J. s/ inf. art. 149 bis, C. Penal” los magistrados determinaron revocar la sentencia absolutoria dictada por el tribunal inferior por no haber considerado como debía la amplitud probatoria que ya se ha descripto en consonancia con lo que recepta la mentada ley N° 26.485. Como se observa, todo muestra la inclinación jurisprudencial en torno al resguardo de la integridad de la mujer.

IV.II. Postura del autor

En la causa “C/ B.S, A.E. por abuso sexual y amenazas simples en Perjuicio de C.,V.E. s/ Casación” se ve con claridad la manera en que la jurisprudencia concretiza un sólido criterio en torno a la amplitud probatoria .

La violencia de género, tomando el concepto de Correa García, se puede definir como “todo ataque intencional de tipo sexual, físico o psíquico” (2012, pág 180). Esta conceptualización es simple pero bastante acertada y, como debe ser, amplia; pues no se limita a determinadas condiciones o cualidades del victimario o víctima, por lo que es totalmente aplicable a casos como el estudiado.

En esta causa ocurre un hecho de violencia de género en la intimidad de un hogar conyugal. Esto que a *prima facie* puede parecer una insistencia del hombre en tener relaciones sexuales con su pareja, nada extraño en el ámbito de una pareja, sin embargo; la mirada jurisprudencial va más allá de una obstinación molesta por parte de él pudiendo detectar una violencia de género que debe atenderse y no tomarse a la ligera; pues una mujer corre peligro.

Es lógico que en la convivencia de pareja haya roces; sería extraño si no los hubiese, sin embargo, es preciso tener una frontera clara en cuanto a cuándo debe considerarse

una vulneración a la integridad de la mujer, ya sea en lo sexual, físico y psíquico, acompañando a lo dicho por Correa García.

La normativa nacional e internacional justamente vienen a garantizar que estas fronteras estén bien delimitadas y en caso de pasar ese límite, se tiene por aduana a los jueces; quienes deben velar por la integridad – no sólo física – de la mujer víctima, pues cuando la agresión ocurre como en este caso en la profundidad de un lugar inaccesible para testigos o del que se pueda extraer algún tipo de prueba documental categórica, se debe tener muy en cuenta las declaraciones de Castro.

La defensa argumenta que había resultado arbitraria la valoración probatoria e insuficientes los elementos de convicción reunidos como para desvirtuar su estado de inocencia, empero vale preguntarse; ¿cuáles pueden ser los elementos que pretende el imputado que se aporten a la causa? Es decir, ilógico que en circunstancias de la intimidad de la vivienda conyugal pueda haber algún elemento probatorio de tal importancia que pueda desplazar lo receptado en el art. 16 inc. i de la Ley N° 26.485 respecto a la amplitud probatoria que debe existir.

No puede decirse, empero, que la defensa del imputad no haya sido buena, lo fue; sin embargo, esto no alcanzó para desacreditar la prueba aportada a instancias de Castro; pues, aunque para él corra el principio *in dubio pro reo*, la amplitud probatoria tiene mayor jerarquía.

Evidentemente la defensa de Barbera Sánchez olvidó la existencia de la normativa dentro y fuera del país que resguarda la integridad de la mujer. Es entendible, deben defenderlo al imputado, hubiera resultado en un error atroz si los magistrados hubiesen olvidado la existencia de tal normativa.

Lo importante y lo que debe que quedar claro es que la normativa es clara, con fronteras concretas, la doctrina está en línea con esto y la jurisprudencia – tal como se ve en este caso y en los citados – en términos generales, se rigen bajo un mismo criterio; cuestión sobre la cual no se debe ceder, sino en todo caso, reforzar.

V. Conclusión

En el fallo “C/ B.S, A.E. por abuso sexual y amenazas simples en Perjuicio de C.,V.E. s/ Casación” se ve con toda claridad la importancia de la valoración de las

pruebas aportadas y como esto puede implicar una lesión a la integridad de la mujer. Sobre esto navegó el problema de prueba detectado.

Los jueces intervinientes determinaron necesario aplicar un criterio flexible al momento de valorar las pruebas, importante esto en una situación de intimidad en la que no se puede producir demasiada prueba, por lo que la legislación, en propensión del resguardo de la mujer, demanda amplitud probatoria en los casos de violencia de género.

La frontera entre una habitual discusión de pareja y la violencia hacia la mujer está delineada; el criterio es claro y es acompañada de abundante doctrina, ejemplar jurisprudencia y concreta legislación.

VI. Referencias bibliográficas

VI.I Legislación

Ley 26.485 protección para prevenir, erradicar y sancionar la violencia de género.

VI.II Doctrina

Alchourrón y Bulygin (2012) Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Eds; Astrea

Amador Castro, J. A. (2017). El Principio de Inmediación en el Sistema Penal Acusatorio. Obtenido de <http://rep.uabcs.mx/bitstream/23080/280/1/te3689.pdf>

Arroyo, N. (2020). Debido proceso y motivación de las decisiones en el proceso penal dominicano. Revista De La Facultad De Derecho De México, 70(277-I), 77–104

Correa García, R. I., “Violencia y medios”, Violencia escolar y de género: conceptualización y retos educativos, A. D., Servicio de publicaciones de la Universidad de Huelva, 2012

Cueva Olivos, C. L. (2022). El principio de Inmediación y las audiencias virtuales en el Tribunal Laboral Piura, 2021 . Obtenido de https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/81155/Cueva_OCL-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Di Corleto, J. (2015). La valoración de la prueba en casos de violencia de género. Garantías constitucionales en el proceso penal, 1-16.

Novoa, M. M. (2012). Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género. *Díkaion*, 337-356.

Piqué, M. (2017). La recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género en el ámbito de la CABA. https://www.academia.edu/42790316/La_recolecci%C3%B3n_y_valoraci%C3%B3n_de_la_prueba_con_perspectiva_de_g%C3%A9nero_en_el_%C3%A1mbito_de_la_CABA

Quispe Riveros, D. L. (2022). Criterios jurisdiccionales del principio de intermediación en la valoración de la prueba en tiempos de pandemia. Lima, 2021 . Obtenido de https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/80632/Quispe_RDL-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Terrón, S. M. (20 de abril de 2012). Aspectos probatorios en los delitos contra la integridad sexual. Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/sergio-manuel-terr-n-aspectos-probatorios-delitos-contra-integridad-sexual-dacf120029-2012-04-20/123456789-0abc-defg9200-21fcanirtcod>

VI.III Jurisprudencia

SCSJ (11/05/2020) “C/ B.S, A.E. por abuso sexual y amenazas simples en Perjuicio de C.,V.E. s/ Casación”

Juzgado de Control y Faltas de Córdoba (24/02/2022) “V. E. A. s/ violación de domicilio y amenazas”

Cámara Federal de Casación Penal (28/04/2014) “V., R. F. s/recurso de casación”

Tribunal Superior de Justicia de CABA (13/09/2019) “S., L. J. s/ inf. art. 149 bis, C. Penal”

Estimado Maximiliano:

En el marco de la evaluación a la última entrega que has presentado de Seminario Final de Abogacía, corresponde efectuar las siguientes observaciones:

El trabajo desarrolla un análisis ordenado y coherente de la sentencia. Es posible apreciar un estudio conceptual pertinente y claro respecto del problema de prueba advertido. Se destaca, en general, un tratamiento adecuado del marco teórico-jurídico, si bien resulta prioritario definir los antecedentes útiles para el

análisis logrando una correspondencia estricta entre las citas y las fuentes indicadas en el Listado de referencias bibliográficas: esta cuestión es de primer orden en términos teóricos y metodológicos.

En cuanto a la redacción, se debería evitar que los párrafos se limiten a una sola oración, y también deberían evitarse las oraciones excesivamente extensas.

Se sugiere reformular el título de la nota a fallo, de manera tal que haga referencia de manera más directa al caso o sentencia bajo estudio.

Finalmente, queda pendiente agregar el texto completo de la sentencia, a modo de Anexo.

C: 90.-