



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

SECRETARÍA DE POSGRADO

TESIS

**La perspectiva de género y la argumentación jurídica en las sentencias penales.**

MAESTRÍA EN ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN JURÍDICA

-Cohorte 2017-

Alumna: Melisa Gonzalez Frazzi

Directora: Angelina Uzín Olleros

# ÍNDICE

## **Introducción**

### **Capítulo I**

#### **1.- Violencia de género**

- a. Breve evolución histórica de la desigualdad de género
- b. Actual marco normativo
- c. La cuestión de género como problemática de los derechos humanos.

Deber de debida diligencia

#### **2.- Víctimas especialmente vulnerables**

- a. Concepto.
- b. Breve evolución del rol de la víctima en el proceso penal.
- c. Nuevo rol de la víctima.

#### **3.- Acceso a la justicia y género.**

- a. Marco normativo.
- b. Víctimas de violencia de género y Tutela Judicial Efectiva.

### **Capítulo II**

#### **1.- Análisis de la problemática de género desde las teorías de la argumentación.**

- a. Marco teórico. Breve desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica.
- b. El razonamiento jurídico: La justificación interna y externa de la sentencia. El deber de fundamentación de las sentencias
- c. La sentencia penal y la argumentación en razón de los hechos y la verdad.

### **Capítulo III**

#### **1.-La interpretación jurídica con perspectiva de género. Estándares interpretativos**

- a. La interpretación jurídica con perspectiva de género como razón justificativa de las decisiones.
- b. Análisis de una interpretación jurídica con perspectiva de género, a la luz de los fallos de la Corte IDH.

## **2.- Las sentencias penales y la falta de una correcta aplicación de la perspectiva de género.**

a. Análisis de casos donde se evidencia la falta de perspectiva de género. Errores argumentales.

i. Fallo “F., N.S. -Su denuncia- S/ Recurso de Casación” CCPER

ii. Fallo “Orlandi, Ricardo Omar S/ Infracción a la Ley N° 13.944 (Incumplimiento de deberes asistencia familiar) S/ Recurso de Casación” CCPER.

iii. Fallo "G. J. - Su denuncia S/Impugnación extraordinaria". STJER.

### **Conclusión**

### **Bibliografía**

## INTRODUCCIÓN

La perspectiva de género, como forma de construir y enseñar el derecho, implica reconocer la inescindible relación con el acceso equitativo a la justicia de todas las personas independientemente de su condición; y entender dicho acceso, no como la simple posibilidad de comunicar a las autoridades una situación de violencia, sino como el derecho a una respuesta judicial conforme a lo dispuesto en los mandatos constitucionales y convencionales, que hoy no puede ser considerado una elección, ni tampoco puede reducirse al ámbito del dictado de leyes u ordenanzas.

Como es sabido, el derecho no es una realidad exclusivamente dada, como el producto de una autoridad, sino una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación; y es en el ámbito judicial donde justamente el derecho se transforma en una realidad dúctil en manos de los jueces que permite salir de la rigidez legalista del positivismo y orientarse hacia principios y valores. Pero ello, claro está, no es tarea fácil y exige una mayor justificación de argumentación.

Tal como enseña Atienza, la argumentación no es un proceso destinado a comunicar creencias sino a determinar su fundamentación, hasta qué punto están fundamentadas o si tienen o no fundamento. Y justamente por ello, no todas las creencias u opiniones valen lo mismo porque no todas son igualmente fundamentables. Hoy se pretende que la autoridad tenga razones y que las mismas sean susceptibles de ser conocidas, criticadas y controladas. La remisión al argumento de autoridad, constituye pues una falacia que la sociedad democrática actual ya no permite.

El objetivo de este trabajo consiste entonces en determinar si efectivamente la aplicación de la perspectiva de género se realiza debidamente según disponen las convenciones internacionales en los casos penales del foro local, o sí, por el contrario, solemos encontrarnos, aún hoy, con decisiones jurisdiccionales erradas o insuficientes, carentes de justificación en virtud de la falta de una correcta utilización de las herramientas que brindan las teorías de la argumentación para incorporar debidamente esta perspectiva a los fallos judiciales, que terminan así vulnerando los derechos humanos de las mujeres.

Ello, desde la convicción de que hoy en día debe darse prevalencia al hecho de que las mujeres en situación de violencia constituyen un colectivo de víctimas especialmente vulnerables frente a la violencia estructural; que la violencia de género es una violación a los derechos humanos, y que el rol del Estado consiste preponderantemente en prevenir,

sancionar y erradicar estas formas de violencia, en cumplimiento a sus obligaciones tanto internas como internacionalmente asumidas, para eliminar así la discriminación originada en las brechas de género que sustenta este particular tipo de violencia.

Y también, de que el servicio de justicia, y particularmente del derecho penal y procesal penal, resultan canales fundamentales para que se cumpla con la normativa internacional que protege estas víctimas vulnerables. Ya que, si bien es cierto que los cambios culturales y de paradigma son procesos complejos y por ende largos (y sin desconocer que el derecho penal es de *última ratio*, pero teniendo presente el simbólico y fundamental lugar que ocupa) hoy el poder judicial todo, y particularmente el fuero penal, se ve convocado por el estado de cosas a ser un agente de cambio que lleve realmente a la práctica todo el nuevo paradigma que protege los derechos que se han ido conquistando a lo largo de tantos años.

# CAPÍTULO I

## 1. Violencia de género.

### a. Breve evolución histórica de la desigualdad de género.

Para dar comienzo a este trabajo, consideré importante iniciar detallando brevemente cómo fue surgiendo el reconocimiento de la desigualdad de género como problemática social y la consecuente necesidad de proteger a este colectivo vulnerable, a lo largo de la historia.

Como es sabido ya, cuando hablamos de “género” no estamos hablando de una diferencia biológica que distingue a varones de mujeres, sino que estamos refiriéndonos a una construcción cultural y social, y por lo tanto, también histórica.

Ha existido desde siempre una diferencia de poder entre varones y mujeres que implicó el sometimiento de las mujeres al desarrollo del poder de los varones. Así, al abordar la temática de género inevitablemente pensamos en cuestiones de diferencias y de jerarquías. A lo largo de la historia se han dado diferentes explicaciones para fundamentar o explicar esta diferencia de poder, entre ellas encontramos las mítico-religiosas, las naturalistas, y por supuesto las biologicistas.

Al decir de la Dra. en filosofía Diana Maffia: *“En la concepción medieval y hasta bien entrada la modernidad “diferencia” y “jerarquía” iban juntas porque se pensaba que las personas tenían relaciones naturales entre ellas -relaciones de poder, relaciones de superioridad e inferioridad -y que esas relaciones explicaban incluso la organización social, ... aparece un sujeto al que llamamos sujeto hegemónico, que concentraba los atributos de poder: es el varón adulto, que además es amo, blanco, propietario y rico...”*<sup>1</sup>

Desde el iluminismo y el racionalismo se buscó otra vía de justificación y se dijo que la diferencia se fundamentaba en la educación que recibían (y debían recibir, por ende) unos y otros. Esto motivó que la lucha por la igualdad de género se basara en sus comienzos justamente en el acceso a los derechos formalmente igualitarios (educación y sufragio).

Debido a que el impacto de esta “igualdad formal” era muy dispar respecto de cómo mujeres y varones podían, a partir de estas normas, acceder a espacios de poder, a mediados del SXX se inician los estudios de género, siendo un referente en este sentido el texto de Simone de Beauvoir, “El segundo sexo”, en el que se señala la construcción que existe de atribuciones culturales respecto de lo que debe ser una mujer y lo que debe ser un varón y como deben ser jerarquizadas la mismas, de modo tal que aunque formalmente se

---

<sup>1</sup> MAFFIA, Diana “Compendio normativo y teórico. Talleres sobre perspectiva de género, trata de personas y explotación sexual.” Oficina de la Mujer. Corte Suprema de Justicia de la Nación, pág. 46.

proclamara una igualdad de derechos, esta no podría ser llevada a la práctica. Esto generó lo que se denominó la desigualdad por discriminación. Se discrimina a varones y mujeres a partir de determinadas atribuciones hacia unos y otros que constituyen estereotipos de género, y estos estereotipos están, a su vez, jerarquizados.

Con las dos grandes revoluciones de la modernidad, se culminó de consagrar la “división sexual del trabajo” que establecía que los varones producen: son quienes se desempeñan en los espacios públicos, científicos, políticos y de poder -desarrollan la fuerza, la racionalidad y la objetividad-; y las mujeres reproducen: se quedan en el ámbito privado a cargo de labores domésticas relacionadas con la crianza de los hijos -desarrollan la subjetividad, amorosidad- y así desaparece su autonomía a cambio de protección, pasando a ser tuteladas por el sistema político y por el varón hegemónico por no tener las “capacidades” que aquellos sí ostentan.

Tal ha sido así a lo largo de la historia que la protección a las mujeres ha necesitado del dictado de normativa particular que específicamente la proteja, porque, al igual que otros grupos de víctimas vulnerables, requirieron de declaraciones particulares para que se pudiera saber que ellas también eran sujetos de esos derechos. Así, por ejemplo, cuando en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se proclama que “todos los hombres nacen libre e iguales y tienen los mismo derechos”, esta categoría estaba excluyendo no sólo a las mujeres, sino también a los niños, a los indígenas y a los afrodescendientes.

En este mismo sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha concluido en reiterados oportuniades que: “la violencia contra las mujeres es una manifestación de costumbres sociales que relegan a la mujer a una posición de subordinación y desigualdad, colocádonla, en consecuencia, en una situación de desvetanja en comparación con el hombre.”

Los estudios de género, y los movimientos feministas, han tenido una enorme incidencia a nivel social y cultural en nuestro país especialmente, en los últimos años, al punto de que hoy se ha alcanzado cierta unanimidad al referirse a una transversalización de la cuestión de género, lo que importa su presencia en múltiples espacios y su entrecruzamiento con las distintas aristas de la sociedad.

Ese cometido, tanto desde la academia como desde los movimientos sociales y de mujeres, se refleja en múltiples facetas de la sociedad, desarrollándose a partir de ellos un proceso de transformación, conforme la constatación de la subsistencia de una discriminación estructural que tiene como principales víctimas a las mujeres y a las disidencias sexuales.

Numerosas autoras refieren a verdaderas brechas de género, las que pueden caracterizarse como aquellas diferencias desproporcionadas entre hombres y mujeres -basadas en el género-, en su acceso a recursos, poder, derechos y oportunidades -tanto políticas, como económicas, sociales, etc.-.

Nuevamente la filósofa argentina Diana Maffia<sup>2</sup>, explica claramente cómo, para poder paliar y finalmente eliminar las mencionadas brechas de género, resulta imprescindible coadyuvar desde distintos espacios a superar barreras en el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, dado que el goce de los derechos, aún los reconocidos expresamente por las leyes y los tratados, se ve frecuentemente obstaculizado por numerosos escollos: la barrera epistémica -conocimiento que las mujeres deben tener sobre los derechos que les asisten-; la barrera subjetiva -la autoafirmación del sujeto como merecedora de protección-; la barrera formal -la constatación de situaciones dispares en orden a la educación y erradicación de patrones discriminatorios-; la barrera política -contar con los recursos necesarios para materializar los derechos y llevarlos adelante con esperanza de éxito-; la barrera jurídica -la estructura judicial debe prestar especial atención a no reproducir patrones discriminatorios hacia las mujeres-; la barrera económica -sostener patrones de conducta de sumisión económica de la mujer respecto del varón-; la barrera geográfica -debe evitarse la distinción entre mujeres por su clase social, reafirmando la dignidad de todas y cada una de ellas como sujetos de derecho, independientemente de su localización-; y la barrera cultural -perpetuación de patrones discriminatorios que pasan a "naturalizarse" al interior de la sociedad y su "sentido común"-.

Ese proceso de transformación, al ser social, tuvo desde su inicio al Estado como epicentro, a partir de considerar que a éste le compete no sólo desarrollar programas y políticas públicas que activamente propendan a contrarrestar esta discriminación estructural y sus consecuencias (sociales, políticas y económicas) sino también, realizar las modificaciones necesarias desde su seno, para evitar la perpetuación de las distintas formas que esta discriminación adopta, ya sea desde los sesgos normativos con que se han dictado e interpretado la mayoría de las leyes a lo largo de la historia; el sostenimiento de estereotipos y prejuicios que perpetúan diferencias de género; la falta de políticas que aseguren la igualdad de oportunidades; etc.

Dentro de esta crítica al Estado, sin dudas el Derecho ha sido uno de los principales campos de incidencia de los cuestionamientos de estos movimientos sociales. Explica Isabel

---

<sup>2</sup> MAFFIA, Diana; Boletín N°7 del Observatorio de Género en la Justicia, Poder Judicial de Buenos Aires, noviembre de 2015.

Jaramillo<sup>3</sup> que el Derecho “*no podía dejar de ser uno de los principales focos de la crítica feminista, como tampoco podía dejar de ser una de las más importantes herramientas dentro de la lucha de las mujeres por alcanzar el lugar que desean tener dentro de la sociedad*”.

La toma de conciencia del fenómeno de violencia de género, puede vislumbrarse, entonces, en el marco normativo argentino que, al respecto, se ha ido constituyendo en las últimas décadas, conforme lo que la comunidad internacional iba planteando.

a. Actual marco normativo.

La Reforma Constitucional a nivel nacional, en 1994 agregó entre los tratados internacionales con jerarquía constitucional, a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW). Y años después, se agregaron otros instrumentos internacionales de enorme relevancia, entre los que destaca la Convención de Belém do Pará.

A nivel legislativo nacional también se fueron dictando -sobre todo en las últimas dos décadas- numerosas normas con clara incidencia en cuestiones de género. Así, a modo de ejemplo, vale nombrar la Ley N°27.412, de paridad de género en ámbitos de representación política; la Ley N°25.673, de salud sexual y procreación responsable; la Ley N°26.743 de Identidad de género; y la Ley N°27.499, conocida como “Ley Micaela”, que establece la capacitación obligatoria en género y violencia de género para todas las personas que se desempeñan en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación.

Especialmente importantes para el ámbito del Derecho Penal, son la Ley N° 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, sancionada en 2009, y que amplió en el país la definición de “violencia contra las mujeres”; la Ley N°27.210, de 2015, que dispone la creación del Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género; y la Ley N°26.791 del 2012, que incorporó las agravantes a los atentados a la integridad física de la mujer, y demás figuras.

A fin de realizar un análisis de la normativa más relevante, haré referencia primeramente a los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos ya mencionados que se ocupan de la problemática.

---

<sup>3</sup> JARAMILLO, Isabel; "La crítica feminista al derecho, estudio preliminar", en WEST, R. Género y teoría del derecho, Bogotá, Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, pág. 27-66.

La “Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (CEDAW) y la “Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” (Belém do Pará) son, como es sabido, tratados internacionales ratificados por nuestro país que nos otorgan los elementos más importantes para el trabajo jurídico en relación con la protección de los derechos de las mujeres, ya que obligan a los Estados a realizar una serie de acciones a nivel interno para garantizar el goce efectivo de los derechos que reconocen, cuyo incumplimiento habilita el reclamo internacional y por ende la responsabilidad estatal, como desarrollaré más adelante al tratar particularmente el deber de debida diligencia.

La CEDAW nos brinda una definición amplia de lo que debe reconocerse como actos discriminatorios contra la mujer. Así, en su artículo primero establece que *“a los efectos de la presente Convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*. A su vez, la Convención incorpora medidas de acción positiva, es decir soluciones temporales pensadas para superar las discriminaciones de hecho en que las mujeres se encuentran en relación a los varones.

Esta Convención se refiere entonces particularmente a la participación de las mujeres en la esfera política, en la educación, a los derechos sexuales y reproductivos; y para cada una de esas esferas establece contenidos y obligaciones estatales específicas.

La Recomendación General N°19, dictada por el Comité de la Convención en 1994 sostuvo que: *“La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”* y agregó que correspondía incluir dentro del significado de la discriminación a la violencia contra las mujeres en razón del sexo, es decir por el hecho de ser mujer o aquella violencia que la afecta en forma desproporcionada.

La violencia contra la mujer entonces fue delimitada como aquella que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales; y en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, constituye un acto discriminatorio.

Más recientemente, en el 2017, la Recomendación General N°35 del mismo Comité al realizar una revisión de la denominación del fenómeno, señala que con la fórmula “violencia contra la mujer” se hace hincapié en el hecho de que dicha violencia está basada en el género.

En consecuencia, en la presente recomendación, la expresión “violencia por razón de género contra la mujer” se utiliza como un término más preciso que pone de manifiesto las causas y los efectos relacionados con el género de la violencia. La expresión refuerza aún más la noción de la violencia como problema social más que individual, que exige respuestas integrales, más allá de aquellas relativas a sucesos concretos.

Este avance también es de suma importancia, ya que resulta fundamental que se consideren las violencias -y la discriminación en razón de género contra las mujeres- como problema estructural y social. Aunque afecten a las mujeres individualmente consideradas, las violencias en razón de género contra las mujeres ocurren como consecuencia de patrones, estereotipos, tradiciones y actitudes que las ponen en desventaja respecto de la apropiación y el uso de distintos recursos materiales o simbólicos de los que dispone una sociedad y que se traducen en conductas u omisiones que de manera estructural implican una distinción, exclusión o restricción injustificada en el ejercicio de derechos.

Por su parte, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” (Belem do Pará), en su art. 7, establece: *“Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:.. inc. b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; ... f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces”*.

Establece que la violencia de género y su raíz -la discriminación- constituye un problema grave de derechos humanos con repercusiones negativas para las mujeres y la comunidad que las rodea, constituyendo un impedimento para el reconocimiento y goce de todos sus derechos humanos incluyendo el respeto por su integridad física, psíquica y moral. Destaca también en su preámbulo, que este tipo de violencia atraviesa todos los sectores sociales sin distinción y que eliminarla resulta indispensable para lograr la igualdad.

Esta Convención, como puede observarse, focaliza sobre la violencia contra la mujer y hace un aporte muy importante respecto al contexto en el que debe entenderse la violencia de género, es decir como una violencia que debe ser leída en clave de relaciones jerárquicas, socialmente construidas entre varones y mujeres.

Además, y no menor, es la amplia definición de violencia contra las mujeres que realiza la Convención y que abarca tanto la violencia física como la psíquica y la sexual; y establece también una serie de obligaciones que coloca en cabeza de los Estados y que tienen que ver básicamente con garantizar recursos judiciales adecuados para responder a los casos de violencia de género, obligando a los Estados firmantes a pensar respuestas en términos de políticas públicas.

Nuestro país no solo ratificó estas Convenciones interacionales comprometiéndose a su operatividad en el derecho interno; sino que también dictó, en el año 2009, la Ley N°26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

La mencionada ley, en su artículo 4to establece que: *“Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.”*

Por su parte la Ley N°26.791 fue la encargada de introducir una serie de reformas al art. 80 de nuestro Código Penal, la más conocida fue el agregado del inc. 11º y la incorporación de la figura del Femicidio, como máximo exponente de violencia contra la mujer y reza: *“Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: (inc. 11). A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.”*

Esta reforma penal, implicó una evolución legislativa que venía siendo postergada y la instalación definitiva de la problemática de género en el código penal argentino<sup>4</sup>, que si bien no define -por no ser esta tarea de un código- que debe entenderse por “violencia de género”; determina aún más la importancia del conocimiento y la correcta aplicación por los operadores judiciales de la normativa internacional que la recepta.

En este sentido la Ley N°27.499 sancionada en diciembre de 2018, también conocida como “Ley Micaela” en conmemoración a una de las víctimas que el femicidio se ha cobrado

---

<sup>4</sup> BOUMPADRE, Jorge Eduardo: “Los Delitos de género en la reforma penal”, en “Revista de Pensamiento Penal”, Buenos Aires, febrero 2013, pág. 12.

en nuestro país, establece la capacitación 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.

Sobre esta normativa, he de volver más adelante en el desarrollo de la investigación, dado que reviste suma importancia para la efectiva aplicación de la normativa de género, cuyo insuficiente acatamiento es también objeto de este trabajo.

b. La cuestión de género como problemática de los derechos humanos.

Deber de debida diligencia.

Ya hemos dicho que la violencia contra las mujeres constituye una grave violación a los derechos humanos, y que por tal motivo los Estados tiene el deber de actuar con debida diligencia, cabiéndoles responsabilidad internacional en los casos de violaciones de derechos humanos cometidas tanto por sus agentes como por particulares.

El deber de debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar hechos de violencia contra las mujeres nace entonces, como ya ha quedado reseñado, de las obligaciones genéricas de la Convención Americana de Derechos Humanos y de las obligaciones específicas que impone la Convención de Belém do Pará.

Pero la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH ó Corte IDH), además, ha establecido que, en un contexto de violencia, subordinación y discriminación histórica contra las mujeres, los compromisos internacionales “imponen al Estado una responsabilidad reforzada”<sup>5</sup>. Es decir, los instrumentos internacionales que rigen la materia, a la luz de la interpretación que de ellos han ido haciendo los organismos internacionales -esto es, “en las condiciones de su vigencia”- han construido un estándar superior del deber de debida diligencia para los casos de violencia contra las mujeres.

Sobre esta cuestión, Laura Casas en su artículo “Nuevos estándares en violencia de género y el deber de debida diligencia: perspectiva de género y derecho penal” señaló que el fundamento de la obligación de la debida diligencia se desprende de la lectura armónica de las normas internacionales que ordenan a los Estados respetar y garantizar los derechos humanos, junto con aquellas que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> CIDH “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, párrafo 283. Este criterio fue reiterado por la Corte en los fallos “Velásquez Paiz y otro vs. Guatemala”, “Véliz Franco y otros vs. Guatemala”, “J. Vs. Perú”.

<sup>6</sup> CASAS, Laura: “Nuevos estándares en violencia de género y el deber de debida diligencia: perspectiva de género y derecho penal”, en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, febrero 2019, pág. 3.

Allí, destaca la autora que: “Existe acuerdo en la comunidad internacional acerca de que en los casos de violencia de género el deber de debida diligencia adquiere un valor reforzado. En el ámbito regional la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), ordena a los Estados actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (art. 7º.b) y establece un amplio programa de acción para llevar adelante ese cometido”.<sup>7</sup>

Agrega que: “El Estado puede ser responsable frente a los actos de particulares, y no solamente por los actos de sus agentes, si no actúa con debida diligencia. En el ámbito universal, en el año 1992, el Comité CEDAW había trazado en su Recomendación General N°19 la relación entre la discriminación y la violencia contra las mujeres, y había afirmado que “(...) en virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización. Ante un acto de violencia contra una mujer, las autoridades a cargo de la investigación deben llevarla adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales (Corte IDH, “Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 30 de agosto de 2020, Serie C, N°215, párr... 193 y Corte IDH, “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, fondo reparaciones y costas”. Sentencia del 31 de agosto de 2010, Serie C, N|216, párr... 177)”.<sup>8</sup>

Sobre este punto la autora concluye en que "el deber de debida diligencia" implica en primer lugar, el deber de anticiparse a las consecuencias, a poner a disposición todo el aparato estatal para impedir que estos actos ocurran; en segundo lugar se refleja en la adopción de normativa que aborde el fenómeno de la violencia como así también la adopción de políticas públicas específicas; y por último, este deber se exige también en la etapa de la investigación, que debe ser profunda y efectiva.

Queda claro entonces que la respuesta a las violencias en razón de género contra las mujeres debe ser integral. Para que puedan cumplirse los deberes de prevención, protección,

---

<sup>7</sup> Ob. cit. pág. 5.

<sup>8</sup> ZAIKOSKI, D. (2018). “Comentario a la Recomendación General N° 35 del comité de la CEDAW” Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas. Vol. 8, N° 2 (julio-diciembre), pág. 42.

enjuiciamiento y castigo así como de reparación deben impulsarse acciones que coordinen distintas medidas entre los estamentos del Estado, la sociedad civil, los medios de comunicación, las agencias educativas y a las empresas involucrando la cooperación internacional. Es decir, las obligaciones de debida diligencia corresponden a todos los estamentos estatales y a los tres poderes públicos.

Ahora bien, en el entendimiento de que las violencias no son “un hecho” sino que constituyen “procesos”, como indicación puntual para la administración de justicia, la Recomendación General N°35 del Comité de la CEDAW aconseja que el poder judicial considere la historia de violencias con la que llegan las mujeres al sistema de justicia, es decir que dé cuenta del carácter relacional y estructural de las violencias y de la importancia de establecer modos sensibles al género para los procedimientos probatorios.<sup>9</sup>

## **2. Víctima especialmente vulnerable.**

### **a. Concepto.**

Antes de adentrarme en el análisis concreto de esta investigación, me pareció oportuno comenzar por conceptualizar a qué nos estamos refiriendo dentro del léxico jurídico cuando empleamos la palabra “víctima”, y qué debe entenderse cuando nos referimos a “víctimas especialmente vulnerables”; para poder luego determinar así el lugar que tiene hoy dentro del procedimiento penal y cual es la problemática con la que nos encontramos desde la argumentación jurídica.

Según el diccionario de la Real Academia Española, víctima, es, entre otras acepciones: *“Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra. (...) Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita.(...) Persona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito.”*<sup>10</sup>

Ya en el ámbito del derecho, y según la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, *“se entenderá por víctimas a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u*

---

<sup>9</sup> Ob. cit. pág.43.

<sup>10</sup> Diccionario de la lengua española. Edición del Tricentenario. Actualización 2020. Asociación de Academias de la Lengua Española. versión online.

*omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”.*

Por otra parte, la palabra “vulnerable” proviene del latín y significa la cualidad ó mayor probabilidad que tiene alguien de ser herido.

Es esta última cualidad, la vulnerabilidad, la que da sustento al particular tratamiento que el ordenamiento jurídico debe dar a las víctimas contenidas en esta clasificación, en atención al *“mayor riesgo que detentan de ser lesionadas en lo inmediato, en sus derechos reconocidos por el solo hecho de ser personas o por encontrarse en una situación de padecimiento, lo que habilita su urgente e integral protección.”*<sup>11</sup>

#### b. Breve evolución del rol de la víctima en el proceso penal.

Sabido es que el surgimiento histórico del derecho penal viene justificado como un mecanismo de protección para el imputado frente a la venganza del ofendido o su familia, en el cual el poder estatal expropia este conflicto a los particulares en aras de la paz social. No obstante, la historia también ha demostrado que dicha expropiación fue utilizada en beneficio del poder estatal y que ello implicó el avasallamiento de los derechos de esos mismos imputados y la exclusión total de la víctima y sus intereses del proceso.

Anteriormente a la instauración del sistema de persecución penal pública, la víctima se encontraba ubicada en un plano preponderante. Así, en los pueblos germánicos, imperaba un derecho penal fundado en un sistema de acción privada como forma de persecución penal y la composición como forma de solución de conflictos sociales.

Con el advenimiento de la inquisición este rol preponderante y las facultades otorgadas a la víctima le fueron expropiadas. Se instauró un sistema de persecución penal pública, donde el fundamento de la persecución dejó de ser el “daño al ofendido” para pasar a ser la “infracción como lesión al poder público”. De esta manera el Estado pasó a ocupar el papel de la víctima y ésta desaparece totalmente de escena, *“... el Derecho Penal no incluyó a la víctima ni a la restitución al status quo ante -o a la reparación del daño- entre sus fines y tareas, y el Derecho Procesal Penal sólo le reservó al ofendido, en la materia, un papel secundario y penoso, el de informar para conocimiento de la verdad. Se habla por ello de una expropiación de los derechos del ofendido”*<sup>12</sup>. Por su parte, el imputado pasó a ser un

---

<sup>11</sup> CHAIA, Rubén A.; “Técnicas de litigación penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial.” Volumen 3. Buenos Aires. Hammurabi. 2020, pág. 22.

<sup>12</sup> “La participación de la víctima en el procedimiento penal.” Conferencia pronunciada en el Primer Congreso de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, “Sistemas penales y derechos humanos”, San José de Costa Rica. 1997. Publicado en AA.VV., Sistemas penales y derechos humanos,, Ed. CONAMAJ, San José, 1997, ps. 199 y sgtes.

simple objeto de persecución en pos del fin máximo que es la averiguación de la verdad real, lo que justificó, como es sabido, las más grandes afrentas a su dignidad.

El Estado entonces, portador exclusivo del monopolio legítimo de la fuerza y garante de las condiciones de vida pacífica, culminó objetivando a la víctima, la volvió anónima, y el Derecho Penal se orientó exclusivamente al control del comportamiento que hacía peligrar la paz social.

Como reacción a esta concepción, y en el otro extremo, surgió la propuesta del positivismo criminológico de incluir dentro del derecho penal a la víctima y a la reparación del daño sufrido por esta como tarea del Estado y más allá de la voluntad del ofendido, es decir desoyendo una vez más los intereses privados en juego.

Tal como enseña Mayer, no puede parecernos irracional la propuesta de privilegiar como reacción frente al delito, la restitución al *statu quo ante*. Explica, que la reparación del daño sufrido, además de ser la respuesta ideal del sistema, constituye una meta racional del derecho penal siempre que no perjudique, sino que coopere con los fines propuestos para pena estatal; y que ella no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto.<sup>13</sup>

Concluye el autor en su artículo “Una tarde con la víctima”, que la antigua finalidad del derecho penal, de evitar el combate entre ofensor-ofendido a fin de sofocar la venganza privada, resulta hoy rechazada por las modernas tendencias acerca de los derechos de las víctimas a la reacción penal.<sup>14</sup>

### c. Nuevo rol de la víctima.

El rol de la víctima en el proceso penal se trata de un problema que no es nuevo, pero que no ha dejado de tener actualidad. En efecto, hoy en día, y luego de la larga evolución que se ha transitado, no podemos concebir al proceso penal exclusivamente como un sistema de garantías del imputado. Hoy, las obligaciones internacionales asumidas voluntariamente por nuestro país y por la mayoría de los países del mundo, nos imponen ampliar la mirada y que se vuelvan efectivos los derechos de acceso a la justicia y trato digno y equitativo, que corresponden a quienes resultaron afectados por el hecho ilícito.

La víctima, ya no puede ser reducida a “medio de prueba” o protegida a los únicos fines de que pueda prestar declaración testimonial en el juicio. Tampoco ya puede

---

<sup>13</sup> MAIER, Julio B.J. “Una tarde con la víctima”. 1era Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia. “Las facultades del querellante en el proceso penal desde “Santillán a Storchi TOC1”, pág. 72.

<sup>14</sup> Ob. cit. pág. 74.

considerarse que su interés en el proceso esté revestido por si se constituyó o no como parte querellante. Hoy estamos obligados a tener una mirada mucho más amplia y a incluir de manera efectiva en el procedimiento penal el pleno reconocimiento de la dignidad de la víctima -reitero sin que ello implique de ninguna forma avasallar los derechos del imputado- y a tener en especial consideración durante el proceso a quien resultó dañado por el hecho que se investiga; en definitiva a reconocerle en todas las instancias un trato digno y el resguardo de su particular condición.

Así como sería extremo otorgarle al ofendido -lógicamente opacado por el daño que le ha ocasionado el delito- la guía exclusiva del proceso, también lo ha sido olvidarlo o tratarlo como un mero objeto de prueba, haciendo como que en nada interesa el daño que ha padecido.

Los tiempos actuales nos imponen una continua ponderación entre los principios y garantías que protegen tanto al imputado como a la víctima, un equilibrio en el cual el proceso penal ha de poder mantenerse para no afectar más allá de lo indispensable y tolerable, los derechos y la dignidad de unos y otros.

Hoy, entonces, la víctima reaparece como una preocupación central de la política criminal del sistema penal en su conjunto; que no puede abordarse desde una perspectiva únicamente del derecho penal material o procesal por separado y ajena a la perspectiva de género.

Así, se encuentra reconocido que las víctimas tienen derecho a ser oídas cuantas veces lo necesiten durante el proceso, a obtener un trato digno, a ser consultadas -e incluso en algunos casos a que se les requiera su consentimiento para determinados actos procesales-, a ser informadas, a que su identidad sea reservada de ser ello necesario, a obtener seguridad y protección, a ofrecer elementos de prueba, a una investigación seria y responsable y a una resolución oportuna del caso.

Chaia, en su libro “Técnicas de litigación penal”, explica que, si bien es cierto que la doctrina no es unánime a este respecto, y muchos consideran que el imputado es el único destinatario de las reglas del proceso: “...*los instrumentos internacionales y la interpretación que se les ha dado confluyen en nuevas reglas que llevan necesariamente a ocuparnos también de la víctima, quien no compite por la atención del juez con el imputado sino que tiene sus propios derechos, los que pueden llegar a encontrarse en pugna con los del sospechado, reeditando dentro del proceso la tensión que se observa en la sociedad.*”<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> CHAIA, Rubén A.; “Técnicas de litigación penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial.” Volumen 3. Buenos Aires. Hammurabi. 2020, pág. 29.

Esta nueva y más amplia concepción de la víctima, alejada la noción de víctima-insumo o víctima-objeto que surge a raíz de las concepciones de tutela judicial efectiva y proceso equitativo, hoy ha reconfigurado el concepto de debido proceso y qué debe entenderse por proceso según constitución.

En efecto, en este nuevo entendimiento reviste trascendental importancia el tratamiento que se les da a las víctimas de violencia de género, como se desarrollará más adelante en la exposición, pero que ya en esta instancia no quiero dejar de destacar.

En este sentido, la Corte IDH se ha expedido en numerosos precedentes al respecto, entre los cuales se encuentran “V.R.P. y V.P.C. y otros v. Nicaragua” del 08/03/2016, donde ha destacado que en los casos de una investigación penal por violencia sexual y aún cuando la víctima sea mayor de edad resulta necesario que la misma declare en un ambiente cómodo y seguro que le brinde seguridad y confianza, que se evite lo más posible la repetición de sus declaraciones a fin de evitar la revictimización, que se le brinde atención médica y psicológica incluso de forma continuada si así lo requiere mediante un protocolo de atención cuyo objeto sea reducir las consecuencias de la agresión; entre otras medidas que no tienen que ver con la averiguación de la verdad o los fines formales del proceso, pero que sí incorporen al mismo esta visión humanitaria de quien se presenta como víctima de los hechos que se investigan en un caso concreto.

También remarcó la Corte que en los casos en que se investiguen hechos encuadrados *prima facie* como de violencia de género, la investigación penal deberá incluir la perspectiva de género y ser llevada adelante por funcionarios capacitados puntualmente en este tipo de temática.

Ahora bien, sin entrar en las teorías de la reparación del daño que entiendo exceden el marco del presente trabajo, sí considero importante mencionar que pensar en la reaparición de la víctima en el proceso penal no puede resultarnos novedosa.

En este sentido siguiendo a Chaia<sup>16</sup>, podemos decir que: *“hemos asistido durante años a explicaciones académicas en torno a la expropiación o confiscación del conflicto por parte del Estado. Durante mucho tiempo se nos enseñó que era mejor y menos vengativo, que sea un tercero -el Estado- quien se sienta lesionado y en su caso, que imponga una retribución al sujeto que “quebrantó el orden jurídico”. Así, nos acostumbramos a hablar de “lesión”, “quebrantamiento”, “ataque”, “orden”, sin reparar que detrás de cada una de esas palabras había*

---

<sup>16</sup> CHAIA, Rubén “¿De la expropiación a la conducción del conflicto? Reflexiones en torno al rol de la víctima en el proceso penal”, en elDial.com, oct. 2010, pág. 6.

*un "conflicto". Es más, perdimos toda noción sobre el conflicto. A partir del trámite en un expediente nos olvidamos que en toda causa existen personas de carne y hueso con un problema. Personas que padecen, que sufren, que esperan algo de la actividad penal. Una respuesta tal vez, una reparación, una pena, una venganza, o bien, simplemente ser escuchados, atendidos o tenidos en cuenta a la hora de tomar una decisión sobre su asunto."*

Continúa el autor, señalando que la indiferencia del sistema frente a la posición e interés de la víctima, llevó a pensar que las sentencias eran las únicas respuestas que podían obtener las víctimas; dejando de lado las soluciones que puede brindarnos la justicia restaurativa, tales como la mediación, la conciliación, e incluso la suspensión del juicio a prueba.

Da importancia también al tratamiento que debe dársele a las víctimas de delitos especialmente graves y remarca que ante esas situaciones el Estado debe poder operar interdisciplinariamente aún dentro de lo que es el proceso judicial, y cuidar que a la víctima también se le garantice un trato digno, abandonándose de una vez los resabios de aquella concepción que la tenía como un "convidado de piedra".

En efecto, la víctima ya tiene un arduo trabajo personal por delante: superar el daño que le ocasionó el delito; y el Estado no puede desentenderse de la contención que esta necesita para poder lograrlo con los menores daños colaterales posibles.

Concluye el autor que si bien es cierto que la respuesta penal no borrará lo sucedido, sí puede ayudar a sobrellevar lo vivido y a transitar con dignidad el dolor, pero que para ello es necesaria una mirada interdisciplinaria, y contar con la colaboración de expertos que atiendan eficazmente a la víctima, al ofendido y si fuere necesario, a sus familiares. Caso contrario, su recuperación quedará librada indefinidamente a la capacidad que cada uno tenga de sobreponerse y salir adelante.<sup>17</sup>

### **3. Acceso a la justicia y género.**

#### **a. Marco normativo.**

Ahora bien, tal ha sido a lo largo de la historia la falta de atención a las víctimas de violencia de género, que ello repercutió lógicamente también en la falta de un adecuado acceso a la justicia por parte de las mujeres que han padecido, y padecen, distintos tipos de violencias. El acceso a la justicia, se encuentra regulado en diversas convenciones y pactos internacionales que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad. La Declaración

---

<sup>17</sup>Ob. cit. pág. 8

Universal de Derechos Humanos, en su artículo 10 establece: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones”*.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reunida en Viena, Austria en 1993, examinó el acceso a la justicia desde la perspectiva de los derechos humanos, lo que vino a definir el principio, entre otros, de que todo derecho fundamental ha de entenderse de manera progresiva. Por lo tanto, el derecho a la justicia definido en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, no puede contemplarse como el deber básico del Estado de brindar abstractamente un recurso ante los tribunales, *sino de ofrecer un recurso efectivo*.

Como derecho humano, el acceso a la justicia es un servicio público que el Estado debe garantizar a todos los habitantes de su territorio *“sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole; origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*. Por lo tanto, se puede sostener que el derecho a la justicia va más allá de ser una simple declaración, sino que se ha transformado en responsabilidad ética del Estado ofrecer servicios de calidad, su accesibilidad y resguardar el derecho de las personas a demandarlo.

Asimismo la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 8 inc. 1, dispone: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...”*. Y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14.1 señala que: *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley en la sustentación de la determinación de su derechos u obligaciones de carácter civil”*.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional han dicho que de estos artículos se desprende el derecho de la víctima a ser oída, actuar en el proceso a fin de establecer lo sucedido y en su caso solicitar una condena y reparación.

En efecto, según Cafferata Nores, de la normativa internacional y jurisprudencia de la Corte Interamericana surge que el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima del delito constituye la base insustituible de legitimación del ejercicio del poder punitivo.<sup>18</sup> Bajo esta perspectiva considera que el fundamento de la persecución pública se derivaría en que se

---

<sup>18</sup> CAFFERATA NORES, José I: “Proceso Penal y Derecho Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 53.

vulneró el derecho de una persona cuya protección implica que el hecho sea constatado y en su caso penado. Dicho autor, citando a Malamud Goti, considera que en caso que suceda un daño a una víctima, el derecho podría servir para devolverles el respeto a fin restablecer la dignidad, en su respeto por sí misma y su confianza, de modo tal que por medio de la condena, se podría remediar la humillación a la cual fue sometida.<sup>19</sup>

Por su parte la Corte IDH en el precedente “Comerciantes Vs. Colombia” señaló que: *“del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación”*<sup>20</sup>

En “Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú” la Corte ha especificado que el derecho de acceso a la Justicia debe entenderse en forma armónica con todos los tratados suscritos por el país. Así, señaló que: *“De acuerdo a las obligaciones internacionales contraídas por el Perú, éste tiene el deber de garantizar el derecho de acceso a la justicia de acuerdo a lo establecido en la Convención Americana, pero además conforme a las obligaciones específicas que le imponen las Convenciones especializadas que ha suscrito y ratificado en materia de prevención y sanción de la tortura y de la violencia contra la mujer”*.<sup>21</sup>

Y puntualmente en el caso “González y otras -Campo Algodonero- vs. México”, establece: *“la impunidad de los delitos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia”*<sup>22</sup>

Asimismo el derecho a una tutela judicial efectiva se desprende del artículo 8 de la Convención Americana ya citado y del art. 25 el cual se refiere a la protección judicial, y dice: *“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la*

---

<sup>19</sup> Ob. cit. pág. 53 y 54.

<sup>20</sup> CIDH “Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, Párrafo 186.

<sup>21</sup> CIDH “Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.”, sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, Párrafo 377.

<sup>22</sup> CIDH “Caso González y otras -Campo Algodonero- vs. México”, sentencia de 16 de noviembre de 2009.

*autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.*

La Corte al pronunciarse se ha manifestado sobre el derecho que cuenta en la actualidad la propia víctima para instar el proceso, a efectos que se investigue y en su caso se sancione a los responsables de los hechos delictivos. Así, estableció que “...de conformidad con la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1). Asimismo, ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables.”<sup>23</sup>

También contamos dentro de la normativa aplicable, en este caso aprobada Acordada de la CSJN N° 5/2009, con las 100 Reglas de Brasilia, que tienen como objetivo justamente garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el *pleno goce de los servicios del sistema judicial*; y que sostiene como una de sus premisas fundantes que el sistema judicial se debe configurar como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad y contribuir así a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social.

Dichas reglas imponen a los integrantes y operadores del Poder Judicial el deber insoslayable de “hacerse cargo” de que la edad, el sexo, el estado físico o mental, la discapacidad, la pertenencia a minorías o a comunidades indígenas, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, la privación de libertad, las condiciones socioeconómicas hacen vulnerables a millones de personas más allá de que el derecho los declare iguales. Y

---

<sup>23</sup> CIDH “Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, Párrafo 199.

esto implica que el Poder Judicial no debe renunciar bajo ninguna circunstancia a su responsabilidad de controlar que las garantías no sean sólo palabras.

Y si bien los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos reconocen el derecho al acceso a la justicia y el trato igualitario en la administración de justicia; sin embargo, estas obligaciones se quedan, sobre todo, en el texto y no en la práctica sin ninguna incidencia en la cotidianeidad que enfrentan las mujeres ante los servicios judiciales.

#### b. Víctimas de violencia de género y Tutela Judicial Efectiva.

La perspectiva de género como forma de construir y enseñar el derecho implica reconocer la inescindible relación con el acceso equitativo a la justicia de todas las personas independiente de su condición.<sup>24</sup>

Es una realidad que resulta aún difícil para el sistema judicial (o sus operadores) visibilizar la gravedad de la violencia de género contra la mujer y su continuación una vez hecha la denuncia; y esta falta de identificación adecuada de la violencia de género y sus impactos, constituyen un obstáculo para que las mujeres agredidas y sus hijos e hijas accedan a la justicia en condiciones de igualdad con los hombres que les agreden.

No solo el femicidio, como máxima expresión de violencia contra la mujer, se nos debe representar cuando hablamos de violencia de género, sino una gran variedad de conductas delictivas que afectan a las mujeres como colectivo vulnerable, y que se cometen en este contexto de violencia de género y que aún hoy en día no reciben el tratamiento que la normativa descripta dispone.

Así, por ejemplo, encontramos delitos como el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar que afectan y determinan una violencia económica contra la mujer que muchas veces, aun hoy en día, no se analizan bajo este prisma, dejando a sus víctimas sin el reconocimiento adecuado de sus derechos y sometidas a elongados y disgregados procesos que no le dan una solución justa ni oportuna. Sobre la aplicación de la perspectiva de género en relación a las distintas manifestaciones y tipos de violencia, volveré en el capítulo tercero.

El carácter complejo de la respuesta adecuada al acceso a la justicia para este particular colectivo de víctimas vulnerables por razones de género, se enfatiza en la Recomendación General N°35 del Comité de la CEDAW del 26 de julio de 2017, ya citada.

---

<sup>24</sup> PASTEN DE ISHIHARA, Gloria M. “Principios de Igualdad y no discriminación: prevención y capacitación”. Artículo en “Género y Derecho Penal. Debates actuales de la parte general.” TARDITTI, Aída y MONASTEROLO, Natalia - Ed. Lerner. Córdoba. Argentina. 2022, pág. 16

Allí, el Comité hace un análisis exhaustivo y destaca que la violencia por razón de género puede afectar a las mujeres en distinta medida, o en distintas formas. Así, resalta que no todas las mujeres están igualmente afectadas por las violencias, no todas tienen los mismos recursos para enfrentarla ni viven la experiencia de la violencia y discriminación del mismo modo<sup>25</sup>; pero sí, agrego por mi parte, todas tienen los mismos derechos a que el Estado les brinde la protección necesaria en cada caso concreto.

Resulta importante señalar, ya aquí, que disciplinas como la psicología y la sociología forense han estudiado cómo esta violencia estructural incide en que sus víctimas no cuenten con los recursos psíquicos, culturales y hasta en muchos casos educacionales, que les permitan visibilizarse como tales, poder romper el ciclo de violencia, lograr pedir ayuda y a la vez no volver a caer en el mismo.

El círculo de la violencia es un concepto desarrollado por la psicóloga norteamericana Lenore E. Walker, quien, en su obra “The Battered Woman”<sup>26</sup>, planteó ya en 1979 en que la violencia contra las mujeres aumenta de forma cíclica o en espiral ascendente, especialmente la ejercida por sus parejas.

De acuerdo con la autora, existen tres fases en este ciclo ascendente de violencia, que son: la “fase de tensión”, que se caracteriza por una escalada gradual de la fricción y los conflictos en la pareja; la “fase de agresión”, que describe el momento en que se hace totalmente visible la agresión, la mujer tiene pruebas para denunciar y motivación para solicitar ayuda y terminar el abuso, sin embargo, el temor puede impedir que ésta tome las acciones pertinentes; y finalmente “fase de reconciliación o luna de miel”, donde el hombre violento suele mostrar arrepentimiento y pedir perdón, hace promesas de cambio y muestra afecto exacerbado. Tras el cambio aparente, la mujer puede justificar a su pareja y permanecer a su lado, pasando por alto el episodio violento. Si han denunciado suelen retirar la denuncia y justificar los hechos ante sí mismas y su círculo cercano. La reiteración del ciclo aumenta la violencia espaciando los momentos conciliatorios y repitiendo la escalada.

Estos estudios científicos echan luz sobre las particularidades de la problemática en cuestión. Pensemos solamente en que se exija a una mujer en este contexto no sólo que sea capaz de romper con ese círculo de violencia -tenga o no los recursos psicológicos y/o económicos para hacerlo-, sino que además ponga en conocimiento de las autoridades su situación, que además concurra al lugar apropiado a denunciar, que mantenga la denuncia,

---

<sup>25</sup> ZAIKOSKI, D. (2018). “Comentario a la Recomendación General N° 35 del Comité de la CEDAW” Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas. Vol. 8, N° 2 (julio-diciembre), pág.117.

<sup>26</sup> WALKER, Leonore E; “The Battered Woman”, Harper y Row, 1979; Procedencia del original de la Universidad de Michigan. Digitalizado 3 de septiembre de 2010, pág.120.

que declare una y otra vez sobre los hechos sucedidos, que de explicaciones, que además durante todo ese trayecto tampoco recaiga en manos de su agresor, y por supuesto que los hechos que está poniendo en conocimiento no se encuentren prescriptos -caso en el cual la escasa respuesta que podía llegar a tener se torna nula y “nada puede hacerse”-.

Evitar toda esta agotadora cadena de revictimización, es también parte del real acceso a la justicia y del deber de debida diligencia de los Estados. Pero además, esta particularidad nos corre de la comodidad que reviste la “respuesta jurídicamente tipificada” ya que lo adecuado para una mujer en una situación particular puede no serlo para otra, pero el deber y la responsabilidad estatal intersectorial sigue siendo el mismo ante ellas como justiciables y particularmente como víctimas especialmente vulnerables.

Es por ello que el problema requiere un particular enfoque, una aplicación de la perspectiva transversal de género y una formación de los operadores estatales que permita abordarla adecuadamente.

## CAPÍTULO II

### 1. Análisis de la problemática de género desde las teorías de la argumentación.

#### a. Marco teórico. Breve desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica.

Para comenzar este segundo capítulo consideré oportuno realizar una síntesis de las principales teorías de la argumentación entendidas como herramientas teóricas elaboradas por los profesionales del derecho para cumplir con la tarea que, en definitiva, trasunta la ciencia que estudiamos; esto es “*intentar dar solución a los conflictos que se suscitan dentro de nuestra sociedad mediante un marco teórico -práctico de conocimiento fundado en la razón y en la experiencia*”<sup>27</sup>. Ello, en el entendimiento de que su estudio crítico -considerando los presupuestos filosóficos o científicos a partir de los cuales han sido elaboradas y especialmente la actitud, capacidad y formación de los operadores jurídicos, particularmente la figura del juez- nos permitirá distinguir las soluciones irracionales, discrecionales o arbitrarias de los conflictos, y nos habilitará, luego más claramente, a llevar este análisis crítico a los casos concretos, para demostrar así los supuestos en los que la errada o insuficiente aplicación de las teorías de la argumentación, en la materia objeto del presente trabajo, redundan en soluciones arbitrarias o carentes de razón suficiente por falta de una correcta aplicación de la perspectiva de género.

Y en esa tarea, no se puede dejar de hacer una breve referencia primera a las concepciones tradicionales del derecho, imbuidas del modelo decimonónico clásico en el cual se partía de la concepción cartesiana del conocimiento -puesta en crisis por las corrientes epistemológicas del siglo XX- que pregonaba que “*cuanto más unívocas las respuestas al universo de preguntas, más cerca del verdadero conocimiento nos encontrábamos*”.<sup>28</sup>

El formalismo jurídico pretendía pues alcanzar una interpretación exacta, uniforme, única y objetiva del derecho; y complementariamente a ello, limitaba el rol del juez a un simple intérprete de la norma, cuya función era sólo declarativa y no creadora de derecho. Para estas teorías, toda norma tiene un significado implícito pero objetivamente dado y la actividad del intérprete consiste en individualizar y hacer explícito dicho significado; si hay más de una interpretación posible se resuelve individualizando dicho significado, descartando los restantes. El juez utiliza el método lógico deductivo para interpretar la norma

---

<sup>27</sup> GRAJALES, Amós Arturo -NEGRI, Nicolás “Argumentación Jurídica”. Astrea. Bs.As. 2015, pág. 325.

<sup>28</sup> Ob.cit. pág 326.

y, por ende, explícita significados implícitos objetivamente existentes. No hace elecciones valorativas, y por eso se dice que declara, y no crea, el derecho.

Como es sabido, la crítica fundamental a estas ideas, regidas bajo el ideal cartesiano y luego con los aportes de la construcción racionalista de Kant, es que no permitían abarcar la complejidad de los conflictos sociales, ya que se basaban en absolutos teóricos o sistemas jurídicos cerrados, que hacían foco únicamente en un aspecto determinado de la experiencia jurídica -fueran los ideales o valores de la sociedad, fueran las estructuras lógicas o las relaciones de poder -.

Estas teorías eclosionaron frente a las catástrofes sociales con el advenimiento de la Segunda Guerra Mundial, donde se dieron de bruces estas ideas que pregonaban un “*derecho completo, exacto y perfecto, compuesto de normas jurídicas que abasteciera la totalidad de la conflictividad humana*”<sup>29</sup>.

Aquel “paroxismo del terror” en palabras de Radbruch, implicó que las teorías críticas se alzarán, y que aun quienes antes eran defensores de las tesis positivistas, las abandonarán -cfr. Radbruch “Las leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes” y en latinoamérica Nino en “Juicio al mal absoluto”- dejándose de lado así, esa visión del derecho hecho norma y disociado de la filosofía práctica, de la moral, de la lógica de lo razonable.

Surgen entonces las teorías de la argumentación jurídica, con el objetivo de dar soluciones a problemas jurídicos mediante decisiones racionales que, además, sean capaces de convencer a dos grandes grupos de destinatarios: quien o quienes deban acatarlas y la sociedad en general.

Enseña Atienza, que las teorías de la argumentación jurídica, se refieren a un aspecto del fenómeno jurídico, esto es el razonamiento jurídico en su faz discursiva (dialéctica y retórica) en sus diferentes ámbitos de operación: desde la problemática de la producción de las normas jurídicas hasta la interpretación y aplicación del derecho positivo. Y, tanto si uno se sitúa desde la perspectiva del jurista como la del abogado, el legislador y, especialmente la del juez; constituye un verdadero banco de prueba de toda teoría jurídica.<sup>30</sup>

Según la concepción pragmática del derecho basada en la argumentación, el derecho se entiende como un instrumento para el tratamiento de ciertos conflictos sociales; y la argumentación tiene una finalidad práctica de persuadir sobre algo o defender o atacar una tesis. Al decir de Atienza entonces, el énfasis no se pone la noción de inferencia (como en la

---

<sup>29</sup> Ob. cit. pág. 327.

<sup>30</sup> ATIENZA, Manuel, “Curso de argumentación jurídica”. Ed. Trotta. Colombia. 2013 pág. 646 y 647.

concepción formal del derecho) ni en las premisas (como en la material del derecho), sino en los efectos que se trata de lograr con la argumentación.<sup>31</sup>

Asimismo, el razonamiento jurídico -como actividad ligada indefectiblemente a la argumentación- presenta diferentes formas, a saber: la subsunción, la adecuación de argumentos medio-fin, y la ponderación. Y cada uno de ellos presupone el uso como premisa de un enunciado jurídico característico: una regla de acción, una regla de fin y un principio -en sentido estricto o como directriz-.<sup>32</sup>

Podemos advertir que, estas nuevas concepciones suponen que el derecho no es una realidad exclusivamente dada, como el producto de una autoridad, sino una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación<sup>33</sup>; y es en el ámbito judicial donde justamente el derecho se transforma en una realidad “dúctil” en manos de los jueces que permite salir de la rigidez legalista del positivismo y orientarse hacia principios y valores. Pero ello, claro está, no es tarea fácil y exige una mayor justificación de argumentación.

Ahora bien, ya en esta instancia también debemos considerar que la noción de argumentación es compleja. Sin ir más lejos, el Diccionario de la Real Academia Española, define la argumentación como un *“razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición, o bien para convencer a alguien de aquello que se afirma o se niega.”*. Pero su complejidad radica, explica Atienza, no sólo porque se la utiliza de manera equívoca, sino por la pluralidad de los usos del lenguaje. El término “argumentación jurídica” surge recién en la década de los setenta con el nacimiento de las teorías específicas a raíz de la crisis del positivismo jurídico, formalista y decimonónico y el decaimiento de las teorías de la interpretación.

Esto cobra fundamental relevancia en lo que hace a la tarea del juez; y así, como ya se mencionó pero conviene ahora reiterar, luego del fracaso de la doctrina clásica del derecho natural -con su sistema de normas inmutables- y del positivismo histórico -que ha llevado a casos de injusticia extrema-, ha quedado superada la noción de que el fallo judicial puede derivar exclusivamente de la norma codificada. Hoy, a la luz de estas nuevas teorías, podemos ver que el juez, cuando falla, crea derecho, surgiendo nuevos desafíos en lo que hace a su relación con el derecho codificado.

---

<sup>31</sup> Ob. cit. pág 13 y 108.

<sup>32</sup> GRAJALES, Amós Arturo -NEGRI, Nicolás “Argumentación Jurídica”. Astrea. Bs.As. 2015, pág. 328 y 329.

<sup>33</sup> ATIENZA, Manuel, “Curso de argumentación jurídica”. Ed. Trotta. Colombia. 2013 pág. 29.

En efecto, luego del punto de inflexión que significaron los juicios de Núremberg y el surgimiento del neoconstitucionalismo, se abrió paso a una línea nueva de investigación científica que dió entonces lugar al surgimiento de las teorías de la argumentación.

Volviendo a las razones de esta evolución, Atienza explica también que este fenómeno obedeció a múltiples razones de orden teórico -el descuido de la dimensión argumentativa y el enfoque exclusivo en la estructural-, práctico -ya que el derecho en su práctica, es argumentar-, política -el paso del Estado legislativo al Estado constitucional-, de carácter pedagógico -ya que la enseñanza del derecho tiende a ser más práctica y operativa que teórica- y de orden democrático -ya que la legitimidad basada en la sólo autoridad no tiene más lugar y se exige que se brinden explicaciones de sus decisiones-.

Y así, el paradigma decimonónico -que limitaba entonces la función del juez a la función de identificación del supuesto de hecho y a subsumirlo en la norma-; se contrapone la corriente que considera que el derecho debe concebirse de otra manera, no sólo en su estructura -normas, principios y valores- sino también en sus funciones -la sociológica, la valorativa y la argumentativa-, debiendo diferenciar los distintos problemas o casos que pueden presentarse en la realidad.<sup>34</sup>

A la visión normativista entonces, sostenida por Kelsen y en menor medida por Hart, se contraponen las nuevas ideas de autores como Dworkin y Alexy quienes proponen la introducción de principios que constituyen mandatos de optimización en tanto exigen la mejor conducta posible según las probabilidades fácticas y jurídicas.

Enseña Alexy que *“los principios (...) ordenan que se realice algo en la mejor medida posible, y pueden ser cumplidos en diversos grados. Los principios receptan, pues, valores, y como tales no pueden ser sino aspiraciones cuyo grado de concreción varía según los sistemas jurídicos, los períodos históricos y la relación con las reglas.”*<sup>35</sup>

Hoy se pretende que la autoridad tenga razones y que las mismas sean susceptibles de ser conocidas, criticadas y controladas. La remisión al argumento de autoridad, constituye pues una falacia que la sociedad democrática actual ya no permite. Vigo hace énfasis en que no obstante ello la argumentación jurídica no se agota en la función legitimadora; sino que abarca también la función validante, controladora, concretizadora, didáctica, científica, pacificadora y moralizadora.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> ALEXY, Robert “El concepto y la validez del derecho”. Ed. Gerisa. Segunda Edición. Barcelona. 2004. pág. 161.

<sup>35</sup> Ob cit. pág. 162.

<sup>36</sup> VIGO, Rodolfo Luis. “De la ley al derecho”. Ed. Index . México. Porrúa, 2003, pág. 69 y 70.

Ahora bien, la utilidad de las teorías de la argumentación, radica en su aplicación para poder resolver los denominados “casos difíciles”, donde deberán aplicarse, además de las normas, principios y valores jurídicos. Así, mientras para los casos fáciles puede ser suficiente la labor de subsunción y el esquema tradicional del método deductivo; la argumentación cobra relevancia ante los casos excepcionales, difíciles o incluso drásticos, donde ésta viene a ayudar tanto en la determinación del elemento normativo -problema interpretativo- como el plano fáctico, lingüístico y lógico.

Esta distinción entre casos fáciles -a los que para resolverlo bastaría la tarea de subsunción- y difíciles -que necesitan del auxilio de la argumentación-; surgida de la mano de las teorías antiformalistas que intentaron remediar la insuficiencia del anterior modelo teórico, también cuenta con críticas y presentan deficiencias. Así, no es posible realizar una línea tajante, frente a un caso concreto, respecto de cuál es un caso fácil y cuál uno difícil; es decir si aquel ingresó en el núcleo o en la penumbra de la norma. Para definir ello, es necesario una operación interpretativa; lo que en palabras de Taruffo lleva a pensar que el juez tiene siempre la posibilidad de declarar que la norma es clara y aplicarla en su significado intuitivo, o declarar que es dudosa y por tanto interpretarlo; pero ello es ya una opción valorativa en torno al significado de la norma.

Ahora bien, enseña Atienza que existen tres modos de concebir la argumentación jurídica: la lógica formal deductiva que se centra en la argumentación como resultado; la argumentación material o sustantiva que se funda en una teoría de premisas justas o correctas; y finalmente la pragmática, que tiene por fin lograr la adhesión del destinatario.<sup>37</sup>

Destaca el autor que, si bien se distingue entre estas concepciones, ello no significa que sean necesariamente incompatibles entre sí, sino que más bien una buena teoría de la argumentación necesitaría el actuar complementario de los tres enfoques.

Sintéticamente, entiende que en la concepción formal, basada en la lógica, la argumentación consiste en una serie de enunciados sin interpretar, ya que hace abstracción del contenido de verdad o de corrección de las premisas y de la conclusión. Se la asocia entonces a la idea de “inferencia” entre premisas y resultados y, para ello, se centra en la argumentación no como actividad sino como resultado. Explica que, desde la lógica habría que hablar de esquemas de argumentos -más que de argumentos- siendo su utilidad la de controlar la corrección de éstos últimos. Así, las premisas y la conclusión son enunciados que

---

<sup>37</sup> ATIENZA, Manuel, “Curso de argumentación jurídica”. Ed. Trotta. Colombia. 2013 pág. 110.

podrán interpretarse como proposiciones susceptibles de ser calificadas como verdaderas o falsas, pero también como normas que carecen de valor de verdad.

Por otra parte, la concepción material entiende la argumentación como razonamiento práctico-teórico, donde lo esencial no es la forma de los enunciados sino aquello que hace a los mismos verdaderos o correctos, esto es los hechos a los cuales se refieren. El centro de atención no se pone en la inferencia sino en las premisas y en la conclusión; y por ello también sus criterios de corrección no pueden ser por ende meramente formales.

Por último, la concepción pragmática o dialéctica, para el profesor español, comprende un acto complejo del lenguaje que se da en el contexto de un diálogo cuando aparece una duda o se pone en cuestión un enunciado y se acepta que el problema ha de resolverse por medios lingüísticos. Entonces se ve a la argumentación como un proceso cuyo desarrollo está regido por determinadas reglas de comportamiento lingüístico de los sujetos que intervienen en ella. Si bien hace referencia también al lenguaje, lo hace como desligado de los sujetos; y refiere que *“La argumentación avanza, es posible, en la medida en que los participantes se van haciendo concesiones; inferir consiste aquí en el paso de unos enunciados a otros mediante la aceptación, el consenso; para cada interviniente en el proceso, funcionan como premisas los enunciados cuya aceptación pueda darse por supuesta o por alcanzada en cada momento del proceso; y la conclusión es lo que se pretende sea aceptada por otro”*.<sup>38</sup>

Ya hemos dicho entonces que Atienza explica el concepto de argumentación a partir de cuatro elementos: como una acción relativa a un lenguaje (se argumenta cuando se define o combate una tesis y se dan razones para ello); que siempre presupone un problema; que supone un proceso, como actividad y resultado (premisa, conclusión e inferencia); y finalmente es una actividad racional porque es una actividad dotada de sentido (orientada a un fin) y porque existen criterios para evaluar la calidad (validez) de las diferentes argumentaciones, que permite clasificarlas como correctas o incorrectas, válidas o falaces, mejores o peores, etc.<sup>39</sup>

Ahora bien, haciendo hincapié en la argumentación como medio para fundamentar nuestras creencias y opiniones y llevándolo al plano estrictamente de la sentencia, podemos decir que la argumentación tiene que ver con la indagación, la búsqueda, el establecimiento de los fundamentos -estos las razones o premisas- de nuestras creencias y opiniones-. No es

---

<sup>38</sup> Ob.cit. pág. 110.

<sup>39</sup> ATIENZA, Manuel: “El Derecho como argumentación”. Ariel. Barcelona. 2006. pág. 61.

un proceso destinado a comunicar creencias sino a determinar su fundamentación, hasta qué punto están fundamentadas o si tienen o no fundamento.

Justamente por ello, no todas las creencias u opiniones valen lo mismo porque no todas son igualmente fundamentables. Y no todas nuestras intuiciones son susceptibles de convertirse en conclusiones, porque no todas pueden ser fundamentadas de manera satisfactoria. Explica Josep Aguiló Regla que, desde la dimensión material de la argumentación, las preguntas típicas son dos: en relación con las cuestiones teóricas, ¿qué debo creer?; y, en relación con las cuestiones prácticas ¿qué debo hacer?. Por ello las razones no son en realidad los enunciados utilizados como premisas en una argumentación, ya que los enunciados por sí mismo, no fundamentan nada. El problema es la verdad o corrección de esos enunciados o premisas.<sup>40</sup>

b.- El razonamiento jurídico: La justificación interna y externa de la sentencia. El deber de fundamentación de las sentencias.

A los fines de enlazar la teoría de la argumentación con el objeto del presente trabajo, trataré este punto a partir del enfoque realizado por Robert Alexy; para así en el capítulo siguiente, abordar la aplicación concreta a los casos que reclaman una correcta aplicación de la perspectiva de género.

El autor propuesto, para iniciar su trabajo, explica que la decisión jurídica que pone fin a una disputa jurídica expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados.<sup>41</sup> Y agrega que ello obedece, al menos, a cuatro razones: la vaguedad del lenguaje jurídico; la posibilidad de conflictos de normas; el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente; y la posibilidad de decidir, incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.

El autor, como se adelantó, partió de la incapacidad del método jurídico tradicional del positivismo, para resolver el problema de la fundamentación racional de las decisiones jurídicas mediante reglas o procedimientos. Explica, que existen supuestos en los que la

---

<sup>40</sup> AGUILÓ REGLA, Joseph. “El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación”. Ed. Trotta. Madrid. 2015, pag. 36.

<sup>41</sup> Ob. cit. pág. 23.

decisión de un caso el juez tiene que elegir entre varias soluciones a partir de normas jurídicas, reglas metodológicas y enunciados de sistemas jurídicos no determinados.

Por tal motivo entiende que el modelo tradicional resultaba insuficiente para dar y explicar el fundamento de las decisiones jurídicas. Al elaborar su teoría para zanjar esta deficiencia, el autor explica la elaboración de un procedimiento que asegura la racionalidad de la aplicación del derecho debe cumplir con dos tareas: la primera resulta de la racionalidad de la pertenencia al sistema jurídico tanto de un nivel de reglas como otro de principios; y la segunda resulta del conocimiento que es imposible un sistema de reglas metódicas que establezcan exactamente sólo un resultado.

Enfatiza que, en todos los casos medianamente dudosos, se requieren valoraciones que no pueden obtenerse necesariamente del material dotado de autoridad. Y por lo tanto la racionalidad del procedimiento de aplicación del derecho depende esencialmente de si y en qué medida son accesibles a un control racional<sup>42</sup>. Pero también, advierte el autor, que un sistema de principios generales de un ordenamiento jurídico no resulta una solución adecuada; porque se encuentra con el primer problema de cómo pueden obtenerse estos principios, que a la vez pueden entrar en contradicción entre sí.

Así concluye que la argumentación jurídica tiene que ser así considerada como un caso especial de argumentación práctica general subordinada a la ley, a la dogmática y al precedente; y estructuralmente comprende los niveles de los principios, las reglas y del procedimiento. *“O, lo que es lo mismo, los niveles de las reglas y de los principios han de complementarse con un tercero, una argumentación jurídica propiamente dicha que -sobre la base de ambos niveles- asegura una decisión racionalmente fundamentada.”*<sup>43</sup>

Ahora bien, el propio Alexy explica que *“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de la posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas son normas*

---

<sup>42</sup> ALEXY, Robert “El concepto y la validez del derecho”. Ed. Gerisa. Segunda Edición. Barcelona. 2004. pág. 174 y 175.

<sup>43</sup> GRAJALES, Amós Arturo -NEGRI, Nicolás “Argumentación Jurídica”. Astrea. Bs.As. 2015, pág. 421.

*que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenando hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Su aplicación es una cuestión de todo o nada. No son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho.”<sup>44</sup>*

Para el autor, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general -por cuanto se fundamenta: en que las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido; en que estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección; y en que tiene lugar bajo condiciones de limitación del tipo mencionado-; y lo que lo distingue de este, es su vinculatoriedad al derecho vigente.<sup>45</sup>

Agrega que esta es una de las principales diferencias entre la argumentación jurídica y la argumentación práctica en general, ya que en las decisiones jurídicas no se someten todas las cuestiones a discusión, sino que las disputas están sujetas a ciertos límites. A la vez, estos límites varían según la forma en la que se esté llevando adelante la discusión, siendo el proceso en la cual se dan las mayores limitaciones. Allí operan fundamentalmente los límites impuestos por la normativa procesal, en orden a plazo, roles y deberes de las partes y sujetos del proceso, etc. Para las partes, que pueden orientarse según sus intereses, muchas veces no se trata de que una sentencia sea justa sino que les sea ventajosa.

Haciendo hincapié en lo relativo a la pretensión de corrección que se plantea en los discursos jurídicos, explica el autor, que la tesis del discurso jurídico como caso especial, se fundamenta en esas tres proposiciones reseñadas más arriba, y que todas ellas pueden ser atacadas y también debidamente refutadas sus críticas.

Puntualmente, me interesa destacar en las críticas a la pretensión de corrección, en la cual el autor enfatiza que no se pretende que el enunciado jurídico normativo en cuestión -en el caso una sentencia- sea sin más racional, sino que sólo en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado. Y justamente el significado de esta afirmación es lo que hay que aclarar en el marco de una teoría del discurso jurídico.

Siguiendo a N. Luhmann, Alexy explica que un procedimiento judicial puede tener también la función de aislar al afectado en cuanto fuente del problema y hace al orden social independiente de su aceptación o rechazo. Pero la fundamentación judicial puede también cumplir otras funciones: *“tratar a un ser racional racionalmente, es decir, como un ser*

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. “El concepto y la validez del derecho”. Ed. Gerisa. Segunda Edición. Barcelona. 2004. pág.162.

<sup>45</sup> ALEXY, Robert. “Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.” Ed.: Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997. pág. 207.

racional, explicándole por medio de razones por qué se ha llegado a una decisión que afecta negativamente a sus intereses”.<sup>46</sup> Concluye expresando que la referencia a la razón expresada en la pretensión de corrección todavía no ha sido “sobrepasada por la evolución” y que todavía no se ha impuesto un “modo de socialización desvinculado de normas que necesitan justificación”.

Volviendo entonces sobre lo que es el núcleo de la tesis del caso especial -sostener que la pretensión de corrección también se plantea en el discurso jurídico y que en este no se refiere a las proposiciones normativas sean sin más racionales sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas-, se pregunta el autor, que sería una fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente.

Para contestar ello, parte por explicar que en los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas que son las decisiones jurídicas. Y que allí pueden distinguirse dos aspectos: la justificación interna y la justificación externa.

La primera, se orienta a analizar si la decisión adoptada en un caso concreto se sigue lógicamente de las premisas que se alegan como fundamentación. Aquí se estudia el silogismo jurídico, y se exige alegar por lo menos una norma universal para respetar la fundamentación de una decisión jurídica, ya que tal decisión debe seguirse lógicamente de una norma universal, junto con otras proposiciones.

A la vez, Alexy señala que hay cuestiones jurídicas en las que es suficiente una justificación de la forma -y lo aclara con la referencia al siguiente ejemplo: (1) *El soldado debe decir la verdad en asuntos del servicio.* (2) *El señor M es un soldado.* (3) *El señor M debe decir la verdad en asuntos del servicio.* Explica que se satisface con ello la justificación mediante reglas universales requeridas por el principio de universalidad, el cual sirve de base al principio de justicia formal, que exige “*observar una regla que formula la obligación de tratar la de la misma manera todos los seres de una misma categoría*”.

Pero luego, aclara que este esquema simple de la estructura del silogismo no es suficiente para resolver los casos difíciles -y cita como ejemplo cuando: “(1) *una norma contiene diversas propiedad alternativas en el supuesto de hecho.* (2) *cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas,* (3) *cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas,* o (4) *cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones*”.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Ob.cit. pág. 210.

<sup>47</sup> Ob. cit. pág. 216

Ahora bien, el juicio sobre la racionalidad de una decisión pertenece al campo de la justificación externa.

Esta, tiene por objeto analizar la corrección de esas premisas utilizadas en la justificación interna. Dentro de las premisas, el autor distingue: reglas de derecho positivo, enunciados empíricos y premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo. Cada premisa se relaciona con un diferente método de fundamentación: las primeras se satisfacen con mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico, las premisas empíricas se fundamentan con los métodos de las ciencias empíricas, las máximas de presunción racional y las reglas procesales; y finalmente para la fundamentación de premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas del derecho positivo se utiliza la argumentación jurídica. Pero a la vez existen múltiples relaciones entre estos tres procedimientos de fundamentación.

Agrega que las formas de argumentos y las reglas de justificación externa, pueden clasificarse en los siguientes grupos: de interpretación; de argumentación dogmática; de uso de los precedentes; de argumentación práctica general; de argumentación empírica y de formas especiales de argumentos jurídicos.

Como puede verse, la teoría de la argumentación jurídica de Alexy es un modelo racional del discurso jurídico que busca dar explicación al origen, validez y límites del hecho jurídico en el que consiste la decisión jurídica. Al decir de Pinto Fontanillo, procura asegurar la racionalidad en la aplicación del derecho. Lo cual constituye el eje del capítulo tercero, a fin de determinar la veracidad, o no, de la hipótesis planteada en este trabajo.

### c. La sentencia penal y la argumentación en razón de los hechos y la verdad.

Consideré aquí oportuno hacer hincapié en que no solo el derecho constituye una cuestión problemática para la tarea del juez, los hechos guardan aquí un rol fundamental que también es necesario abordar desde la argumentación; por cuanto no puede olvidarse el fin del proceso penal: la búsqueda de la verdad de lo sucedido.

Explica Perfecto Andrés Ibáñez que la función del juez consiste en “ejercer imparcialmente el Derecho en una situación controvertida o de conflicto”; es decir frente a un estado de cosas problemático. El autor, hace especial referencia al concepto de verdad, como categoría conceptual de suma relevancia, ya que la misma idea de decisión justa se encuentra estrechamente asociada a la fijación veraz de los hechos. Pero destaca que “...no es de hechos en el sentido ontológico sino de enunciados sobre hechos de lo que se trata en el proceso. Y

---

*así, los valores de verdad o falsedad sólo pueden predicarse de las correspondientes aseveraciones. Los hechos como tales no son verdaderos ni falsos habrán o no tenido existencia real y en función de ello, las relativas afirmaciones guardará o no una relación de correspondencia con la realidad.”*<sup>48</sup>

Continúa el autor explicando por qué es necesario justificar la decisión y, citando a Aarnio destaca que *“la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad, sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones.”*<sup>49</sup>

Para ilustrar el cambio de paradigma al que ya nos refiriéramos anteriormente y como ello se relaciona con el concepto de verdad, resulta muy provechoso leer a Vigo, quien explica que en el iuspositivismo normativista se hablaba de casos genéricos o fáciles y que eso obedecía, también, a que se entendían los hechos de los procesos como instancias individuales de los generales definidos en las normas. Por ello, tenían una confianza infalible en el legislador y el trabajo del jurista era uno muy sencillo: sólo subsumir el caso concreto en el genérico contemplado en alguna norma general ya dada.

No obstante, señala el autor, los hechos jurídicos procesales constituyen -siempre- casos difíciles, por cuanto: *“los hechos que convocan el trabajo de abogados y jueces son casos ya difíciles o que pueden llegar a serlo en manos de juristas dispuestos a buscar respuestas jurídicas no sólo en las normas (respuestas explícitas), sino también en principios y valores jurídicos (respuestas implícitas). Lo más probable es que si el caso no ofrece dificultades en su solución jurídica, no alcance a ningún estrado abogadil o judicial, dado que ella revelaría una clara incompetencia profesional. El interés por la atención profesional de un caso es directamente proporcional a su nivel de complicación en su respuesta. La fórmula de Kaufmann típicamente hermenéutica que “aplicar derecho es descubrirlo”, sintetiza el carácter inédito o renovador que conllevan los casos, por eso nunca será igual estudiar la ley en abstracto que aplicar el derecho en los casos concretos.”*<sup>50</sup>

Ello, como puede verse, exige un trabajo argumental a manos del jurista, que debe tener como norte la verdad. Justamente, Michele Taruffo, plantea, como una de sus tesis centrales, la verdad como condición de justicia<sup>51</sup>, y de ella se desprende que si el objeto del proceso es la justicia, antes debe preocuparse por encontrar la verdad acerca de los hechos

---

<sup>48</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia”. Estudios de Derecho Judicial. 2000. pág. 9 y siguientes.

<sup>49</sup> Ob.cit. pág. 7.

<sup>50</sup> VIGO, Rodolfo Luis. “Los hechos en los paradigmas legalista y constitucionalista”. Ed. La Ley. 2012, pág. 1.

<sup>51</sup> TARUFFO, Michele “La prueba de los hechos”, Ed. Trotta, Madrid, 2002, pág. 64.

que motivaron el conflicto. Considera que el procedimiento judicial puede interpretarse como una empresa epistémica orientada a conocer la verdad de los hechos de la causa; y ella es definida en términos de "correspondencia", dado que consiste en decir fundadamente como sucedieron realmente aquéllos.

Así, el autor en su libro "Simplemente la verdad", nos aporta: *"En un procedimiento dirigido a determinar la verdad de ciertas circunstancias de hecho, la presencia de reglas que establezcan a priori y con eficacia vinculante el valor de ciertas informaciones constituiría ciertamente una rareza. En todo caso, se debería precisar quién, y por qué razones, podría establecer este tipo de reglas, que incluso a primera vista parecen seguramente atiepistémicas. En general, la misma observación vale también en el ámbito del proceso, pues es evidente que las normas que impusieran al juez tener por verdaderos ciertos hechos no podrían contar con la existencia de una decisión racional sobre las circunstancias del caso concreto, aunque es oportuno realizar algunas consideraciones al respecto" ... "En cambio, la concepción racional del libre convencimiento del juez, es epistémicamente válida, en la medida que admite -e incluso requiere- que la valoración de las pruebas se dirija hacia la determinación de la verdad de los hechos. Entendido de este modo, el principio del libre convencimiento implica la eliminación de normas que, al predeterminar el valor legal de las pruebas, constituirían un obstáculo para esa determinación"* <sup>52</sup>.

La verdad tiene entonces para Taruffo, y como explica Vigo en la obra ya citada, cuatro valores: un valor moral (sería insostenible un sistema ético basado en la falsedad o en la indiferencia respecto a la verdad), un valor político (la democracia requiere la verdad, así como los totalitarios se nutren del engaño), un valor epistemológico (el conocimiento supone la posibilidad de distinguir la verdad del error), un valor jurídico y procesal (la justicia no puede apoyarse en el error o la mentira). Si el proceso y el juez renuncian o les resulta indiferente la verdad, ello implica también despreocuparse de la justicia.

La separación entre el hecho y el derecho ya ha sido ampliamente superada, por cuanto aún cuando ello sea posible desde la teoría, resulta distorsionante de la realidad como también inexacto. Así, volviendo a lo que enseña Vigo, *"es que en el razonamiento del jurista, cuando habla de los "hechos", lo hace pensando en el "derecho", así lo destaca G. Ubertis: "si el juicio sobre la quaestio facti no puede ser nunca de 'puro hecho', al estar estructurado por referencia a coordenadas jurídicas, el juicio sobre la quaestio iuris está necesariamente ligado al 'hecho" (...). En la experiencia y práctica jurídica se confirma no*

---

<sup>52</sup> TARUFFO, Michelle. "Simplemente la Verdad", Ed: Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 184/185.

*sólo lo difícil que resulta intentar comprender exhaustivamente lo que se ha decidido jurídicamente sin conocer al mismo tiempo el caso o el hecho que se resolvió, sino también los esfuerzos jurisprudenciales que se han ido haciendo a los fines de evitar que la casación genere respuestas absurdas o irracionales. Más aún, pretender un control lógico del razonamiento del juez reducido a la premisa normativa supone un cercenamiento del mismo que lo imposibilita o distorsiona”.*<sup>53</sup> En esa línea el fallo “Casal” de la CSJN, del año 2005, que terminó de ampliar la competencia de los Tribunales de Casación, no sólo a las cuestiones de derecho sino también a la materia de los hechos, inescindiblemente relacionadas, para realizar una correcta revisión amplia de los fundamentos del fallo que se cuestione; y su antecedente de la CIDH “Herrera - Ulloa” del año 2004.

Lo reseñado tiene trascendental importancia en las sentencias penales y en el rol que le cabe a la víctima de delitos de género, donde sus dichos constituyen muchas veces, la prueba más importante, y por ende también la más cuestionada; lo que ha llevado, como se detalló en el capítulo primero, a olvidar durante mucho tiempo no sólo su rol en el proceso, sino su calidad misma de víctima, y antes bien de persona, para solo muy recientemente entenderla como parte de un colectivo de merece una ultra protección.

Por ello, a los fines probatorios, el valor que se le de a la búsqueda de la verdad redunda en hacer efectiva esta protección. En este sentido Jordi Ferrer Beltrán sostiene: *“Sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios. Sólo podrá influirse en la conducta de los hombres y mujeres para que no maten si, efectivamente, el proceso cumple la función de averiguar quién mató y le impone la sanción prevista por el derecho. Por todo ello, la prueba como actividad tendría la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de esos hechos condicionantes”*<sup>54</sup> .

En palabras de Michele Taruffo: *“...las decisiones de los jueces: versan siempre sobre situaciones específicas, conciernen a personas particulares, y deben ser justificadas haciendo referencias a las circunstancias del caso concreto...”* en otras palabras: *“... el juez*

---

<sup>53</sup> VIGO, Rodolfo Luis. “Los hechos en los paradigmas legalista y constitucionalista”. Ed. La Ley. 2012.

<sup>54</sup> FERRER BELTRAN, Jordi. “Valoración racional de la prueba. Filosofía y Derecho”. Marcial Pons. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. 2007. pág. 30.

*debe tomar en consideración personas y acontecimientos particulares, antes que abstracciones, concentrándose en los detalles del caso individual."* <sup>55</sup>

---

<sup>55</sup>TARUFFO, Michele. "Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos", Ed.: Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.

## CAPÍTULO III

### 1. La interpretación jurídica con perspectiva de género. Estándares interpretativos.

Como se viene señalando, a partir del cambio significativo de modelo que representó el paso del Estado legislativo al Estado constitucional de Derecho, el estudio de la interpretación jurídica migró de la dogmática a la filosofía del derecho, dado que la comprensión de los problemas jurídicos actuales no se resuelve únicamente desde y hacia el interior de la ciencia jurídica. Y en los capítulos precedentes se ha detallado también que, en virtud del control de convencionalidad al que está sometido el sistema jurídico argentino por haber suscripto tratados internacionales que comprometen su responsabilidad internacional, la perspectiva de género se ha vuelto una condición necesaria para realizar una interpretación jurídica correcta, dado que sus postulados influyen sobre cualquier noción y curso de acción jurídico.

#### a. La interpretación jurídica con perspectiva de género como razón justificativa de las decisiones.

Tal como lo refiere MacCormick, la interpretación es una actividad omnipresente en el derecho tanto en un sentido amplio -considerando todos los problemas normativos son a su vez problemas de interpretación- como en un sentido restringido cuando lo que se pretende es resolver un problema de interpretación de una norma puntual, en el caso una sentencia.<sup>56</sup>

Josep Aguiló distingue las principales notas que marcan el reemplazo del paradigma positivista -legalista- al postpositivista -constitucionalista-, en concreto el paso de: a) un sistema de tipicidad, de normas generales y cerradas -de reglas-, hacia otro sistema jurídico de reglas y principios -en el cual si bien existe una solución normativa, no se define el “caso” de antemano-; b) un modelo de relaciones lógicas de deducibilidad, donde el conflicto entre reglas se decide por la exclusión de una de ellas -cuestión de todo o nada-, hacia un modelo de relaciones lógicas y relaciones de justificación, donde prevalece la coherencia valorativa, que se decide por ponderación -cuestión gradual-; c) un sistema que se basa en la correlatividad entre derechos y deberes, hacia otro que otorga prioridad justificativa al reconocimiento de derechos; d) un modelo de subsunción hacia otro de subsunción y ponderación; e) un sistema donde la contienda fuerte se da entre quienes piensan que la interpretación es “creación” -razonamiento moral o político- o “aplicación” de normas

---

<sup>56</sup> MacCORMICK, N.: “Argumentación e interpretación en derecho”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 33, 2010, trad. Jorge Luis Fabra Zamora y Laura Sofía Guevara, pp. 65-78 (p. 66).

-razonamiento jurídico-, hacia otro donde el razonamiento jurídico es práctico, si se prefiere, se moraliza o politiza, pues incorpora la consideración de los valores y fines constitucionales -se reemplaza el canon “interpretación de la Constitución conforme a la ley” por el canon “interpretación de la ley conforme a la Constitución”-; f) un sistema de juicios formales de validez de las normas a otro que distingue entre validez formal y material de las normas; g) la dicotomía “casos regulados-casos no regulados” a las nociones de “casos fáciles-casos difíciles”; h) un sistema que sostiene que el lenguaje de la ciencia jurídica es descriptivo de las normas y por lo tanto sus enunciados tienen valor de verdad, hacia otro donde la oposición entre lenguaje descriptivo y prescriptivo se debilita, la ciencia jurídica no juega aquí un papel meramente descriptivo, sino más bien reconstructivo, práctico y justificativo -el jurista e intérprete es un actor en la práctica social compleja que es el Derecho.<sup>57</sup>

Y es teniendo en cuenta esta evolución, a la luz de este nuevo paradigma tan claramente explicado por el autor citado -y no de los resabios del anterior que aún se dejan ver en las sentencias penales-, que corresponde abordar la interpretación jurídica con perspectiva de género.

En esa línea, sostiene Alda Facio que: *“la teoría de género, tan desarrollada en nuestro tiempo, nos ha enseñado que no se puede comprender ningún fenómeno social si no se lo analiza desde la perspectiva de género y que ésta generalmente implica reconceptualizar aquello que se está analizando.”*<sup>58</sup> Y el derecho, como práctica social destinado a satisfacer los fines y valores admitidos por la comunidad que en un estado de derecho constitucional-convencional, se basan en la dignidad de la persona humana; y por tanto toda interpretación jurídica debe comprender la perspectiva de género.

Nancy Fraser, por ejemplo, estudia el género como una categoría bidimensional; y explica que, vista con una lente, el género tiene afinidades con la clase; vista con la otra, con el estatus, y cada una de esas lentes enfoca un aspecto importante de la subordinación de las mujeres; pero no obstante, por sí mismas, son insuficientes para dar cuenta de la integralidad del problema. Así, refiere que tales situaciones están *“...expresamente codificados en muchas áreas del derecho (incluido el derecho de familia y el penal), inspiran interpretaciones jurídicas de la intimidad, la autonomía, la defensa propia y la igualdad. También están atrincherados en muchas áreas de la política gubernamental (incluida la reproductiva, la inmigración y la política de asilo) y en prácticas profesionales habituales*

---

<sup>57</sup>AGUILÓ, Josep. “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, en AA.VV.: Interpretación jurídica y teoría del derecho, (editora I. Lifante Vidal), Palestra, Lima, 2010, versión e-book, pp.13-23.

<sup>58</sup> FACIO, Alda. “Con los lentes del género se ve otra justicia”, El otro derecho, núm. 28, Julio 2002, ILSA, Bogotá D.C., Colombia, pp. 85-102 (p. 86).

*(como la medicina y la psicoterapia). Los patrones de valor androcéntricos impregnan también la cultura popular y la interacción cotidiana. Las mujeres sufren, como resultado, formas de subordinación de estatus específicas del género, como el acoso sexual, la violación y la violencia doméstica; representaciones estereotipadas trivializadoras, objetificantes y despectivas en los medios de comunicación; menosprecio en la vida cotidiana; exclusión o marginación en esferas públicas y organismos deliberativos; y denegación de los derechos plenos y de protecciones iguales en lo referente a la ciudadanía. Estos daños son injusticias provocadas por la falta de reconocimiento. Son relativamente independientes de la economía política y no son meramente superestructurales. Es imposible, por lo tanto, superarlas sólo mediante la redistribución, y exigen remedios de reconocimiento adicionales e independientes*<sup>59</sup>

Existe un esfuerzo que busca abordar el sentido bidimensional mencionado anteriormente, quizás poniendo mayor énfasis en el reconocimiento, el cual se refleja en las "100 Reglas de Brasilia". Estas reglas destacan claramente que la discriminación que enfrenta la mujer en ciertos ámbitos dificulta su acceso a la justicia, especialmente en situaciones de vulnerabilidad. Además, se conceptualizan las ideas de discriminación y violencia contra la mujer, que serán utilizadas en la siguiente sección para establecer estándares interpretativos.

A partir de lo expuesto, se evidencia que el concepto de género se introduce de manera significativa en el debate sobre la teoría de justicia. Por lo tanto, según Fraser, esta teoría no solo debería discutir abstractamente su contenido, es decir, el "qué", sino también dirigir la atención hacia los destinatarios, es decir, el "quién", y hacia los procedimientos, es decir, el "cómo". Esto implica adoptar una concepción política en forma de metateoría que oriente la distribución y el reconocimiento. Fraser denomina a esta teoría "justicia reflexiva", cuyas características principales son el principio de igual participación de todos los sujetos, logrado a través de una representación dialógica en instituciones globales. Esto implica trascender los límites territoriales del enfoque estatal propio de las concepciones tradicionales.

Dicha teoría está directamente relacionada con el derecho, ya que permite hacer valer el consenso alcanzado democráticamente por todas las partes interesadas. Dado que el derecho es fundamentalmente una práctica social dialógica, basada en la interacción entre sujetos y el lenguaje, la labor hermenéutica debe incluir necesariamente al colectivo

---

<sup>59</sup> FRASER, Nancy. "Fortunas del Feminismo. Del capitalismo gestionado por el Estado a la crisis neoliberal", trad. Cristina Piña Aldao, Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador, Quito, 2015, pp. 192-193.

estructuralmente desfavorecido, considerando el problema como una categoría bidimensional. En otras palabras, el "quién" y el "cómo" condicionan el "qué", que es propio de las teorías tradicionales que se centran principalmente en la distribución o el reconocimiento.

También destacan los autores, que esta inclusión se debe llevar a cabo dentro del paradigma de la transdisciplinariedad. Se sabe que las cuestiones relacionadas con el género pueden ser abordadas desde diferentes disciplinas que tienen al género como objeto de estudio, como la sociología, la antropología, la filosofía, la psicología, la historia o el derecho. Cada una de estas disciplinas tiene enfoques específicos de análisis que les son propios. Sin embargo, también es posible estudiar el género a través de la intersección entre el derecho y estas áreas de conocimiento.

Este enfoque es más enriquecedor, ya que considera la multiplicidad de matices inherentes a la problemática. La CIDH adopta este paradigma transdisciplinario. Por lo tanto, desde una perspectiva interpretativa-argumentativa del derecho, esta interacción dialógica entre el derecho y otras ciencias sociales favorece la comprensión de diversos aspectos que conforman el fenómeno complejo y multifacético del género.

En su análisis, la Corte IDH utiliza diversas reglas de interpretación de primer grado, como las reglas lingüísticas, sistemáticas, pragmáticas, teleológicas y valorativas, que son fácilmente identificables en cada estándar propuesto. Estos criterios hermenéuticos reconocen las características especiales y particulares de la realidad latinoamericana, las cuales pueden trasladarse, con sus propios matices, a nuestro contexto territorial. Este enfoque de unidad hermenéutica, que relaciona la interpretación jurídica con la historicidad, garantiza el respeto al principio de progresividad de los derechos humanos al permitir la incorporación de la teoría de género en la labor hermenéutica con una visión transdisciplinaria.

Además, esta metodología de recurrir a estándares del tribunal regional parece estar abriéndose camino en la jurisprudencia nacional también en otros fueros. Por ejemplo, en una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires del año 2015, en el caso "G., A. M. p/Insania y curatela", el Dr. Hitters destacó en su voto que la jurisprudencia de la Corte IDH es una herramienta de valor hermenéutico en la práctica de cuestiones relacionadas con la "equidad de género", reconociendo la construcción de estándares específicos y generales.

b. Análisis de una interpretación jurídica con perspectiva de género, a la luz de los fallos de la Corte IDH.

Ahora bien, la CIDH viene desarrollando vasta jurisprudencia en relación a la correcta aplicación de la perspectiva de género en la región; y del estudio de la misma pueden identificarse los estándares o enunciados interpretativos que utiliza la Corte a fin de dar cumplimiento con la obligación de interpretar con perspectiva de género.

Así, puede señalarse, en primer lugar, lo establecido por la CIDH en el caso “Castro Castro” ya referenciado, en el año 2006; del cual surge que el intérprete jurídico, al abordar casos que incluyan esta problemática, deberá tener en cuenta la *afectación agravada*; ya que se debe reconocer en un primerísimo análisis, que los actos de violencia afectan de manera diferente a las mujeres que a los varones y que algunos se encuentran dirigidos específicamente contra ellas debido a su condición de género.

En el caso "Campo Algodonero" (caso "González y otras vs. México"), la Corte IDH señaló que los estereotipos de género y las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres constituyen obstáculos para el pleno disfrute y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres; haciendo hincapié en que debe tenerse especial consideración en estos casos, la situación de *inferioridad arraigada*, que social y culturalmente acarrea este grupo vulnerable. Y puede extraerse de ello que el intérprete jurídico debe tener en cuenta la persistencia del patrón discriminatorio contra las mujeres basado en la consideración de su inferioridad, arraigado culturalmente en la sociedad; ya que si bien la intensidad de los prejuicios puede variar en diferentes sociedades o grupos dentro de estados pluriculturales, esto no debe disminuir la atención que se debe dar a este problema.

Como otro criterio orientador, la Corte, en el mismo precedente “Campo Algodonero” y en el caso “J. vs. Perú”, se ocupa de la *inversión de la carga de la prueba*. Del análisis que se hace en ambos casos, surge que el intérprete debe reconocer que en casos de violencia contra la mujer, se presume la veracidad de su testimonio y no recae sobre ella la carga de probar los hechos; y que esta inversión de la carga de la prueba es necesaria debido a las dificultades que enfrentan las mujeres para obtener pruebas suficientes y demostrar hechos de violencia.

Particularmente, en el segundo caso, ya en el año 2013, la Corte tuvo por acreditado que la víctima fue manoseada al momento de su detención por un agente estatal de sexo masculino, teniendo en cuenta particularmente sus dichos, sobre la base de los siguientes elementos probatorios, al señalar: “...las declaraciones de la señora J. rendidas ante las autoridades internas; la similitud de lo descrito por la señora J. y el contexto de violencia sexual verificado por la CVR en la época de los hechos; las dificultades probatorias propias de este tipo de hechos; la presunción de veracidad que debe otorgarse a este tipo de

denuncias, la cual puede ser desvirtuada a través de una serie de diligencias, investigaciones y garantías que no fueron otorgadas en el presente caso; el examen médico no contradice lo señalado por la señora J., y el Estado no ha iniciado una investigación sobre estos hechos”.

Así, la Corte concluyó que no es posible exigir rastros físicos en un examen médico, ni tampoco prueba indubitable en el sentido tradicional del derecho procesal, lo que otorga relevancia a la declaración de la propia víctima, que merece atención preferente. Estándar este perfectamente trasladable a otros tipos de violencias de género como ser las económicas, psicológicas, familiares o laborales.

Otro estándar interpretativo lo constituye dar entidad a que los *estereotipos de género* dominantes y persistentes contribuyen a la discriminación y generan un ambiente propicio para la violencia. Estos estereotipos pueden perpetuar la desigualdad de género y justificar la violencia o limitar el acceso de las mujeres a sus derechos.

La CIDH nuevamente en el precedente “Campo Algodonero” reconoció un patrón de conducta que evidencia la cultura de discriminación contra la mujer, asociado a la subordinación, que la somete a prácticas basadas en estereotipos de género. Estos estereotipos son dominantes y persistentes en la sociedad, y se reflejan también en el discurso de las autoridades, ya sea de manera implícita o explícita, lo que agrava aún más la situación de discriminación de las mujeres. Además, estos estereotipos crean un ambiente propicio para el desarrollo de la violencia de género. Es por esto que se sostiene que la "creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género contra las mujeres".

Este estándar se retoma en el fallo "Atala Riffo vs. Chile", aplicándose específicamente al ámbito de las relaciones intrafamiliares, y se considera un aporte importante a la doctrina de la discriminación por razones de orientación sexual. Se valora como discriminatorio la creación, reconocimiento y mantenimiento de estereotipos, así como la asignación de roles determinados basados en el género, como el rol "materno" impuesto a las mujeres. Este concepto se extiende incluso a las expectativas sociales que recaen sobre ellas, exigiéndoles renuncias personales que no se les exigen de la misma manera a los hombres (según el artículo 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Puede tomarse también, como otro estándar interpretativo, lo sostenido por la Corte en diferentes fallos cuando hace efectiva una la *protección reforzada para casos de vulnerabilidad agravada*.

Así, por ejemplo en el caso "Masacres Río Negro", se examinaron las repercusiones en las comunidades rurales desplazadas; y en los casos "Masacre de Mapiripán vs.

Colombia", "Matanzas de Ituango vs. Colombia" y "Masacres de El Mozote vs. El Salvador" se determinó que se trataba de mujeres víctimas, respecto de las cuales la vulnerabilidad específica resultaba agravada en razón de ser además, indígenas y desplazadas, y de cómo son percibidas en relación con su función reproductiva dentro de una comunidad indígena. En el caso "Masacre Plan de Sánchez", se destaca la afectación diferenciada por género, agravada por el hecho de que las víctimas son mujeres indígenas. La violencia sexual perpetrada por los atacantes resultó en la estigmatización de las mujeres indígenas en su entorno social, lo que tuvo un impacto directo en su autopercepción y, en consecuencia, en su dignidad.

Asimismo, en el caso "I.V. vs. Bolivia", la Corte abordó la discriminación que experimenta una mujer debido a su género, así como por su condición de pobreza, migrante y refugiada; y detacó que los estereotipos de género, incluyendo desigualdades históricas y culturales que permiten a los hombres tomar decisiones sobre los cuerpos de las mujeres, han afectado la libertad y autonomía de la señora I.V. en asuntos sexuales y reproductivos. En este caso, se llevó a cabo una esterilización sin su consentimiento, ya que el médico consideró que estaba en mejor posición para decidir lo que era mejor para ella. Esta acción violó su autonomía y libertad reproductiva; y la Corte consideró que la actuación del médico constituye un acto de violencia, de acuerdo con la Convención Belém do Pará.

Por último, en el caso "Fernández Ortega", se introdujo el concepto de "tortura", ya que se cumplían sus elementos característicos, como la intencionalidad, el daño físico o psicológico y la finalidad de castigo o descrédito. En este contexto, se sostiene que la violación puede constituir tortura, incluso si es un único incidente o si ocurre en el domicilio de la víctima. Un caso similar es el de Valentina Rosendo Cantú, una mujer indígena y además menor de edad.

Del análisis de todos estos precedentes, se puede extraer que a quien le corresponda analizar el caso concreto deberá tener en cuenta que la condición de vulnerabilidad se agrava cuando una mujer pertenece a grupos estructuralmente desventajosos, como personas migrantes, refugiadas, desplazadas, indígenas o menores de edad. Esto en virtud de que tales grupos enfrentan obstáculos adicionales en el ejercicio de sus derechos y, por lo tanto, requieren una protección reforzada.

En otros precedentes, la Corte se ocupa de la importancia de *visibilizar* las situaciones de violencia de género, evitando caer en las trampas que proponen los comportamientos y situaciones que tienden a invisibilizar la violencia contra la mujer, tanto en el ámbito privado

como en el público. Esto implica la necesidad de identificar y abordar la violencia de género en todas sus formas, incluso cuando, como ocurre en muchos casos, logra ser invisibilizada.

Tal situación puede verse por ejemplo en el caso "Veliz Franco" que aborda el trágico asesinato de María Isabel Veliz Franco, una joven de tan solo 15 años. Allí, la Corte tuvo en cuenta lo preocupante que resultaba que, a pesar de la denuncia de su desaparición, no se evidenciaron registros de investigaciones por parte de las autoridades para dar con su paradero. En el veredicto emitido toma en cuenta las circunstancias históricas, sociales y políticas en las que tuvieron lugar los sucesos denunciados; y resalta que tanto la información contextual como los elementos factuales presentados en el caso contribuyeron a determinar el nivel de responsabilidad exigible al Estado, en relación con la evaluación del verdadero riesgo al que se encontraba expuesta la joven y, en consecuencia, cuál era su deber de actuación.

En esta línea, se examinó la situación social de Guatemala en relación con los homicidios por motivos de género, así como otros actos violentos dirigidos contra las mujeres y la preocupante impunidad que prevalece en las investigaciones. Además, se cuestionó la invisibilidad de la violencia contra la mujer, situación que se confirma por la falta de estadísticas oficiales que aborden específicamente los delitos motivados por cuestiones de género.

Tomando en cuenta lo dicho por la Corte en el mismo precedente, surge también el lineamiento al intérprete del deber de garantizar un *plus de protección cuando la víctima es además de mujer, niña o adolescente*. Las niñas y adolescentes son especialmente vulnerables a la violencia de género y ello requiere de una protección adicional en casos de violencia contra ellas, teniendo en cuenta su edad y su condición de desarrollo físico, mental y emocional.

Por otra parte, la Corte también ha hecho consideraciones respecto al derecho de las víctimas a un trato respetuoso y *evitar toda forma de revictimización*.

Así, señaló que se debe prestar especial atención a las circunstancias que podrían provocar una revictimización de la mujer; y en el caso de menores de edad, esta consideración debe conciliarse con su derecho a ser escuchadas, su autonomía progresiva y la posibilidad de ser representadas por un abogado especializado en temas de infancia y adolescencia, asistencia que debe ser gratuita y responsabilidad del Estado.

En el caso "Favela Nova Brasilia", al analizar las incursiones policiales realizadas en la ciudad de Río de Janeiro en 1994 y 1995 donde se produjo el homicidio de 26 hombres y se cometieron actos de violencia sexual contra tres mujeres, ratifica el criterio de que el

impacto de dichos actos varía según los factores internos y externos, así como las características particulares de cada persona -duración del maltrato, edad, sexo, salud, contexto y situación de vulnerabilidad-.

Allí, la Corte describe las conductas esperables en una investigación estatal en delitos de violencia sexual, que no solo contiene una visión con perspectiva de género, sino que, además, exige la actuación y *formación de funcionarios* capacitados en esa área de conocimiento. Y estableció que el contenido de esta obligación estatal de evitar la revictimización se debe llevar adelante de la siguiente manera: "En una investigación penal por violencia sexual, es necesario: i) que el testimonio de la víctima se tome en un ambiente seguro y cómodo que le brinde privacidad y confianza; ii) que se registre el testimonio de la víctima de manera que se evite o reduzca la necesidad de repetición; iii) brindar atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto en situaciones de emergencia como de manera continua si es necesario, a través de un protocolo de atención que busque reducir las consecuencias de la agresión; iv) realizar de inmediato un examen médico y psicológico completo y detallado a cargo de personal calificado y capacitado, preferiblemente del mismo sexo que la víctima, y ofrecerle la posibilidad de estar acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) documentar y coordinar las actividades de investigación y manejar adecuadamente las pruebas, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del delito, asegurando la preservación de evidencias como la ropa de la víctima, investigando el lugar de los hechos de manera inmediata y garantizando una cadena de custodia adecuada; vi) brindar acceso a asistencia legal gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso; y vii) proporcionar atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto en situaciones de emergencia como de manera continua si es necesario, a través de un protocolo de atención que busque reducir las consecuencias de la violación. Además, en casos de presuntos actos de violencia contra la mujer, la investigación penal debe incluir una perspectiva de género y ser llevada a cabo por funcionarios capacitados en casos similares y en la atención a víctimas de discriminación y violencia por razones de género".<sup>60</sup>

Luego, en el caso "V.R.P., V.P.C.", específicamente establece que este deber de no revictimización está reforzado en caso de menores de edad. En este último precedente la Corte estableció que tratándose de actos de violencia sexual cometidos contra una niña, los Estados deben adoptar, en el marco del acatamiento del art. 19 de la CADH, "medidas

---

<sup>60</sup> Corte IDH, caso "Favela Nova Brasilia", 2017, párr. 254.

particularizadas y especiales en casos donde la víctima es una niña, niño o adolescente, sobre todo ante la ocurrencia de un acto de violencia sexual y, más aún, en casos de violación sexual”. Esto se debe a la mayor vulnerabilidad de los menores; y en el caso de las niñas, su vulnerabilidad ante violaciones de derechos humanos se ve agravada por factores de discriminación histórica que han contribuido a que sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en el ámbito familiar.

Destacan allí también que es crucial que el examen médico sea realizado por un profesional con conocimiento y experiencia en casos de violencia sexual contra niñas, que busque minimizar el trauma adicional y evitar la revictimización. Recomienda también que la víctima, o su representante legal, pueda elegir el sexo del profesional y que el examen sea realizado por un especialista en ginecología infanto-juvenil, con formación específica en exámenes médico-legales en casos de abuso y violencia sexual.

Además, se establece como requisito el consentimiento informado de la víctima, o de su representante legal, teniendo en cuenta su grado de madurez y su derecho a ser escuchada. Que la revisión se lleve a cabo en un lugar adecuado y sea respetado su derecho a la intimidad y privacidad, permitiendo la presencia de un acompañante de confianza.

Así, la Corte se ocupa de destacar que deberá ponerse énfasis en evitar la revictimización, que ocurre, por ejemplo, cuando los niños y niñas son sometidos a múltiples evaluaciones físicas o a declaraciones repetitivas.

Por último, también destaca la Corte la importancia de *respetar la identidad de género y de generar cambios estructurales*. Este enfoque se deriva del caso "Azul Rojas Marín", donde enfatiza que las personas LGBTI son víctimas de discriminación estructural, estigmatización y diversas formas de violencia, que tienen un significado simbólico. Además, se reconoce que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son categorías protegidas por la Convención.

En el caso de la señora Rojas Marín, la Corte considera que la detención y el control de identidad a los que fue sometida constituyen un trato discriminatorio basado en su orientación sexual o su expresión de género no normativa, sin que exista un motivo justificado. Por lo tanto, se aplica a este caso los estándares específicos de investigación que se utilizan cuando las víctimas de violencia son mujeres.

He realizado este breve análisis de los precedentes de la CIDH con el objetivo de exponer cómo se han ido marcando los lineamientos de una correcta aplicación de la perspectiva de género, que en los casos señalados ha comprometido la responsabilidad de los Estados miembros. Para así poder hacer un análisis de casos penales del foro local a efectos

de determinar si se realiza o no una aplicación adecuada a los lineamientos impuestos por las convenciones internacionales, y los estándares que marcan los precedentes de la CIDH.

## **2. Las sentencias penales y la falta de una correcta aplicación de la perspectiva de género.**

### **a. Análisis de casos donde se evidencia la falta de perspectiva de género. Errores argumentales**

El objetivo de este trabajo consistió en determinar si efectivamente la aplicación de la perspectiva de género se aplica debidamente según disponen las convenciones analizadas en los casos del foro local, o sí por el contrario, solemos encontrarnos con aplicaciones erradas o insuficientes y por tanto contrarias a la normativa nacional e internacional, a los lineamientos de la CIDH y en definitiva a los derechos humanos de las mujeres.

Para determinar ello, me base en tres casos del foro local que me resultaron paradigmáticos, cada uno por su particularidad, donde, adelanto desde ya, pueden evidenciarse las faltas de aplicación en el caso concreto de los parámetros que se vienen analizando en algunas de las instancias, y también cómo en los mismos casos otros Tribunales -no necesariamente de instancias ulteriores- lograron realizar una correcta aplicación de la perspectiva de género utilizando las herramientas que proporcionan las teorías de la argumentación.

En el primero de ellos, “Fernández”, se analiza la falta de perspectiva de género aplicada en las medidas probatorias en relación a la revictimización de una menor víctima de un hecho de abuso sexual. En el segundo, “Orlandi”, se aborda la violencia de género desde la faz económica; y en el tercero, “Giménez” la falta de perspectiva para determinar el consentimiento y la voluntad de la víctima.

#### *i.- Fallo “F., N.S. -Su denuncia- S/Recurso de Casación” - CCPER*

En este precedente, la cámara de casación penal de la provincia de Entre Ríos entendió en el recurso interpuesto en tal sentido contra una resolución del tribunal de juicios y apelaciones unipersonal de la ciudad de Concordia que resolvió no hacer lugar a los recursos de apelación interpuestos por el ministerio público fiscal y el ministerio pupilar y, en consecuencia confirmó lo resuelto en la audiencia realizada por el juez de garantías que estableció la posibilidad de la presencia del imputado o sospechado en una sala contigua, durante el desarrollo de la declaración testimonial de la menor víctima a través del dispositivo de cámara gesell.

En este sentido comenzaré por señalar la postura de los apelantes quienes entendieron que la resolución era arbitraria y en sus agravios argumentaron que si se realizaba la Cámara Gesell en esas condiciones -con la presencia del imputado en la sala contigua-, se desconocerían diversos derechos y garantías de la víctima menor, en su mayoría reconocidos por la Convención Sobre los Derechos del Niño y la Convención de Belém do Pará.

Sostuvieron que el hecho de que el imputado o sospechado estuviera observando a la víctima en la sala contigua, resultaba sin lugar a dudas un obstáculo infranqueable para que la niña ejerza su derecho a ser oída y expresarse libremente; y explicaron que esto es así porque en los abusos sexuales existe una relación de poder, de sometimiento, en donde la menor es amenazada, coaccionada para que no cuente lo sucedido.

Consideraron que el juez, al resolver en contrario a sus pretensiones, también dejó de lado el principio de favor minoris que deriva del principio pro homine, que fija un criterio en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos al ejercicio de las niñas, niños y adolescentes sometidos a un proceso penal, máxime cuando son víctimas de abusos sexuales. Por último concluyeron que el derecho de defensa del imputado no es absoluto y que, además, se encuentra plenamente garantizado por su abogado defensor -quien sí estaría presente en la cámara gesell- y que con su proactividad puede y debe consultar a su defendido y hacerle al profesional encargado de la entrevista las preguntas y sugerencias que considere conforme su estrategia.

Por su parte, el magistrado que dictó la resolución puesta en crisis fundó su decisión en que no existe en la legislación local una prohibición, ni una autorización expresa para que el imputado asista a la cámara gesell, y es por ello que, con base en el art. 1 del Código Procesal Penal de la Provincia de Entre Ríos, dicha cuestión debe interpretarse a favor del imputado y que la única manera posible de respetar esas garantías es que concurra a la cámara gesell y le haga saber al psicólogo las inquietudes y preguntas que surjan a las partes en el transcurso del acto.

Al momento de decidir sobre el recurso impetrado, la cámara de casación de la provincia hizo lugar al recurso interpuesto por el ministerio fiscal y pupilar, por entender que realizar la cámara gesell con la presencia del imputado en la sala contigua implicaría el desconocimiento de los derechos de la víctima menor de edad reconocidos por la Convención Sobre los Derechos del Niño y otras disposiciones de rango constitucional.

En este sentido el tribunal de casación realizó una interpretación acertada de la normativa, entendiendo el derecho como un sistema abierto, poroso, con confluencia de

normas -no limitándose a lo prescripto en las leyes procesales sino haciendo hincapié en la normativa internacional que es parte también de nuestro derecho interno en virtud de lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la C.N.-, y dando preponderancia al derecho a la integridad sexual de todas las personas (y en este caso particular aún más por tratarse la víctima mujer de una menor de edad a la que la ley protege de manera privilegiada en atención a su disparidad biológica y madurativa en cuanto a los mayores) por sobre las normativas procesales.

En sus argumentos para llegar a tal decisión y realizando una detallada aplicación de los estándares en perspectiva de género, dijo que la victimización sexual configura una afectación significativa de los derechos humanos al punto de merecer una consideración particular en las convenciones, tratados y documentos que no se agota en la Convención de los Derechos del Niño, sino que también han sido receptadas a nivel de documentos internacionales relacionados con víctimas en general; y en particular en el caso de víctimas mujeres. De esta manera, el tribunal de casación reconoció como operativos los derechos humanos previstos en las convenciones, interpretación acorde al Estado de derecho constitucional, buscando lograr su eficacia.

Se refirió también, ampliando e incorporando fuentes del derecho, a la Resolución 20/34, por la cual la Asamblea General de Naciones Unidas -29 de noviembre de 1985- aprobó el documento sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y Abuso de Poder, y en la misma línea el documento 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad, proveniente de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que en las reglas número 5 y 11, incluye como beneficiarios a los niños y niñas víctimas de delitos sexuales.

Señalaron que la legislación procesal vigente es una manifestación de esta perspectiva humanitaria y -en sintonía con la normas y recomendaciones internacionales- exige a las autoridades intervinientes en el proceso penal, que garanticen a quienes aparezcan como víctimas, una serie de derechos entre los que se cuentan, el de ser oídos, recibir un trato digno y respetuoso, una consideración especial para los menores de edad y las mujeres y la salvaguarda de la intimidad en la medida compatible con las normativas procesales.

Es de destacar que el tribunal, en sus fundamentos aplica una noción de sistema jurídico como dinámico y abierto y confrontado con la realidad, propia del Estado constitucional de derecho. Y que el tratamiento de los casos parte de la verdad de lo acontecido, entendiendo a la verdad como condición de la justicia. Así puede observarse por ejemplo cuando los magistrados, en un ejercicio de ponderación, tuvieron especialmente en

cuenta que la víctima -al igual que el imputado- está también amparada por derechos de caladura constitucional; pero que en supuestos como éste la víctima está sobreprotegida por el ordenamiento jurídico porque a los cuidados propios de tal condición se le deben agregar recaudos especiales por ser víctima de un delito de contenido sexual, ser mujer y menor de edad.

Así, el tribunal de casación tuvo que analizar el alcance que correspondía otorgar al derecho del imputado a controlar de modo útil la prueba (art. 14 párrafo 2 inciso "e" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 párrafo 2 inc. "F" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), frente a los derechos de una víctima en condición de vulnerabilidad; y para ello realizó un trabajo argumentativo y explicó que si bien desde un punto de vista meramente formal, la aparente colisión de derechos ya estaba resuelta legislativamente mediante el art. 3 de la CDN, que se erige como una pauta básica de interpretación en el sistema jurídico de la niñez y conforme al cual cuando se constate un conflicto entre los derechos e intereses de los niños y otros derechos e intereses igualmente legítimos correspondientes a personas mayores de edad, es obligatorio que los jueces hagan prevalecer a los primeros; correspondía realizar un análisis de ponderación en el caso concreto.

Recalaron que los niños y las niñas siempre deben estar informados acerca de la finalidad de acto y de la presencia de las persona que van a estar presentes en el dispositivo de la cámara gesell, porque sólo de este modo se respeta -como lo exige la manda constitucional- su dignidad e intimidad; haciendo con esto una interpretación de la Constitución dirigida a los jueces y a la población y no sólo al legislador, es decir aplicando un control de constitucionalidad difuso, como el que corresponde aplicar.

También remarcó que si bien se trata del análisis de una hipótesis delictiva y que el imputado conserva y goza del estado de inocencia, correspondía también tener en cuenta que, en general, las situaciones de abuso se enmarcan en una relación de asimetría y que, cuando los abusos se perpetran en una situación de convivencia o incesto generan en los niños un verdadero estado de confusión porque quien lo debe cuidar lo daña, y si pide ayuda y no guarda 'el secreto' puede quedar desamparado o ver concretada la amenaza de volver a ser dañado o ver sufrir un daño en algún ser querido.

Aquí se observa la difícil labor argumentativa realizada, donde sopesando dos derechos fundamentales -el derecho del imputado a participar y ejercer su defensa material y el de la víctima a ser oída libremente-, el Tribunal aplica como fin del derecho la necesidad de alcanzar la justicia, más allá de lo que fácilmente podría haberse resuelto en relación al

alegado como vulnerado derecho de defensa del imputado; que por lo demás era la costumbre que se venía realizando. Pero realiza el esfuerzo, y así lo expresa, de ponerse en el lugar de la víctima, vulnerada en su integridad sexual y con las capacidades propias de su edad evolutiva -es decir limitadas en comparación con un adulto-, que es observada por detrás de un vidrio mientras declara, sabiendo que su agresor se encuentra del otro lado con todo lo que esto puede conllevar para que la misma se manifieste con la verdad, se pueda expresar libremente, pueda decir lo que lo ocurrió y la entrevista sea efectiva a fin de evitar mayores revictimizaciones secundarias.

Hace también exhortaciones a velar para que en toda intervención judicial se respete la dignidad de la persona en condición de vulnerabilidad, otorgándose un trato específico adecuado a las circunstancias propias de su situación y a proveer las condiciones destinadas a garantizar que aquella sea debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad en pos de evitar una nueva victimización. En todo este razonamiento puede advertirse el trabajo del jurista en cuanto a la argumentación, el diálogo racional como matriz del derecho y la aplicación de principios (y no sólo de normas) por parte del Poder Judicial.

Asimismo la aplicación de principios (y no sólo la aplicación de la ley) por parte del Tribunal se refuerza cuando menciona que más allá de que la CDN, siempre obligue a tomar partido por el interés del niño y en consecuencia impedir la presencia del imputado en la cámara gesell tal como lo solicitó el ministerio público pupilar y el fiscal, existen verdaderas razones humanitarias -evitar exponer al niño a un plus de sufrimiento- por las cuales el imputado no puede estar presente en estos actos.

A la vez, hacen referencia a la visión del sistema jurídico abierto y poroso ya que si se atiende a las disposiciones procesales locales no es posible interpretar los dichos de un niño en cámara gesell exclusivamente con los parámetros que se utilizan para valorar la declaración testimonial de una persona mayor de edad y fuera de este dispositivo; aplicando aquí también conceptos propios de una enseñanza del derecho que incluye la filosofía del derecho.

Por último se refirió al alcance que corresponde otorgar al derecho del imputado a controlar de modo útil la prueba (art. 14 párrafo 2 inciso "e" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 párrafo 2 inc. "F" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) cuando, como ocurre en el presente caso, se verifica un conflicto entre sus derechos y los derechos de una víctima en condición de vulnerabilidad. Y señaló: *"...Todos tenemos por cierto que el principal límite del goce de los derechos humanos lo constituyen los derechos de los demás. Por ello el Derecho Internacional permite que el*

*Estado los restrinja a fin de armonizarlos, porque en definitiva de lo que se trata es que todos los derechos de todas las personas puedan coexistir. Entonces, si bien es cierto que los jueces debemos inclinarnos por aquélla solución que mejor proteja los derechos de los niños, ello no implica que podamos eludir el deber, que también tenemos asignado, de asegurar en la mayor amplitud posible los derechos del imputado.”*

Para arribar a esta conclusión siguió los lineamientos de la Corte Suprema en un encomiable fallo armonizó la relación entre el derecho de defensa y el interés superior del niño, en un marco de respeto al sentido de juicio justo de los derechos humanos, trazando el rumbo a seguir en supuesto como el que nos ocupa.

Siguiendo los lineamientos señalados por el máximo tribunal, entendieron que las pericias e informes psicológicos que acompañan el relato del menor recepcionado en el dispositivo de la cámara gesell, compensa satisfactoriamente la ausencia del imputado en el recinto contiguo y configuran una garantía a su favor, habida cuenta que estas pruebas técnicas en algunos casos respaldarán el testimonio de la víctima pero en otros casos servirán para invalidarlos, tal como ocurriría si concluyeran que los dichos son falaces, provienen de una personalidad fabuladora, o que quien los dice padece alguna enfermedad.

Por último, concluye que el derecho de la defensa a controlar la prueba no equivale - ni así surge de la literalidad de los textos internacionales- al derecho del imputado a asistir a todos los actos de prueba; no ateniéndose a la literalidad de la letra de la ley sino reconociendo las complejidades del lenguaje.

Lo que me interesó destacar de este caso, fueron los distintos criterios aplicados por los magistrados de primera instancia, y por los jueces de casación, que obedecen, claramente, a distintos conceptos de lo que cada uno entiende por fuente del derecho y que por ende como lo aplican para resolverlo. Resulta claro identificar en el fallo lo que el profesor Vigo, en su libro “Fuentes del Derecho. Dos visiones”, considera en relación al concepto de fuente del derecho vinculada a las respuestas jurídicas disponibles para el trabajo del jurista en relación con los casos jurídicos sobre los cuales debe asesorar, abogar, enseñar o decidir.

El profesor Vigo se refiere a dos teorías centrales sobre las fuentes del derecho, dos teorías paradigmáticas: por un lado aquella configurada teóricamente en sus inicios por Savigny, pero completada y perfeccionada por Kelsen, y funcional al Estado de Derecho Legal; y otra que tiene antecedentes muy remotos, pero que en la actualidad cuenta con el respaldo de autores neoconstitucionalistas no positivistas, y que resulta idónea para comprender y operar el derecho de nuestro Estado de Derecho Constitucional. Esto es, un modelo de fuente del derecho normativista, iusprivatista, formalista, estatista, sistematicista,

generalista o universalista, interpretativista, juricista, aséptica axiológicamente, de racionalidad teórica o voluntarista, científicista; escriturista y positivista -el cual puede observarse claramente en el razonamiento del magistrado de apelación como expondré a continuación-; Y otra, principialista, iusconstitucionalista, sustancialista, casuística o jurisdiccionalista, social, particularista o individualizada, argumentativista, no juricista, axiologista, de racionalidad práctica, gnoseológicamente integral, no escriturista y no positivista - que es, como ya se adelantó, la que entiendo fue seguida por el tribunal de casación-.

Llevando lo estudiado al caso concreto en análisis, puede observarse que el magistrado que intervino en la apelación, adepto al primer modelo nombrado, fundó su decisión en el hecho de que no existe en la legislación local una prohibición, ni una autorización expresa para que el imputado asista a la cámara gesell, y es por ello que, con basamento en el art. 1 del Código Procesal Penal, entendió que la cuestión debía interpretarse a favor de aquél y que la única manera posible de respetar esas garantías que le asisten como imputado era que concurriera a dicha medida y le hiciera saber al psicólogo las inquietudes y preguntas que le surgieran en el transcurso del acto.

En este análisis el magistrado utiliza un concepto de fuente del derecho “normativista” propio del Estado de derecho legal, acudiendo, únicamente a la ley escrita en la norma procesal, interpretando que en virtud de lo previsto en el artículo primero del código de rito, toda duda debe interpretarse a favor del imputado y por ende corresponde que el mismo asista a la producción de la mencionada prueba. Pero en otro orden de análisis, como se dijo anteriormente, el tribunal de casación consideró que realizar la cámara gesell con la presencia del imputado en la sala contigua implicaría el desconocimiento de los derechos de la víctima menor de edad reconocidos por la Convención Sobre los Derechos del Niño y otras disposiciones de rango constitucional; ya que la victimización sexual configura una afectación significativa de los derechos humanos al punto de merecer una consideración particular en las convenciones, tratados y documentos que no se agota en la Convención de los Derechos del Niño, sino que también han sido receptadas a nivel de documentos internacionales relacionados con víctimas en general, como la Convención Belém do Pará, la CEDAW y las 100 Reglas de Brasilia.

Y en este sentido fue que, el tribunal de casación basó su análisis en la importancia de tratar el tema traído a resolver bajo una perspectiva de derechos humanos. Aclaró que ése sería el marco interpretativo que utilizará para resolver el caso -concretamente en relación a la modalidad de recepción del relato de niños víctimas de delitos sexuales en el proceso penal

y si ante la falta de regulación legal expresa en el Código Procesal el imputado puede o no puede presenciar una Cámara Gesell, teniendo especialmente en cuenta que la víctima -al igual que el imputado- está también amparada por derechos de caladura constitucional. Tuvo en especial consideración, que en casos como el presente la víctima se encuentra sobreprotegida por el ordenamiento jurídico porque a los cuidados propios de tal condición se le deben agregar recaudos especiales por ser víctima de un delito de contenido sexual, menor de edad y mujer. De esta manera, recurre, a lo largo de toda su fundamentación, al segundo modelo de fuentes del derecho expuesto ut supra.

Particularmente, y al margen de basarse en tratados internacionales que tienen recepción constitucional en nuestro país, el tribunal funda su decisión en razones superiores lo cual puede observarse cuando dice: *“El precedente análisis nos conduce a afirmar que más allá de que la CDN, siempre nos obligue a tomar partido por el interés del niño y en consecuencia impedir la presencia del imputado en la Cámara Gesell tal como lo solicitó el Ministerio Público Pupilar y el Fiscal, existen verdaderas razones humanitarias -evitar exponer al niño a un plus de sufrimiento- por las cuales el imputado no puede estar presente en estos actos”*.

En ese sentido, puede advertirse también como en el razonamiento del magistrado de apelación se refiere a la validez de la norma como fuerza vinculante en el caso de la ley procesal escrita, sin referirse siquiera a la vinculación que podrían generar según su análisis los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino. Por otra parte, el tribunal de casación, consecuente con su concepto de fuente, sostienen una postura amplia al respecto, entendiendo la validez de los mencionados compromisos asumidos, los cuales aplica operativamente con prelación por sobre la manda procesal.

Este tipo de razonamientos, que adhieren a teorías de la argumentación neoconstitucionalistas, expresado en concreto en el caso en el respeto irrestricto que imponen los derechos fundamentales como una fuente de preocupación para su satisfacción; es el que demuestra el compromiso de los juristas y el conocimiento jurídico con una dimensión valorativa y directa de la realidad, y con una debida aplicación de los estándares interpretativo para casos de violencia de género.

*ii. Fallo “Orlandi, Ricardo Omar S/ Infracción a la Ley N° 13.944 (Incumplimiento de deberes asistencia familiar) S/ Recurso de Casación” - CCPER.*

En este segundo caso, se ilustra la problemática del efectivo acceso a la justicia de las víctimas de violencia género como víctimas especialmente vulnerables, a raíz de la falta de

una correcta aplicación de la perspectiva de género. En el mismo se observan las múltiples dificultades con las que nos encontramos en la práctica cotidiana para hacer efectivos los derechos tan vastamente tutelados por toda la normativa descripta.

El fallo escogido es un claro ejemplo de cómo - pese a contar con toda la normativa que reconoce, habilita y ordena un acceso a la justicia a las víctimas de violencia de género- en la práctica ello muchas veces no ocurre de manera apropiada; y cómo problemáticas que estamos acostumbrados a que se tachen de “menores” o “menos graves” pueden afectar enormemente la calidad de vida de una mujer, y no tener una respuesta adecuada y oportuna del sistema judicial.

El fallo en cuestión aborda la violencia de género contra la mujer desde la faz económica-patrimonial dentro de la relación de (ex) pareja, ya que se trata particularmente del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Versa sobre aspectos particulares de la violencia de género que suelen ser menos visibles -en este caso la violencia económica ejercida por una ex pareja de la mujer hacia ella y su hija menor de edad, al no pasarle la manutención acordada-, y visibiliza la problemática del real y efectivo acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia de género.

En el mismo se evidencian las concretas dificultades que en la práctica tienen las mujeres para acceder al sistema de justicia y los obstáculos con los que se encuentran para denunciar y continuar el proceso: en la persona -la interseccionalidad de la discriminación-, en las políticas públicas, y en la respuesta judicial.

#### *ii.1. Conflictiva del género subyacente en el caso.*

A fin de realizar una exposición ordenada, efectuaré primeramente una reseña sobre en qué consistió la problemática de la víctima de género y cómo la víctima tuvo que acudir a diferentes fueros hasta terminar en el penal para obtener una respuesta que restituyera sus derechos humanos vulnerados por la conducta de su ex pareja, contra ella y contra su hija.

Particularmente en el caso al imputado se le atribuyó haber incumplido sus deberes de asistencia familiar, respecto de su hija menor, desde el mes de agosto de 2011, fecha en que comenzó a incumplir el convenio alimentario celebrado con la denunciante en el mes de octubre de 2010, mediante el cual se había comprometido a abonar en concepto de cuota alimentaria para su hija la suma de pesos doscientos como así también a realizar aportes materiales o en especie vinculados a vestimenta, calzado, alimentos o juguetes para la menor.

He de destacar aquí, y ya primeramente, que la problemática de la víctima ha comenzado ya antes de la fecha citada -octubre del año 2010-, fecha en la cual, recién, pudo lograr realizar un convenio alimentario con su ex pareja. Es decir que podemos asumir que

dicha problemática -si incluimos el periodo previo a la judicialización del conflicto, del cual no tenemos fechas precisas-, data de más de diez años y comenzó antes de que su pequeña hija tuviera tres años de edad.

En este contexto, y luego de un largo derrotero por los distintos fueros de los estrados de tribunales, la víctima efectuó una denuncia penal contra su ex pareja y padre de su hija, porque ésta incumplió -una y otra vez- su obligación de abonar la cuota alimentaria que le había impuesto un juez de familia.

El imputado fue encontrado autor material y responsable del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar y condenado a una pena de ejecución condicional. Pese a ello, no cumplió con el pago que en concepto de regla de conducta -y no de cuota alimentaria también vigente en el fuero de familia- se le había impuesto; y el caso llega al tribunal de casación, en virtud del recurso interpuesto tanto por la fiscalía como por la defensa contra la resolución del juez de grado que no hacía lugar a la morigeración de las normas de conducta impuestas solicitada por la defensa, como tampoco a la revocación de la condicionalidad solicitada por la fiscalía.

Ya en esa instancia, al analizarse tanto la resolución del juez como todas las constancias de la causa, se tuvo en cuenta que Orlandi fue denunciado en el año 2012, después de una mediación fracasada; que en un primer momento se le otorgó la suspensión del juicio a prueba, pero no cumplió con las tareas allí establecidas; luego se le otorgó una prórroga por un año, tiempo durante el cual tampoco cumplió; que se llegó a un acuerdo para la realización de juicio abreviado con esta sola regla de conducta -el pago de la cuota alimentaria-, que tampoco cumplió, y que por ello se tuvo por no cumplido el tiempo transcurrido; y que un año después, luego de ser nuevamente intimado, ante la inminencia del encarcelamiento, depositó las cuotas que debía.

El tribunal de casación remarcó como en este caso concreto resultaba palmaria la persistencia del condenado en no hacerse cargo de sus deberes, y despreciar las salidas alternativas que tuvo a su disposición, ignorar las soluciones que se le ofrecieron desde la perspectiva de la justicia restaurativa, y finalmente descuidar su propia libertad.

Por otra parte, también se hizo especial mención a la actuación del Ministerio Público Pupilar en estas actuaciones, la cual se entendió no resultaba vinculante porque había desatendido las particularidades del caso, ya que dictaminó en las actuaciones penales como si la suma de dinero impuesta en la sentencia tuviese carácter alimentario, en lugar de tratarse de regla de conducta del art. 27 y 27 bis del Código Penal.

El fallo remarca que el representante del ministerio público pupilar, hubiera debido expedirse y velar por la garantía de acceso a la justicia de la niña en las actuaciones que interviene, cómo asimismo sobre si las soluciones alcanzadas en los medios alternativos a la pena o al juicio implican para los niños y niñas víctimas algún tipo de reparación; para garantizar así el plus de protección que debe brindar el Estado Argentino a los niños y niñas en todos los procesos, administrativos y judiciales en los que sean parte, lo que tampoco se hizo.

#### *ii.2. Aplicación de la normativa de género al caso concreto.*

El tribunal de casación si bien confirmó la resolución del juez de grado que no hacía lugar a la morigeración de las normas de conducta impuestas solicitada por la defensa, como tampoco a la revocación de la condicionalidad solicitada por la fiscalía; lo hizo a la luz de la normativa de género que correspondía aplicar al caso.

Así, consideró que los compromisos que nuestro país asumió al suscribir tratados internacionales y sancionar normas internas para prevenir sancionar y erradicar las violencias que sufren las mujeres y las personas menores de edad, el bien jurídico protegido por la ley 13.994 -de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar- cobra una relevancia superlativa que no se ve reflejada en los montos de pena allí previstos, ni en el tratamiento que se le viene dando en la práctica tribunalicia.

Analizó que se trata de una ley dictada en el año 1950, bajo un paradigma totalmente ajeno a la perspectiva de género y de infancia, y que ha tenido mínimas reformas, que nada tienen que ver con la nueva cultura jurídica que impone tener en cuenta todo un bloque normativo de rango convencional a la hora de tomar una decisión que tenga por objeto un hecho de violencia contra la infancia y contra las mujeres.

Destacó que, en este caso concreto se trata de violencia económica contra dos mujeres, que tiene por víctima a una niña y a una madre, cuya libertad de decisión en cuanto a su propio plan de vida viene siendo afectada desde hace muchísimos años por la conducta del condenado. En efecto, desde hace años la denunciante debe afrontar sola la responsabilidad de garantizar la subsistencia de su hija, pese a que tal obligación recae en ambos progenitores, y ello implica un grave detrimento a su libertad y también a su capacidad económica que viene siendo altamente restringida, al encontrarse obligada a la doble exigencia de cumplir con sus propios deberes y suplir los del incumplidor.

Se tuvo en cuenta además que según el artículo 658 del C.C.y C. la responsabilidad parental es amplia y comprende además de la satisfacción de las necesidades elementales de los hijos, todo lo necesario para su pleno desarrollo como persona, es decir que comprende

todo lo referido a la educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos de enfermedad. De allí, que si bien, es deber de los progenitores, que son los titulares de la responsabilidad parental, garantizar a sus hijos el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; también es responsabilidad del Estado, al encontrarse en juego derechos humanos, el actuar con la debida diligencia y adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de los alimentos a cargo de los padres, porque para garantizar el derecho de los niños y niñas a una vida digna y al pleno desarrollo de sus capacidades se les debe asegurar los recursos básicos y necesarios para ello.

En consecuencia, destacó y remarcó el fallo que cuando esta finalidad no se logra, surge la obligación estatal de perseguir, investigar y castigar los delitos que se cometan contra las mujeres y los niños.

En este sentido recalco las conclusiones a las que arribó el tribunal de casación, cuando luego de evaluar el largo devenir de la causa refiere: *“Desde esta perspectiva me pregunto ¿por qué tanta contemplación para quienes cometen delitos tan graves como este? ¿Acaso desconocemos lo importante que es para cualquier persona: comer, vestirse, tener una casa, servicios básicos, medicamentos? ¿No nos resulta insoportable que cuando los padres se sustraen de sus obligaciones, las mujeres deban cubrirlos poniendo a cambio el cien por ciento de su tiempo, de sus ingresos, de sus vidas? Y qué decir de que les toque a ellas acreditar los gastos en los que incurren durante la crianza (como si no fuera una obviedad que a los niños les crece el pie y cada tanto necesitan zapatillas, o que deben comprar útiles para el colegio) y además, demostrar los incumplimientos, y reclamar y reclamar, y ver pasar la infancia de los hijos que engendraron juntos, sin lograr que los incumplidores cumplan y sin obtener una respuesta oportuna por parte de la justicia.... Estos casos, como bien lo señaló el Fiscal, se presentan como de una injusticia extrema, sin embargo pasan desapercibidos ante los distintos fueros y actores. A tal punto esto es así, que en estas actuaciones se observa, además de una larga y errática tramitación, una confusión entre la respuesta penal y la respuesta civil.”*

Queda claro a esta altura, entonces, que el caso traído a análisis resulta un claro ejemplo de violencia de género en las relaciones de pareja, en su faz económica, y que reviste en todas las instancias anteriores una falta de adecuada ponderación de la perspectiva de género por parte de los magistrados intervinientes.

La abogada y doctora en políticas sociales, Claudia Hasanbegovic, define este subtipo de violencia de género, como “violencia masculina” y la conceptualiza como el “proceso llevado a cabo por el hombre hacia su -ex- pareja mujer, por medio de la violencia

*económica -en este caso-, para forzar a la mujer a hacer lo que ella no quiere hacer, o prohibirle hacer lo que ella desea”.*<sup>61</sup> Se trata de actos de violencia que impactan en el patrimonio económico, empobrecen a la mujer y a los hijos y/o las hijas, y es habitualmente ignorado por la justicia al momento de castigar al agresor.

Surge evidente aquí, la falta que tuvo la víctima -pese a haberlo solicitado durante más de diez años- de una respuesta judicial efectiva. El derrotero de fueros y causas que se vio obligada a instar ante los tribunales provinciales no puede nunca entenderse como un “acceso real a la justicia”. Acceso a la justicia implica, por el contrario, una respuesta oportuna y suficiente que en el caso estuvo muy lejos de ser dada. La hija de la denunciante creció sin que el Estado haya podido lograr que su progenitor cumpliera con su obligación alimentaria de manera efectiva y oportuna; y además la revictimizó a ella y a su madre en razón de las continuas denuncias y reclamos que esta última se vio obligada a realizar.

Creo que el caso es paradigmático, en el sentido que ejemplifica que es lo que ocurre cuando no se aborda desde un inicio una conflictiva desde una perspectiva de género -y en este caso también de infancia-. Aquí, no fue sino hasta que se llegó a una revisión de última instancia de un tribunal penal que fue aplicada la normativa internacional, pero a los efectos prácticos los derechos de dos mujeres -una, también menor de edad- ya llegaron sumamente vulnerados, pese a haberse tenido la oportunidad real de que así no fuera (si se hubiese aplicado la perspectiva de género y se hubiese garantizado un efectivo acceso a la justicia, desde un primer momento).

No quiero dejar de señalar, que otra dificultad no menor que surge ejemplificada en el caso en análisis, es que a la fecha el sistema judicial no ha podido resolver el problema de la multiplicidad de procesos y no trata las cuestiones de género como una unidad problemática, obligando así a las denunciantes a transitar por distintos fueros iniciando más de un reclamo. Ello también constituye manifestaciones de la desigualdad jurídica del sistema de administración de justicia, y demuestra que la mujer en situación de violencia se encuentra obligada en la práctica a sortear las dificultades psicológicas, emocionales, culturales y burocráticas que se le imponen una y otra vez, para cuando logra acceder a la justicia tener -además- que seguir insistiendo y denunciar y reclamar ante distintos tribunales disgregando su problemática mientras transcurren los años y la vida, sin obtener respuestas oportunas. Todo lo cual la lleva a ver frustrado su derecho de acceso a la justicia.

---

<sup>61</sup> HASANBEGOVIC, Claudia. “Del Amor y el Estado ¿Violación a los Derechos Humanos de las Mujeres Víctimas de Violencia Masculina en la Pareja? Las respuestas de los Estados argentino y cubano a la violencia masculina contra la mujer”, 2007.

*iii. Fallo "G., J. - Su denuncia S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA" N° 4819. STJER.*

En este último fallo, se aborda el instituto de la suspensión del juicio a prueba y su aplicación en casos de violencia de género, lo cual ha dejado en evidencia posturas jurisprudenciales y doctrinarias contrapuestas en orden a su concesión. En este sentido hay quienes por un lado, bregan por su aplicación, pero otra parte de la doctrina sostiene la postura contraria, radicando el sustento de la negativa en lo establecido en el art. 7 de la Convención Belém do Pará. Así, el caso "Góngora" (336:392) de la CSJN se enrola dentro de esta última postura. Pero es preciso acotar que existe jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos (en adelante STJER) que no sostiene igual tesitura. Más allá de estas diferentes posturas, lo inquietante del proceso que se analizará, radica en la posibilidad de expresarse de la víctima y la libertad con la que emite su opinión.

En el caso en cuestión tres organismos determinaron que su voluntad se encontraba viciada y condicionada por la manutención de la víctima y sus hijas por parte de su agresor, pero el STJER en una decisión carente de perspectiva de género, anuló, y reenvió con la directiva de que se concediera el beneficio. Así se declaró la nulidad de las tres resoluciones previas.

En cuanto a los hechos, en este caso se solicitó la suspensión del juicio a prueba para un hombre que había sido denunciado por quien fuera su pareja por hechos que constituían diferentes tipos de violencia. La víctima padeció maltrato durante la convivencia y también interrumpida ésta, por parte de su ex pareja, con quien tenía dos hijas en común.

En este caso en particular se ha interpretado de manera distinta la expresión de la víctima de que su victimario acceda al beneficio de la suspensión del juicio a prueba. A ello se suma el efecto jurídico que resulta consecuente de dicha interpretación y el contexto jurisprudencial diverso en cuanto al otorgamiento del beneficio de la suspensión del juicio a prueba en casos de violencia de género.

En primer lugar debe aclararse que el pedido de suspensión se realizó en la audiencia de remisión a juicio. Los hechos que había determinado la fiscalía que debían imputarse fueron los siguientes: PRIMERO: "...12 de abril de 2015...le profiere amenazas diciéndole 'te voy a matar donde estabas' ... 'que no se descuidara, que la iba a matar'..." SEGUNDO: "...26 de septiembre de 2015... golpea a la víctima ... dando su cabeza contra la pared, luego le propina golpes de puño en el rostro y la nariz causándole lesiones." TERCERO: "...26 de

septiembre de 2015...cuando la Sra. ... se hizo presente en el domicilio mencionado a auxiliar a su hermana ..., le manifestó: 'que la iba a matar'. CUARTO: "...30 de septiembre de 2.015... le manifestó a la víctima: 'que lo que él había hecho no era nada que esperara a la noche o mañana que tenía el plato principal para ella y que él no tenía nada que perder así que ya estaba jugado y que no lo hiciera alterar porque iba a terminar perdiendo yo'..."

Lo excepcional de este caso, es que el pedido de otorgamiento del beneficio lo realiza la parte querellante en dicha audiencia. Según refirió el solicitante, la pareja mantuvo una buena relación, acordaron régimen de alimentos y visitas y el agresor había demostrado "haber cambiado".

A tal solicitud se opuso la fiscalía, y sostuvo su postura en las diferentes instancias procesales, ello en virtud de los hechos del caso y de la manifestación de la víctima en la audiencia, donde si bien expresaba su voluntad de que se otorgara el beneficio, afirmaba haber recurrido a quien fuera su agresor para la manutención de sus hijas, lo que dejaba en evidencia la superioridad en que se posicionaba el agresor frente a ella, y la falta de asistencia institucional para brindar herramientas a efecto de que se intermediara en la obtención de los recursos a los cuales estaba obligado el encartado. Por su parte, la defensa estaba de acuerdo con la solicitud realizada por la querella.

El resultado de la intermediación con la víctima que obtuvo el juez de garantías, impresionó como viciado además de ser la consecuencia de una situación forzada en que se vio inmersa para adquirir los recursos de los que se vio privada al haberse separado de su agresor, con quien, si bien no existía convivencia al momento de la audiencia, compartían algunos momentos recreativos junto a sus hijas.

La decisión de no otorgar el beneficio fue recurrida por la defensa del encausado, pero luego se confirmó, por parte del tribunal de apelación, quien en los fundamentos que expresara oralmente en la audiencia destacó la gravísima situación de violencia de género, con víctimas colaterales, menores que presenciaron hechos violentos, de los que era víctima la mujer, a lo que adunó la falta de consentimiento fiscal, que advirtió que pediría condena efectiva, lo que colocaba frente al art. 76 bis 4º párrafo, del Código Penal.

Allí, cobró trascendental relevancia la postura del fiscal, que en su negativa enfatizó en que hacer lugar a lo solicitado implicaba revictimizar a la Sra. G., puesto que se avalaría un acto de violencia económica; además de referir a los hechos, en particular a aquél golpe que recibiera la mujer, por parte del encausado y que provocara el quiebre de su tabique nasal.

En desacuerdo con la decisión tomada por la jueza de apelación, la defensa planteó recurso de casación. Allí, el tribunal avaló la postura de la *a quo*, de tal modo que sostuvo el decisorio denegatorio, y manifestó en lo medular lo siguiente: *“De los propios dichos de la víctima, fácil es inferir que, de no haberse visto en una extrema necesidad económica (no poder darle de comer a sus hijas y la sustracción en su hogar), no hubiese recurrido a quien le quebró el tabique nasal y de quien manifiesta observar un cambio "para bien o para mal" -según refiere ante el Juez de Garantías-, queriendo dejar entrever una mejora en sus actitudes. (CCP, Entre Ríos, Sala I, 8/5/2018, "G., J. - Su denuncia S/ RECURSO DE CASACIÓN", párrafo 21) ”.*

Finalmente, en desacuerdo con la decisión tomada, la defensa interpuso recurso de impugnación extraordinaria ante el STJER y es este tribunal, el máximo de la provincia, quien anula las sentencias dictadas, manifestando lo siguiente: *“(…) no es posible dejar de resaltar que nos encontramos frente a un absurdo contrasentido, debatiendo una “suspensión de juicio a prueba” -originariamente pedida por la propia víctima- sistemáticamente denegada por los órganos judiciales de tres estamentos, con hipotética base en la supuesta razonabilidad de la oposición fiscal e interpretación adversa de las manifestaciones de la propia víctima, desconociendo la circunstancia esencial y concreta de que llevamos más de cuatro años y medio de suspensión de hecho del proceso, sin constatarse (…) nuevas situaciones de violencia por parte del encartado (...), aunque continúan las formales resoluciones jurisdiccionales asignando razonabilidad a la oposición fiscal a tal suspensión, convirtiendo el debate en una ficción que en modo alguno responde a la realidad de los hechos y a la necesidad de brindar una oportuna y justa respuesta de la jurisdicción que, en la especie, sólo ha puesto de manifiesto un excesivo e innecesario rigor ritual que aleja radicalmente tales decisiones de un verdadero concepto de justicia del caso, consagrando en los hechos una más extensa suspensión que aquella a que se deniega, con el agravante de invocar como fundamento normativa de Convenciones Internacionales en materia de violencia de género -CEDAW y Belem do Pará- cuyas medidas protectivas para la mujer denunciante se han omitido, impidiéndose su concreción con este vano y extenso debate, pudiéndose haber adoptado, a diferencia de lo realmente ocurrido, todas las medidas necesarias de acuerdo con tal normativa, dentro del procedimiento de suspensión del juicio que deviene ocioso discutir a esta altura de los acontecimientos(...) el extraño modo en que ha venido tratándose y resolviéndose el particular conflicto de autos ha tendido a limitar la capacidad jurídica de la mujer, contraviniendo lo preceptuado en el art. 15 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*

*(CEDAW), infligiendo a la mujer víctima una especie de violencia institucional refractaria a los cánones consagrados en el art. 2 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer ("Convención de Belem do Pará"), así como de los derechos establecidos en los arts. 4, en especial, en sus incisos b, e y f; 5 y 6, (...) todas las resoluciones adoptadas en torno del pedido de suspensión del juicio a prueba que nos ocupa -tanto por el Juzgado de Garantías, como por su alzada de Apelación y por la Casación-, lucen a la fecha una manifiesta e irrazonable restricción interpretativa que prescinde incomprensiblemente de la cruda realidad del proceso y atenta contra los propios fines que pretenden defender (...)"*.<sup>62</sup>

Con estos fundamentos, el máximo tribunal provincial decidió la anulación de las tres sentencias y el reenvío a fin de que se otorgara el beneficio al encausado, entendiendo, en contraposición a lo que se había sostenido, que no se había oído a la víctima, quien -según el entendimiento del tribunal- había manifestado su voluntad libremente y que se limitó la capacidad jurídica de la mujer.

Es decir, que la misma situación fáctica, esto es, la manifestación de la mujer a que su ex pareja acceda al beneficio de la suspensión del juicio a prueba, ha tenido interpretaciones contrapuestas, generando, en consecuencia, efectos jurídicos diversos. Lo paradigmático es que se utilizan similares fundamentos jurídicos para ambas interpretaciones.

Cabe recordar, que el STJER- que en aquel momento actuaba como tribunal de casación- en un fallo anterior, "Robattino" (STJER, 30/10/2013), dando razón al ministerio público fiscal, había otorgado la suspensión del juicio a prueba bajo los argumentos de que cuando el titular del ejercicio de la acción penal considera, en virtud de las circunstancias que valora en el caso, que el beneficio no aparece como un medio suficiente para garantizar el cumplimiento de los deberes a que se obligó el Estado, aquél no debe prosperar y resulta más justo propiciar el desarrollo del debate oral como instancia adecuada para que la víctima sea oída, y tenga entonces efectivo acceso a los medios que propendan a su protección. Asimismo, cuando razones de política criminal valoradas racional e integralmente por fiscalía, lleven a considerar que se garantizan los derechos reconocidos a la víctima y el beneficio aparece como una medida proporcional para lograr la componenda del conflicto de base, su otorgamiento no contraría lo dispuesto por las

---

<sup>62</sup> STJER, Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal, 27/5/2020, "G., J. - Su denuncia S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA" n. 4819, párrafo 35.

Convenciones internacionales. Por ello entendió que no resultaba aplicable a éste caso en concreto la doctrina sentada por la Corte Suprema de la Nación en “Góngora” (23/4/2013), por diferir notoriamente las circunstancias de ambas causas, no apareciendo la suspensión del juicio a prueba respecto a Robattino como insuficiente para cumplir con los compromisos estatales.

Ahora bien, el máximo tribunal nacional en el considerando séptimo del referido precedente “Góngora” dijo que: “(...) *no debe tampoco obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el "acceso efectivo" al proceso (cfr. también el inciso' f del artículo 7 de la Convención) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria. Cuestión esta última que no integra, en ninguna forma, el marco legal sustantivo y procesal que regula la suspensión del juicio a prueba*”; concluyendo de lo expuesto que *"prescindir en el sub lite de la sustanciación del debate implicaría contrariar una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la "Convención de Belém do Pará" para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los aquí considerados"*.<sup>63</sup>

En definitiva, en el fallo “Robattino”, se hizo un juicio de ponderación entre el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva -en los términos del art. 7º, apartados b) y f) de la Convención Belém do Pará- y del autor a acceder a una salida alternativa. Dicha antinomia se resolvió analizando el caso concreto, es decir, la justicia del caso concreto. Entendiendo también que el resultado del juicio de ponderación que se aplicaba a dicho caso no implicaba una regla general que deba sostenerse en todos los casos. De este modo, siendo diversos los hechos que habían suscitado las respectivas causas judiciales, su valoración, desembocó en decisiones diversas.

Por otra parte, como se detalló, los magistrados de las anteriores instancias en el caso, sí habían realizado una interpretación acorde a los estándares que marca la perspectiva de género - el juez de garantías, el juez de apelación, y el tribunal de casación-.

Y de sus resoluciones pueden extraerse, en líneas generales, dos fundamentos que inhiben la posibilidad de acceso al beneficio de la suspensión del juicio a prueba. El primero es jurídico, en tanto no se cuenta con el consentimiento del titular de la acción. Recordemos que el art. 76 bis, párr. 4º del Código Penal, dispone que *“Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese*

---

<sup>63</sup> CSJN, “GÓNGORA”, 23/4/2013.

*consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio*". Quien juzga, en este caso, no puede obviar el análisis de razonabilidad del dictamen de la fiscalía, puesto que es aquél/aquella, en definitiva, quien decide. Es decir, debe controlar que quien emite la opinión de tal Ministerio no se expida de modo caprichoso o arbitrario. Tal razonabilidad se entendió cumplimentada. Así algunos de los fundamentos que expresó tal ministerio público fueron que existen compromisos internacionales; que la manifestación de la mujer no había sido libre, sino condicionada a la necesidad económica; agregó que el encausado fue contumaz; que hubo víctimas menores de edad que presenciaron hechos de violencia; invocó también los derechos de la niñez, y destacó las diferencias que existían frente al caso "Robattino". Durante la audiencia en la cámara de casación la procuradora adjunta también refirió al caso "Góngora" (23/4/2013).

La otra circunstancia es fáctica, en razón de que, al momento de que la mujer expresara que estaba de acuerdo con la medida, se percibió -a través de sus propias manifestaciones y de un informe psicológico- una voluntad condicionada a las necesidades económicas que padeciera luego de denunciar al padre de sus hijas.

Es así que quienes juzgaron en estas tres instancias, entendieron que se estaría avalando una situación de violencia económica. Lo peculiar es que esta situación fáctica pudo ser observada de modo inmediato por el juez de garantías y mediante videograbación por quienes juzgaron con posterioridad. Es así que sobre este hecho, se tuvo un conocimiento directo, es decir, no intermediado por las posiciones partivas. Tal situación desembocó en una consecuencia jurídica, que fue la negativa al otorgamiento del beneficio. Es decir, se resuelve de esta manera porque se interpreta la manifestación de voluntad de la víctima como viciada.

Esto puede relacionarse con los tres momentos que destaca Giovanni Tuzet dentro de un modelo hermenéutico de interpretación jurídica. Así, la precomprensión, como una elaboración de hipótesis desde el primer acercamiento al objeto, desde una posición histórica de quienes interpretan, así como también contextual. En este caso particular de una mujer víctima de violencia de género, se suma el contexto de quien emite el consentimiento, de cuyas manifestaciones emerge la actividad hermenéutica. De allí, se percibió una mujer que había sido violentada y que, pese a ello, solicitaba el beneficio de la suspensión del juicio a prueba para su agresor.

Inmediatamente se empieza a indagar sobre tal solicitud; el contexto en que se realiza; el momento, es decir durante una audiencia donde también se hallaba presente el

agresor, con quien la agredida había retomado el contacto, y manifiesta necesidades de subsistencia de las hijas que tienen en común; teniendo también en cuenta que es medular la opinión de la víctima en el proceso y que debe ser oída y que es ella misma quien realiza la solicitud. Se inicia el cuestionamiento a la hipótesis, mediante preguntas y respuestas posibles. Se analiza el hecho, es decir la manifestación de la mujer, la voluntad en contra de la misma por parte del ministerio público fiscal (quien argumenta que pedirá pena efectiva). Se entiende, luego de dicho proceso, que la manifestación no es libre, lo que deriva en la negativa al otorgamiento del beneficio. Es decir que oídas las posiciones contrapuestas (en este caso la querrela y defensa estaban de acuerdo, y quien se oponía era el fiscal), analizado el hecho (manifestación de la voluntad) y confrontado todo ello con la normativa, teniendo en cuenta previamente al situación del litigio, de las partes, y del contexto histórico, las precomprensiones de quienes juzgaron, se derivó la consecuencia jurídica final.

Es decir que a la decisión inicial, le siguieron dos organismos de control (apelación y casación) que entendieron la controlabilidad de la justificación, en tanto afirmaron la corrección de la motivación. Pero ahora bien, el STJER, entendió que resultaba ocioso estar discutiendo una suspensión que ya había excedido -de hecho- a la solicitada, puesto que ya habían transcurrido cuatro años y medio desde el pedido de aplicación de tal beneficio (la solicitud de que se otorgue el beneficio se hizo el 20/3/2017; la apelación se resolvió el 22/5/2017; la casación resolvió el 08/5/2018 y el STJER el 27/5/2020); y que las medidas que disponen la CEDAW y la Convención Belem do Para podían haberse tomado en el marco de dicha suspensión. Las decisiones -según entendió- han limitado la capacidad jurídica de la mujer, infligiendo una especie de violencia institucional. Por esa razón, se anula la denegatoria y las sentencias confirmatorias y se reenvía a fin de que se otorgue el beneficio. También sostuvo el Tribunal que las instancias anteriores habían fundado su postura en la razonabilidad de la oposición fiscal, convirtiendo al debate en ficción, aplicando un excesivo e innecesario rigor ritual que se alejaba de un verdadero concepto de justicia del caso.

A su vez, no se hace ningún tipo de alusión a la situación de violencia económica -que fuera sostenida por el los otros organismos- sino más bien, se habla de violencia institucional -ejercida por quienes denegaron el beneficio-, en tanto no se oyó a la víctima.

Es decir, en este caso, el tribunal entendió con una argumentación consecuencialista -ex post- que -de hecho- el proceso ya se había suspendido; además de que no se habían constatado nuevos hechos de violencia.

A tal afirmación pudo arribar luego de que transcurriera un lapso que -de facto- puso a prueba al denunciado. De la justificación, entonces, de la decisión tomada por el máximo Tribunal provincial puede extraerse que se utilizan dos tipos de razones: finalistas, en tanto la decisión se justifica porque promueve cierto estado de cosas que se considera valioso; y de corrección puesto que la decisión se justifica porque se considera correcta o buena en sí misma, sin tener en cuenta ningún otro objetivo ulterior. Lo que en términos de Atienza -cuando analiza la teoría de MacCormick- se manifiesta como *las dos caras de una misma moneda*.<sup>64</sup> La variante de esta decisión es que no resulta de un razonamiento hipotético para derivar las consecuencias, sino de lo que efectivamente sucedió en el transcurso del proceso, de allí la denominación de justificación consecuencialista “ex post”. Siendo el último tribunal provincial, pudo corroborar las reales consecuencias que se produjeron con el resultado de la decisión de los tres organismos que intervinieron con anterioridad. El razonamiento hipotético, sí es utilizado para ordenar que se otorgue la suspensión, bajo el entendimiento de que si durante el largo plazo ya transcurrido, no se verificaron hechos de violencia, difícilmente ocurran en el futuro.

También el máximo tribunal deja de manifiesto una antinomia, al señalar el excesivo rigor formal de la negativa -fundada en la oposición fiscal- y el deber legal, constitucional y convencional de escuchar a la víctima, lo que resuelve aplicando la regla de mayor jerarquía. Es decir, en los términos de Alexy, realiza un ejercicio de *metasubsunción*.

Entendida la existencia de un excesivo rigor formal por parte del STJER, en cuanto a la justificación interna, se puede deducir -puesto que el Tribunal no lo expresa- que la solución a la que arriba podría derivar también de relacionar el principio de legalidad y el de proporcionalidad. Éste último se relaciona y, a su vez, se contrapone al de legalidad. Esto último sucede cuando la antinomia se presenta entre la Constitución y la ley, lo que genera sospechas en quien juzga, así como su inaplicación. La complementariedad se manifiesta en cuanto a que quienes legislan y quienes juzgan, deben materializar el principio de legalidad, al momento de dictarlas y de aplicarlas, respectivamente.<sup>65</sup>

Si bien la *metasubsunción* se halla en un primer nivel, es decir, de subsunción, puede también afirmarse en este caso, que su decisorio pudo enmarcarse también en el segundo nivel que constituye la ponderación de principios.

---

<sup>64</sup> ATIENZA, Manuel. “Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica”. Universidad Nacional Autónoma de México, México. 2005.

<sup>65</sup> AVILA SANTAMARIA, R. “El principio de legalidad v. el principio de proporcionalidad (reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol del legislador y los jueces)”, en “*El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*”, Serie justicia y derechos humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Ed. Miguel Carbonell, Ecuador. 2008.

Es este organismo el cual, en su tarea de control, concluye que la decisión ha sido arbitraria y no halla justificación en la motivación. A lo que corresponde agregar que añade en su valoración un elemento fáctico diverso al de los organismos ordinarios, que es el transcurso del tiempo y la no realización de nuevos actos de violencia por parte del agresor. Y tal como se detalló, no hace ningún tipo de alusión a la situación de violencia económica que fue sostenida en las demás instancias.

El tribunal, entonces, se sitúa en un nuevo contexto, y situación que difiere de la originaria, pero que confirma que de facto, el proceso se suspendió y que no hubo nuevos hechos de violencia. Señala que las decisiones denegatorias cayeron en un excesivo ritualismo, es decir, la aplicación de la regla conspiraba contra la justicia en el caso concreto.

Pero debe destacarse aquí también, que existe también una tendencia político-criminal que le ha devuelto a la víctima su papel protagonista en el hecho punible, concordante con la interpretación y la argumentación acorde a los estándares que propone una correcta aplicación de la perspectiva de género, e insiste en lograr reglas que la coloquen en una posición de privilegio en el procedimiento de persecución penal.<sup>66</sup>

Entonces, corresponde la pregunta: ¿qué implica escuchar a la víctima? Por un lado nos encontramos en este caso con que las posturas contrapuestas han sostenido que no se ha oído a la víctima y por el otro las posiciones sostienen resoluciones contrarias entre sí. De este modo, si “existen condiciones estructurales que llevan a que las denunciadas desistan de impulsar las causas, debería impulsarlas el Estado, bajo la noción de que la violencia de género es un problema de orden público”<sup>67</sup>.

Es por ello que la decisión contraria a lo que ella manifieste no implica en todos los casos, necesariamente posicionarla como débil o incapaz de resolver la situación que la aqueja del modo que considere más conveniente, sino de propender a su protección cuya obligación encabeza el Estado. Luisa Piqué, explica en este sentido que hay quienes entienden por victimización secundaria “*la exacerbación del daño que genera el delito en razón del tratamiento con poca sensibilidad y la falta de comprensión de las necesidades de la víctima por parte de las agencias con que ésta entra en contacto*”<sup>68</sup>.

La manifestación de voluntad que hiciera en la audiencia fue interpretada de modos

---

<sup>66</sup> MAIER, Julio. “Derecho Procesal Penal, T. II, Parte general, Sujetos Procesales” Ed. Del Puerto. 2003.

<sup>67</sup> CELS 2016, “Ni Una Menos. La violencia institucional a la luz de la Ley de Protección a las Mujeres”. Recuperado a partir de: <https://www.cels.org.ar/common/IA%202016%2008%20NiUnaMenos.pdf>. Última consulta 13/5/2023.

<sup>68</sup> PIQUÉ, M. L. “Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional”. En: Di Corleto, Julieta (comp.). *Género y justicia penal*. 2017. Didot. p. 309-347.

contrarios, generando tres decisiones que resultaron arbitrarias a los ojos del STJER. A su vez se desprenden de ambas posiciones asumidas, las diferentes posturas doctrinarias, que ilustra Piqué, en relación a la conveniencia del tipo de acción que debe imperar en estos supuestos: la pública o la privada. Es así que se sostiene que por un lado la acción pública ofrecería una mayor protección, dado que la decisión de impulsar y avanzar dependería únicamente del Estado y de ese modo, se evitarían posibles presiones del denunciado, y con ello nada de lo que la mujer decidiera podría detener el avance del caso. Pero en la vereda opuesta, se critica que tal posición refuerza el estereotipo de debilidad de las mujeres y puede tener enormes consecuencias revictimizantes, además que se asume su falta de autonomía. Por otro lado las conocidas en el mundo anglosajón como *no-drop-policies*, que implican que una vez realizada la denuncia no pueda retirarse, plantean iguales objeciones que el sistema de acción pública y no toman en cuenta la posibilidad de que la mera denuncia puede haber solucionado el problema, por ejemplo, si provocó que el agresor cesara con su violencia.

La raíz del problema y que generó luego una cascada de resoluciones judiciales, se presentó en el momento mismo en que no se brindó asistencia económica a la víctima y que dentro de las hipótesis posibles que le suceden a la precomprensión mientras se estudiaba el caso se planteara si hubiera mantenido igual tesitura en caso de haber contado con los medios de subsistencia necesarios para ella y sus hijas, luego de haber denunciado y haber interrumpido la convivencia con su agresor.

En definitiva, puede concluirse que las dos soluciones que se expresaron no derivaron de premisas idénticas. Ello en virtud de que la primera decisión -que fuera luego confirmada en dos oportunidades- se dictó en un momento determinado y valorando una circunstancia fáctica en particular que fue la necesidad económica de la mujer cuando solicitó que se otorgara el beneficio y se interpretó que no era libre. Finalmente el máximo tribunal provincial, agregó el transcurso del tiempo y la no realización de nuevos hechos de violencia; una situación de violencia institucional; y omite realizar algún tipo de alusión a una existente o inexistente situación de violencia económica que habría viciado o no la manifestación de la mujer.

## CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo, se ha pretendido analizar, a través de un marco teórico y jurisprudencial, cómo una correcta aplicación de la perspectiva de género debe influir en la interpretación y aplicación del derecho en las sentencias penales.

La revisión detallada de la jurisprudencia y el examen crítico de los razonamientos jurídicos han permitido identificar los avances logrados, así como también los obstáculos existentes en una correcta aplicación de los compromisos internacionales asumidos. En este orden de ideas, la utilidad de las teorías de la argumentación, han sido determinantes para poder resolver los denominados “casos difíciles”, en los que deben aplicarse, además de las normas, los principios y valores jurídicos; como son muchas veces, por su complejidad de análisis, los casos que involucran la temática de género.

En efecto, a lo largo de este trabajo se ha logrado demostrar que la incorporación efectiva de la perspectiva de género en la argumentación jurídica requiere, para ser tal, una mayor atención a la igualdad de género, a la debida protección de los derechos de las víctimas y una comprensión más profunda de las dinámicas de poder y desigualdad.

A través de las herramientas proporcionadas por las teorías de la argumentación, se ha podido examinar críticamente la forma en que los tribunales han aplicado o no la perspectiva de género en sus decisiones. Y como resultado de ello, creo que ha quedado evidenciado también que resulta hoy esencial que los actores del sistema penal adopten una perspectiva sólida de argumentación jurídica que integre plenamente las consideraciones de género, y que la capacitación y formación de quienes tienen en sus manos decidir sobre temas tan sensibles a nuestra sociedad debe ser una prioridad para dar una respuesta completa y oportuna -y sólo así justa- a las víctimas de este tipo de hechos y a la sociedad toda.

Considero que también ha quedado evidenciado que resulta necesario fomentar un diálogo interdisciplinario entre juristas y expertos en la temática de género para enriquecer la práctica de la argumentación jurídica y garantizar que las voces de las mujeres y otras identidades marginadas sean escuchadas y consideradas -no sólo de manera formal- en los procesos judiciales.

La verdad, como condición de justicia, en el proceso judicial puede entenderse, como lo propone Taruffo, en término de "correspondencia", dado que consiste en decir fundadamente como sucedieron realmente los hechos. Ello, en la temática que nos ocupa reviste una fundamental importancia, por cuanto los dichos de las víctimas de este tipo de hechos han sido cuestionados por la historia y ello se ha representado, también en las

sentencias judiciales, y sus resabios aún pueden verse en algunas sentencias de las analizadas en las que los magistrados no aplican correctamente el cambio de paradigma.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Joseph. “El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación”. Ed. Trotta. Madrid. 2015.
  
- AGUILÓ REGLA, Joseph. “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, en AA.VV.: Interpretación jurídica y teoría del derecho, (editora I. Lifante Vidal), Ed. Palestra, Lima, 2010, versión e-book.
  
- ALEXY, Robert. “El concepto y la validez del derecho”. Ed. Gerisa. Segunda Edición. Barcelona. 2004.
  
- ALEXY, Robert. “Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.” Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997.
  
- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. “La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia”. Estudios de Derecho Judicial. 2000.
  
- ATIENZA, Manuel. “Curso de argumentación jurídica”. Ed. Trotta. Colombia. 2013.
  
- ATIENZA, Manuel. “El Derecho como argumentación”. Ed. Ariel. Barcelona. 2006.
  
- ATIENZA, Manuel. “Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica”. Universidad Nacional Autónoma de México. Méjico. 2005.
  
- AVILA SANTAMARIA, Ramiro. “El principio de legalidad v. el principio de proporcionalidad (reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol del legislador y los jueces) ”, en “*El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*”, Serie justicia y derechos humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Ed. Miguel Carbonell. Ecuador. 2008.

- BUOMPADRE, Jorge Eduardo. “Los Delitos de género en la reforma penal”, en “Revista de Pensamiento Penal”. Buenos Aires. 2013.
  
- CAFFERATA NORES, José I. “Proceso Penal y Derecho Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino”. Ed. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000.
  
- CASAS, Laura. “Nuevos estándares en violencia de género y el deber de debida diligencia: perspectiva de género y derecho penal”, en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, febrero 2019.
  
- CELS 2016, “Ni Una Menos. La violencia institucional a la luz de la Ley de Protección a las Mujeres”. Recuperado a partir de: <https://www.cels.org.ar/common/IA%202016%2008%20NiUnaMenos.pdf>. Última consulta 13/5/2023.
  
- CHAIA, Rubén. “¿De la expropiación a la conducción del conflicto? Reflexiones en torno al rol de la víctima en el proceso penal”, Ed: elDial.com. 2010.
  
- CHAIA, Rubén. “Técnicas de litigación penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial.” Volumen 3. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 2020.
  
- Diccionario de la lengua española. Edición del Tricentenario. Actualización 2020. Asociación de Academias de la Lengua Española. versión online.
  
- FACIO, Alda. “Con los lentes del género se ve otra justicia”, Revista: El otro derecho, núm. 28, Julio 2002, ILSA, Bogotá D.C., Colombia.
  
- FERRER BELTRAN, Jordi. "Valoración racional de la prueba. Filosofía y Derecho". Ed. Marcial Pons. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. 2007.
  
- FRASER, Nancy. “Fortunas del Feminismo. Del capitalismo gestionado por el Estado a la crisis neoliberal”, trad. Cristina Piña Aldao, Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador. Quito. 2015.

- GRAJALES, Amós Arturo -NEGRI, Nicolás. “Argumentación Jurídica”. Astrea. Buenos Aires. 2015.
  
- HASANBEGOVIC, Claudia. “Del Amor y el Estado ¿Violación a los Derechos Humanos de las Mujeres Víctimas de Violencia Masculina en la Pareja? Las respuestas de los Estados argentino y cubano a la violencia masculina contra la mujer”. 2007.
  
- JARAMILLO, Isabel; "La crítica feminista al derecho, estudio preliminar", en WEST, R. Género y teoría del derecho. Bogotá. Ed: Siglo de Hombres Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. Ediciones Uníandes. Instituto Pensar. 2000.
  
- “La participación de la víctima en el procedimiento penal.” Conferencia pronunciada en el Primer Congreso de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, “Sistemas penales y derechos humanos”, San José de Costa Rica. 1997. Publicado en AA.VV., Sistemas penales y derechos humanos,, Ed. CONAMAJ, San José, 1997.
  
- MAC CORMICK, Neil. “Argumentación e interpretación en derecho”, Ed: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 33, trad. Jorge Luis Fabra Zamora y Laura Sofía Guevara. 2010.
  
- MAFFIA, Diana. “Compendio normativo y teórico. Talleres sobre perspectiva de género, trata de personas y explotación sexual.” Oficina de la Mujer. Corte Suprema de Justicia de la Nación.
  
- MAFFIA, Diana. Boletín N°7 del Observatorio de Género en la Justicia. Poder Judicial de Buenos Aires. 2015.
  
- MAIER, Julio. “Derecho Procesal Penal, T. II, Parte general, Sujetos Procesales” Ed. Del Puerto. 2003.
  
- MAIER, Julio B.J. “Una tarde con la víctima”. 1era Jornada de Análisis y Crítica de Jurisprudencia. “Las facultades del querellante en el proceso penal desde “Santillán a Storchi TOC1”.

- PASTEN DE ISHIHARA, Gloria M. “Principios de Igualdad y no discriminación: prevención y capacitación”. Artículo en “Género y Derecho Penal. Debates actuales de la parte general.” TARDITTI, Aída y MONASTEROLO, Natalia - Ed. Lerner. Córdoba.2022.
  
- PIQUÉ, María Luisa. “Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional”. En: Di Corleto, Julieta (comp.). *Género y justicia penal*. Ed: Didot. 2017.
  
- VIGO, Rodolfo Luis. “De la ley al derecho”. Ed. Index . México. Porrúa. 2003.
  
- VIGO, Rodolfo Luis. “Los hechos en los paradigmas legalista y constitucionalista”. Ed. La Ley. 2012.
  
- TARUFFO, Michele "La prueba de los hechos". Ed. Trotta. Madrid. 2002.
  
- TARUFFO, Michele. "Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos". Ed. Marcial Pons. Madrid-Barcelona-Buenos Aires. 2010.
  
- WALKER, Leonore E;“The Battered Woman”, Harper y Row, 1979; Procedencia del original de la Universidad de Michigan. Digitalizado 3 de septiembre de 2010.
  
- ZAIKOSKI, D. “Comentario a la Recomendación General N° 35 del comité de la CEDAW” Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas. Vol. 8, N° 2 - julio-diciembre. 2018.

