Título: **Juzgar con perspectiva de género. Pautas dadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

Autor: Fappiano, Oscar L.

Publicado en: LA LEY 01/12/2020, 01/12/2020, 6
Cita: TR LALEY AR/DOC/3719/2020

Sumario: I. Resumen. — II. El caso y su fundamentación. — III. El abuso sexual. — IV. El derecho internacional de los derechos humanos. El ámbito de la Organización de Estados Americanos. — V. El ámbito de Naciones Unidas. — VI. Otros derechos tutelados. — VII. Las obligaciones "reforzadas" y la "debida diligencia". — VIII. La "perspectiva de género". — IX. La Corte Suprema de México y sus Protocolos. — X. La política criminal. — XI. Conclusiones.

(*)

I. Resumen

Compartiendo y haciendo suyas las ponencias expresadas por el procurador general interino en sendos dictámenes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido reglas acreditadas internacionalmente para el juzgamiento de los casos sobre violencia de género. A fin de fundar su postura, el Dr. Casal, generador de la iniciativa, se ha valido de convenciones internacionales sobre derechos humanos y la interpretación y aplicación que de ellas vienen haciendo tanto la Corte Interamericana como otros organismos internacionales encargados de su aplicación. La novedad que presenta uno de estos fallos es que la perspectiva de género no solamente debe aplicarse en los juicios en los que la mujer es la víctima y su victimario varón es el acusado, sino también cuando se procesa a la mujer que responde a la violencia ejercida sobre ella, agrediendo a su vez a su atacante, conducta que no encuadraría en la figura de la legítima defensa si no se juzga según la indicada perspectiva. Agregamos, para completar esta panorámica, una sentencia de la Corte Interamericana por la que incrementa el contenido de dicha perspectiva tratándose de violencia ejercida contra niñas, niños y adolescentes.

II. El caso y su fundamentación

Haciendo suya la proposición vertida en su dictamen por el procurador general interino, Dr. Eduardo E. Casal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la recurrida sentencia absolutoria dictada en un proceso judicial en el cual quedó constatado el perjuicio sufrido por una niña que ha sido víctima de abuso sexual, hecho que conlleva el menoscabo de sus derechos humanos, mandando que se dicte nuevo pronunciamiento (1).

Según refiere la pieza procesal emanada del procurador general interino, la sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma, provincia de Río Negro, por mayoría de votos, absolvió a J. M. S., en orden al delito de abuso sexual agravado por el acceso carnal y el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente previsto y reprimido por el art. 119, párrs. 1º, 3º y 4º, del Cód. Penal.

La niña víctima fue agredida sexualmente por una persona que abusó de su confianza —y de la que le deparaba el resto de los familiares—, afectándose con ello su respectiva integridad sexual. Asimismo, se ha visto obligada a ventilar

estos hechos ante familiares y extraños, circunstancia que, evidentemente, conlleva su "revictimización".

Para fundar su postura, el Dr. Casal se vale de la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la doctrina sentada a su respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), por el Comité de los Derechos del Niño (ONU) y por el Consejo Económico y Social (ONU), sosteniendo que el fallo recurrido no ha examinado las constancias de los autos según esas pautas doctrinales, especialmente el testimonio rendido por la niña víctima. Agrega que el voto mayoritario sumó a esa omisión que no estaba probado que la niña no había mantenido relaciones sexuales con otra persona, argumento que resulta contrario —asevera, y con razón, según se verá más adelante— a la pauta internacional en materia de violencia contra la mujer y violencia sexual y, por ende, inadmisible. Finaliza su presentación sosteniendo a título de conclusión que el tribunal no ha obrado con la "debida diligencia" que exige el derecho internacional de los derechos humanos y su doctrina, receptada inclusive por la propia Corte Suprema Nacional en el caso "Góngora".

En una palabra, el procurador general interino basó su ponencia en el derecho internacional de los derechos humanos y su interpretación dada por los organismos de tutela, también internacionales. Puesto que resulta actualmente indiscutible el parámetro de interpretación que rige en los casos de violencia de género, donde la respuesta que debe brindarse a la mujer víctima debe ser acorde con la protección que merece según la ley interna e internacional en la materia, que integran nuestro bloque de constitucionalidad federal, en el presente trabajo se ha de ahondar principalmente en la exposición del contenido de aquella disciplina jurídica.

Se verá también cómo el procurador general interino —y lo comparte la Corte Suprema— extiende la aplicación de la perspectiva de género a supuestos en que la mujer es la procesada acusada de ser la agresora de su marido. Este la emprendió a los empujones y puñetazos en el estómago y cabeza contra su mujer, llevándola hasta la cocina, donde ella tomó un cuchillo y se lo asestó en el estómago, causa de su enjuiciamiento (2).

III. El abuso sexual

Este delito es considerado como una de las formas más comunes y degradantes en las que se ejerce la violencia contra la mujer, acerca de la cual es oportuno reiterar que constituye una violación de sus derechos fundamentales, limitando totalmente el reconocimiento, goce y ejercicio de esos derechos; de conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por la República Argentina como suscriptora de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará, la Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención de los Derechos del Niño —en la que específicamente se dispone que los Estados partes adopten medidas de protección a las niñas y niños contra toda forma de perjuicio que estos puedan sufrir, comprendidas desde la investigación, tramitación y observación ulterior de los casos—, no se puede soslayar el examen del caudal probatorio a la luz de estos instrumentos y los criterios y valoraciones que emergen de los informes y sentencias emitidos por los organismos internacionales encargados del control de su cumplimiento por parte de los Estados parte en esas Convenciones.

Derechos todos que deben ser tutelados porque se desprenden de la integridad y eminente dignidad de la mujer en tanto ser humano.

El Tribunal Constitucional de España tiene establecido que "La dignidad no puede identificarse con un derecho fundamental, sino que todo derecho fundamental tiene sentido en cuanto su concepto gira en torno a la dignidad de la persona, al desarrollo de la personalidad, pero no solo en un plano estrictamente individual, sino en su dimensión social, por cuanto es fundamento del orden político y de la paz social. Es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás" (3).

Sostiene Antonio E. Pérez Luño: "La dignidad humana supone el valor básico fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral". O, como expresa Ángel Sánchez de la Torre, citado por Germán Bidart Campos: "Los derechos humanos parten de un nivel por debajo del cual carecen de sentido: la condición de persona jurídica, o sea, desde el reconocimiento de que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada [luego de reconocida] en todo caso, cualquiera que sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y cualesquiera que sean los valores prevalecientes en la colectividad histórica" (4).

En orden a la víctima, su derecho humano a un proceso justo deriva, por cierto, de su dignidad intrínseca de persona humana. Luego, también están en juego en estos asuntos "el derecho a la verdad", en su vínculo necesario con el "debido proceso adjetivo"; todo lo cual aseguran tanto la Constitución Nacional (art. 18, CN) cuanto los tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados con la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 22, CN).

De igual modo, la cuestión ventilada en autos configura un caso de violencia contra la mujer que, como tal, también debe ser analizada en el marco de la Convención de Belém do Pará —ratificada por ley 24.632—, cuyas previsiones obligan especialmente a los poderes de la Nación y las provincias a prevenir, investigar y sancionar adecuadamente hechos como los aquí comentados.

Ya en el Preámbulo de esta Convención se lee: "la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres".

Motivo por el que previó, entre otros, el deber de "adoptar, en forma progresiva, medidas específicas

inclusive programas, para [...] Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres [...] para contrarrestar prejuicios y costumbres, todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer".

La ley nacional orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (ley 26.485) es la concreción de la Convención de Belém do Pará, por lo que la solución de causas como las que comento tiene que partir de la especial naturaleza de los delitos de violencia de género y, en particular, de delitos que impliquen violencia sexual, ya que ellos no pueden encuadrarse dentro de los delitos comunes, pues se correría el riesgo de que queden impunes.

Acertadamente postula la Corte Constitucional de Colombia: "...las mujeres están también sometidas a una violencia, si se quiere, más silenciosa y oculta, pero no por ello menos grave: las agresiones en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja, las cuales son no solo formas prohibidas de discriminación

por razón del sexo [...], sino que pueden llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento, que configuran verdaderas torturas o, al menos, tratos crueles prohibidos por la Constitución [...]. No se puede entonces invocar la intimidad y la inviolabilidad de los hogares para justificar agresiones contra las mujeres en las relaciones privadas y domésticas. Es más, esta violencia puede ser incluso más grave que la que se ejerce abiertamente, pues su ocurrencia en estos ámbitos íntimos la convierte en un fenómeno silencioso, tolerado e incluso, a veces, tácitamente legitimado".

Por ello, estimo que tales hechos criminosos deben contextualizarse en las previsiones de esa ley 26.485, cuando en su art. 16 establece que los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, el derecho a la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos.

Por consiguiente, en estos asuntos debe realizarse un análisis sobre la consideración de los derechos constitucionales en juego. De ahí que el juzgador tiene la obligación indeclinable de garantizar a la víctima su derecho a ser oída y a intervenir en un juicio que le interesa de manera directa —ya que la ha afectado y la afecta de tal modo—, según el derecho de toda agraviada de intervenir en el proceso aun cuando no se haya querellado. Es por esto que, con base en principios elementales de justicia, se considera necesario escuchar a la víctima.

Estos hechos se encuentran referidos a uno de los delitos en los cuales se constituye la posibilidad de mínima actividad probatoria por la improbabilidad de que exista otro testigo directo y, por ende, esa diligencia se limita a la declaración de la víctima.

El Tribunal de Sentencia de El Salvador así lo pone de manifiesto: "...se ha vuelto algo frecuente en el ejercicio de la acción penal encontrarnos a los menores de edad en dos condiciones fundamentales como víctima o como testigo del delito. La menor de edad (niña) no es una víctima cualquiera, es una víctima especialmente vulnerable, no solo se enfrenta a las consecuencias que para ella y su entorno genera el delito, sino también al hecho de que ha de participar en todas las fases del procedimiento de investigación y enjuiciamiento con los elementos negativos que puede comportar. Junto a los efectos inmediatos del delito puede ver en riesgo su desarrollo psicosocial y afectar a sus capacidades personales de adaptación a largo plazo. Estos efectos se ven incrementados si consideramos la naturaleza de los delitos en los que se ven implicados como víctimas o como testigos" (5).

Como lo expresara, estas acciones se perpetran dentro de un contexto familiar, por lo que se rigen específicamente por un conjunto normativo proveniente del orden internacional y nacional, que considera a la mujer víctima como un sujeto vulnerable por su condición de género y ordena al Poder Judicial a tomar medidas prontas y concretas en aras de proteger su integridad psicofísica, procurando siempre evitar la victimización secundaria, obligando además a mitigar los efectos adversos que el injusto penal causa en la víctima, aspecto criminológico que acontece cuando la mujer víctima tiene que presentarse nuevamente ante la sede judicial. Conjunto normativo que obliga a valorar con la atención propia de la perspectiva de género toda las pruebas reunidas en la investigación judicial.

Por eso, no se puede considerar estos casos sin tener en cuenta quién ha sido su víctima y el marco sociocultural en el que los ha vivido y padecido.

El estudio de la víctima es indispensable para comprender la dinámica de la reacción social formal, ya que no puede hacerse justicia si desconocemos una

parte que interacciona en el drama penal.

Como subraya García-Pablos, el derecho penal tradicional no se ocupa de las víctimas, hasta el punto de que se ha dicho —no sin cierta crudeza— que, en un supuesto de homicidio, la opinión pública exige la reacción jurídico-penal, pero la víctima no plantea problema alguno, basta con enterrarla (6).

Nuevos estudios amplían el horizonte de la victimología, haciendo que ya no se limite a la victimización derivada del delito, sino que abarca también a la "victimización no derivada del delito y a la victimización social" (7).

La violencia de género que sufren las mujeres implica una doble violencia: la primaria, cuando se las convierte en víctimas; y la secundaria, cuando la sociedad las mantiene en una situación de victimización social y cuando los funcionarios públicos encargados de hacer cumplir la ley se dejan llevar por los prejuicios o la intolerancia y las discriminan por su situación económica, por su posición social o por su pura y simple condición de mujer.

Para verificar que no es teoría, leamos una crónica aparecida en el Diario de Río Negro (05/07/2002). Se trataba de un caso en que el marido intentó asesinar a su mujer ahorcándola, primero con un cable y luego con golpes de puño y piedrazos en la cabeza. El artículo reproduce las palabras de la abogada defensora del agresor, instando a los jueces a ser benevolentes con su defendido: "'Gracias a Dios este tribunal está integrado por hombres. Les pido que juzguen desde su punto de vista de seres humanos hombres'. Alzando su voz, la defensora [...] se dirigió a los camaristas [...] para pedirles que se pongan en el lugar de su defendido. Según su hipótesis, este actuó bajo un estado de emoción violenta porque justo antes de agredir a su esposa tuvo la confirmación de que ella le era infiel y además recibió una cachetada. 'Se sintió obnubilado. Hablemos en criollo, señores jueces: en ese momento se enteró de que era cornudo', volvió a alzar la voz la defensora. Añadió que 'hubo una provocación por parte de [la mujer víctima] y un estado de furia sin culpa del autor'".

En el juicio oral que se realizó en Neuquén, el fiscal acusador dijo que el imputado "sacó de la calle" a R., y habló de "la historia de vida" y "la personalidad y actividad de la víctima cuando era soltera" (8). O sea, aplicó el "por algo será" y pidió apenas cinco años y medio de prisión para aquel.

Al hablar de su mujer, el imputado dijo haberle dado "la oportunidad de que suba un peldaño en la sociedad" y agregó que "las p... no son para todos" (9).

He aquí, extraída de la vida real, la ideología que todavía impera en ciertas capas de nuestra sociedad.

Luego, se impone analizar la victimología femenina desde las relaciones sociales, los patrones socioculturales y el sistema judicial-jurídico local, que son propicios para la violencia contra la mujer. Paradigmas que injustamente ponen de manifiesto la provocación de la violencia por parte de la mujer (víctima provocadora), la creencia o la premisa según la cual la mujer, con su conducta, con su manera de pensar, de vestir (recuérdese el famoso caso ocurrido en España de absolución de un abusador sexual porque la víctima vestía minifaldas), de caminar, de comer, de besar, propicia la agresividad de su atacante.

El sistema penal enmarcado en los cánones de una justicia eminentemente patriarcal, donde aún existen viejos arquetipos como el de la potestad marital (pater familias), no es garantía para que se haga justicia cuando se trata de aplicarla a las agresiones contra la mujer.

Sobre el particular, nos dice De la Cuesta Aguado: "Existen multitud de conductas socialmente admitidas y jurídicamente permitidas que presuponen la desigualdad entre hombre y mujer, la superioridad de aquel sobre esta y que,

además, comportan o conllevan actuaciones que atentan incluso gravemente contra bienes jurídicos importantes, de forma que, si tal conducta afectara a un hombre, estaría fuertemente desvalorada, bien social, bien jurídicamente. En estos supuestos, a la mujer se la coloca en la condición de víctima, pues se lesionan bienes jurídicos importantes suyos y se le ocasiona un grave perjuicio, cuanto menos comparativo. Pero en la medida en que tales conductas no están jurídico-penalmente desvaloradas no se puede hablar de 'víctima' desde un punto de vista jurídico penal —o mejor dicho, desde un punto de vista 'victimológico'— pues aquí la conducta que crea la victimización no es un delito. Más bien al contrario, los victimizadores actúan cumpliendo las normas del rol social que desempeñan. En este caso, incluso existen supuestos donde lo que 'está bien' es colocar a la víctima en ese lugar y son las propias instituciones las que colaboran al mantenimiento de esa injusta —desde un punto de vista material— situación. En este sentido, es plenamente válida aquella observación según la cual 'lo injusto no es siempre lo ilegal'. No solo las mujeres pueden sufrir esta clase de victimización [...]. En este sentido creo que se puede distinguir entre la victimización no derivada del delito, generalmente fundamentada en una situación de victimización social, de la propia 'victimización social' realizada por el abuso injusto e insolidario de la prepotencia económica y social frente a grupos marginados o especialmente débiles. Una de las formas más comunes de victimización social es la que sufre la mujer desde tiempo inmemorial formando parte estructural de la mayoría de las culturas. Toda una gama de rituales, costumbres, símbolos, palabras, nos demuestra a qué grado de victimización se llega en las distintas culturas" (10).

Incluso, la comunidad reacciona de diversa manera ante conductas antisociales similares, de acuerdo con las peculiaridades de la víctima. Así, frente a la violación sexual, se reacciona diferente si la víctima es niña, si es mujer adulta o anciana, si es casada o soltera, si es "honesta" o prostituta, si hay parentesco, si el agresor la conocía o si fue elegida al azar, etcétera.

No es teoría; es realidad, que se da, inclusive, entre nosotros, según se ha visto. Y los hechos son concluyentes —postulaba ya el derecho romano y recogía nuestro Código Civil—.

Recuérdese, también, cómo reaccionaron los habitantes de la ciudad de General Villegas, en la provincia de Buenos Aires, ante la publicación en un sitio virtual de filmaciones de escenas en las que adultos mayores —en grupo, para más— abusaban sexualmente de una niña adolescente: salieron en defensa de los varones y denigraron a la víctima y sus progenitores (11). O como lo hizo el pueblo de Catamarca —que no sus autoridades— frente al homicidio de María Soledad. Y hasta nuestro Congreso, que recién salió de su letargo con motivo del repudio social que mereció la sentencia dictada por un Tribunal Penal de Tucumán en el caso de Marita Verón y modificó el Código Penal eliminando toda distinción entre menores y mayores en la trata de personas. Sentencia de imprescindible lectura para comprender que estamos hablando de realidades, y no de mera especulación académica.

No se puede olvidar en este recuento el reciente episodio de abuso sexual ocurrido en Chubut, calificado por un funcionario como "desahogo sexual" (12).

Según lo explica Bourdieu, una de las señales de la presencia de la dominación masculina consiste en atribuir a las mujeres la responsabilidad de su propia opresión, que autoriza a "censurar a las víctimas" (13). La falacia de atinencia, basada en la descalificación de la víctima (argumento ad hominem) como manera de eludir explicar debidamente cuanto se afirma, ha sido estudiada suficientemente por la lógica general, y a ella me remito.

Pero como este arquetipo no sucede únicamente en nuestro país, sino que constituye una suerte de "pandemia" universal, como lo califica una autora, no es de extrañar que haya provocado el interés internacional y se hayan fijado a ese nivel pautas específicas de investigación judicial para estos asuntos a observar a nivel doméstico y que veremos seguidamente.

Me refiero a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Declaración de los Derechos del Niño —que gozan de supremacía legal, conf. Art. 75, inc. 22—, la ley nacional 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrolle sus Relaciones Interpersonales [arts. 3.b) y 16], y sin olvidar —va de suyo— la tutela general que proporciona a toda víctima de delito la ley nacional 27.372 (art. 5º).

A su vez, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante su Ac. 5/2009 (14), ha validado y propiciado las 100 Reglas de Brasilia, instrumento internacional sancionado dentro de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, exhortando a todos los Poderes Judiciales a seguirlas. En ellas se consigna que la mujer es considerada una persona vulnerable por su condición de género (regla 3). Además, en las reglas 11 y 12 se establece: "...Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización...", y "...Se alentará la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria). Asimismo, procurarán garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquellas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida (una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un periodo de tiempo)...".

Toda esta preceptiva representa una clara definición del Estado argentino en la adopción de una política criminal específica tendiente a prevenir, sancionar, reparar y erradicar el flagelo de la violencia familiar, que se ha visto incrementado superlativamente en los tiempos que corren (15).

IV. El derecho internacional de los derechos humanos. El ámbito de la Organización de Estados Americanos

IV.1. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

Además de reconocer y tutelar los derechos humanos mediante instrumentos generales, como el Pacto de San José de Costa Rica o su Protocolo de San Salvador, el sistema interamericano ha asumido normativamente la necesidad de ofrecer una protección específica a las mujeres, mediante la adopción de un tratado cuyo objeto y fin es, precisamente, la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en Belém do Pará (Brasil) el 09/06/1994 —de ahí que se la conozca también como "Convención de Belém do Pará"—, es el primer instrumento internacional de naturaleza vinculante que se ocupa específica y nominalmente del tema de la violencia contra las mujeres, por lo que bien puede considerárselo pionero en la materia.

Asimismo, constituye el tratado de derechos humanos más ratificado del sistema interamericano.

Como quedó dicho en su Preámbulo, la Asamblea General reconoce que "la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres". También expresa su preocupación por que "la violencia en que viven muchas mujeres de América es una situación generalizada, sin distinción de raza, clase, religión, edad o cualquier otra condición".

La Convención define la violencia contra la mujer en su art. 1º: "Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".

Resulta subrayable el hecho de que el texto convencional utilice el término "género", en lugar de "sexo", como otros instrumentos del sistema, lo cual refleja la alta aceptación de este concepto y su correspondiente perspectiva por parte de las dependencias de la OEA y los Estados que participaron en la redacción del tratado.

Por consiguiente, este instrumento internacional entiende la violencia contra la mujer de manera amplia, incluyendo tanto los comportamientos activos como los omisivos; la pluralidad de los efectos de la violencia (muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico) y la diversidad de escenarios en que esa violencia se produce (tanto en el ámbito público como en el privado).

De esta manera, los Estados han aceptado su responsabilidad respecto de la violencia de toda índole que sufren las mujeres en cualquier ámbito de sus vidas. Esta ruptura del paradigma entre lo público y lo privado tiene una importancia muy grande para la protección efectiva de los derechos de las mujeres y es indicativa de la incidencia de la perspectiva de género en la protección internacional de los derechos humanos.

La amplitud del ámbito de aplicación de la Convención queda también evidenciada en su art. 2º, el cual establece: "Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra".

Importante es la conexión que el art. 6º consagra entre la violencia, la discriminación y la educación, al establecer: "El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación".

Sus arts. 7º y 8º son también de especial relevancia, ya que establecen los deberes asumidos por el Estado al ratificar la Convención.

Este instrumento específico del sistema interamericano sobre derechos humanos de las mujeres no debe entenderse como una isla normativa, sino que debe ser aplicado e interpretado de manera integrada con el resto de los instrumentos interamericanos y universales de derechos humanos que los

distintos Estados americanos han ratificado; también habrán de tomarse en consideración los marcos normativos nacionales desde una perspectiva "pro persona".

La Convención de Belém do Pará reconoce este principio en su art. 14, lo cual supone un llamado especial para los órganos del sistema y para los Estados parte. Dicho precepto afirma: "Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o a otras convenciones internacionales sobre la materia que prevean iguales o mayores protecciones relacionadas con este tema". Principio igualmente plasmado en el art. 29 de la Convención Americana, que obliga a confrontar continuamente las herramientas jurídicas existentes, independientemente de su origen internacional o nacional, a los fines de asegurar la mayor garantía posible para los derechos en juego.

IV.2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En su publicación titulada "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual: La educación y la salud" (16), la CIDH tiene dicho: "Son evidentes aún los patrones socioculturales discriminatorios que descalifican a las víctimas y exigen mecanismos de corroboración para impulsar la investigación".

Luego, se opone críticamente a que la ley procesal consagre normas que dispongan que las declaraciones de la mujer o niña víctimas o testigos deban ser corroboradas en su veracidad mediante ese mecanismo.

Mediante la "eliminación de la norma de corroboración" o "advertencia cautelar", el juez o tribunal se vale de la distinción de género para proteger eficazmente a la mujer o garantizar su igualdad efectiva. Según aquella, en los casos de violencia sexual: a) crea una suposición de credibilidad de la denunciante en asuntos de violencia sexual; b) afirma que "la credibilidad de la denunciante en un asunto de violencia sexual será la misma que la credibilidad de una parte demandante en cualquier otro procedimiento penal"; c) será ilegal exigir la corroboración de las pruebas de la denunciante.

La "advertencia cautelar" es una práctica por la cual un tribunal advierte a sí mismo o al jurado que es peligroso condenar a partir de las pruebas no corroboradas de la demandante/superviviente. Esta práctica, que sigue aplicándose en varios países, especialmente en el derecho consuetudinario y la "sharía" (derecho islámico), se basa en la creencia de que las mujeres mienten sobre la violación y que sus pruebas deben corroborarse de forma independiente. No obstante, muchos Estados han suprimido de sus ordenamientos jurídicos la advertencia/norma, como por ejemplo la ley sudafricana de Modificación de la Legislación Penal (Delitos Sexuales y Asuntos Relacionados), de 2007.

Al condenar al autor de una violación de una niña en Honduras, un tribunal de ese país citó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España para argumentar su decisión de dar valor probatorio al testimonio de la denunciante cuando era la única prueba disponible para el juez.

Y yendo más allá, incluso, se recomienda la no penalización de la "acusación falsa": "La legislación no ha de incluir una disposición que penalice falsas acusaciones/alegaciones".

La norma de corroboración y la de advertencia cautelar no se encuentran consagradas en nuestro derecho procesal penal, por lo que no es válido invocarlas judicialmente.

La Corte IDH señala que para alcanzar la igualdad el juzgador debe tomar en cuenta los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La existencia de estos factores en la realidad social hace necesaria la adopción de

medidas de compensación para reducir y eliminar las deficiencias del sistema que no permiten una adecuada impartición de justicia. El estudio integral de la igualdad implica la de aquellas condiciones que justifican un trato diferenciado, de manera objetiva y razonable, para no afectar desproporcionadamente un derecho y así no incurrir en actos discriminatorios. Destaca la importancia de la declaración de la víctima sobre un hecho de violencia sexual como fundamental en la investigación, juzgamiento y sanción de los hechos (Caso "Inés Fernández Ortega y otros c. México", sentencia de 30/08/2010).

A su vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo aplicación del art. 6 del Convenio Europeo a los derechos de los testigos vulnerables y de las víctimas: "En este contexto, los principios de juicio justo también requieren que en casos apropiados los intereses de la defensa sean balanceados con aquellos de testigos o víctimas llamados a declarar" (17).

Continúa el documento de la Comisión IDH:

"143. Otro de los desafíos más importantes en la denuncia de casos de violencia sexual contra niñas es la falta de credibilidad que se le otorga a lo alegado, en base a la doble discriminación histórica que han sufrido debido a su edad y género.

"Como lo señala la directriz 2.d) de las Directrices sobre la Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos de la Oficina Internacional de los Derechos del Niño: 'la edad no debe representar un impedimento al derecho del niño a participar plenamente en el proceso de justicia'.

"148. Los obstáculos presentados en la etapa de denuncia tienden a continuar en la fase de investigación. El énfasis exclusivo en la prueba física, y la poca credibilidad conferida a la palabra de las víctimas continúan siendo, desde el punto de vista procesal, dos de los mayores impedimentos para el acceso a la justicia de mujeres que han podido superar las limitaciones enunciadas y han procedido a hacer una denuncia.

"150. Subsisten además en la región criterios, presunciones y prejuicios que al ser utilizados por fiscales o jueces al momento de decidir sobre la existencia de pruebas suficientes para investigar o fallar en los casos de violencia contra las mujeres, tienen un grave impacto discriminatorio. Es todavía frecuente la poca credibilidad otorgada a la palabra de las víctimas.

"152. Los problemas en la investigación se presentan también por la insistencia de algunos jueces de la región en hacer prevalecer aspectos formales y técnicos por sobre los aspectos sustanciales, lo que continúa generando niveles altos de impunidad. Un ejemplo de esta situación es el fallo de absolución otorgado por la Corte Suprema de Justicia de Colombia a dos hombres acusados de violar a una menor fundamentando que por vulneración del principio de congruencia (juez de primera instancia no condenó a los acusados por el mismo delito por el que el acusador pidió condena) no podían ser condenados".

Esta reflexión reconoce que hoy en día resulta indiscutido que el fin inmediato del proceso penal es la consecución de la verdad objetiva.

Prosigue este documento expresando:

"153. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de 'Inés Fernández Ortega y otros vs. México' (sentencia de 30/08/2010) hace explícitos varios de los aspectos que debe asegurar el Estado en las investigaciones por violencia sexual. La Corte destaca que, ante un acto de violencia sexual contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven 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 encargadas de su protección.

"La Corte destaca la importancia de la declaración de la víctima sobre un hecho de violencia sexual como fundamental en la investigación, juzgamiento, y sanción de los hechos. Asimismo, durante la investigación y el juzgamiento de los casos de violencia sexual, el Estado debe asegurar el pleno acceso y la capacidad de actuar de la víctima y proporcionarle los medios para que ella acceda y participe en las diligencias del caso" (18).

El Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires ha ratificado en diversos pronunciamientos la entidad probatoria de la declaración de la víctima: "En el proceso penal es válida la testifical del testigo-víctima por no ser exactamente un tercero ajeno a los hechos; la cual estará sujeta a apreciación controlada por parte del tribunal de primera instancia". "La declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil, en principio, para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia". "No es óbice para sustentar la base probatoria el solo testimonio de la víctima, pues lo que importa es que exhiba una coherencia que no se contradiga con otros elementos de prueba válidamente recogidos y, que la valoración efectuada por el sentenciante no exhiba un razonamiento falaz o apoyado en apreciaciones puramente subjetivas". "En el sistema actual, tener interés en la causa no es motivo suficiente para cuestionar la declaración testimonial de la víctima, pues lo que debe acreditarse es que quien depone falte a la verdad u oculte parte de ella o de alguna manera perjudique con su declaración al encartado movido exclusivamente por sentimiento de odio, venganza, etc.". "La declaración de la víctima, sobre todo en delitos contra la integridad sexual cometidos en la intimidad buscada por el agresor, puede integrar la prueba de cargo necesaria para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, pues de otra manera se crearían espacios de impunidad inaceptables; no tratándose de la existencia de la huera imputación, ya que ante todo es menester proceder a un análisis minucioso de la misma y de su credibilidad junto a la existencia de otros datos o elementos que puedan robustecer dicha credibilidad". "En los casos donde los hechos delictivos por su especial modo de comisión no puedan ser corroborados por otros medios, la deposición de la damnificada no debe ser soslayada o descalificada, dado que ello constituiría una forma de violencia institucional contraria a los parámetros internacionales". "La sala VI entendió que no es posible concebir un derecho penal moderno sin contemplar los derechos de las víctimas y, en particular, frente a la violencia de género, la revisión de la valoración probatoria debe efectuarse con especial cautela, otorgando singular relevancia al testimonio de la mujer" (19).

V. El ámbito de Naciones Unidas

V.1. Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

De entre todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, uno particularmente complementario de la Convención de Belém do Pará es la Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Ambas reconocen a la mujer el derecho a vivir libre de violencia y de discriminación de género. Y es que, si bien una se centra en el fenómeno de la violencia y la otra en el de la discriminación, las dos son instrumentos bivalentes para enfrentar ambas realidades, originadas en las históricamente desiguales relaciones de poder entre mujeres y hombres.

En el caso de la CEDAW, el fundamento lo encontramos en la Recomendación

General 19 del Comité CEDAW sobre "La violencia contra la mujer", de 1992, en la cual se establece sin ambages que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que limita gravemente el disfrute de sus derechos humanos. Por su parte, la Convención de Belém do Pará establece el nexo inseparable entre la violencia y la discriminación contra las mujeres en su art. 6º, en el cual dispone que el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia conlleva su derecho a no ser discriminadas y a ser educadas sin estereotipos de género ni patrones de inferioridad.

V.2. La Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, a la que debe ajustarse el cometido del juez o tribunal para que su decisión resulte una derivación razonada del derecho vigente, explícitamente estatuye como un principio basal de todo procedimiento judicial que en este la/el niña/o debe ser oída/o (art. 12). Y, debiéndosele oír, sus dichos deben ser valorados por el juzgador con base en los datos objetivos obrantes en la causa, pues de lo contrario carece de todo sentido que se la oiga, volviendo anodino el precepto convencional, hoy integrante del bloque de constitucionalidad federal (art. 75, inc. 22, CN), cuyo desconocimiento, en tanto que tal, conlleva infracción a nuestra Ley Fundamental.

Es de agregar que el relato de la niña víctima no puede ser mutilado ni parcializado; por el contrario, debe apreciarse en la totalidad de su contenido.

A su turno, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, en el documento E/2005/20, de 10/08/2005 —que en su punto 6 "Recomienda que los Estados miembros señalen las Directrices a la atención de las organizaciones e instituciones gubernamentales y no gubernamentales pertinentes", exhortándolos a "esforzarse en todo momento por vencer las dificultades prácticas que plantea la aplicación de las Directrices" (punto 2)—, anota en sus consideraciones: "Consciente asimismo de que la participación de los niños que son víctimas y testigos de delitos en el proceso de justicia penal es necesaria para un enjuiciamiento efectivo, en particular cuando el niño que es víctima puede ser el único testigo".

Recuerda igualmente este documento "que la Convención sobre los Derechos del Niño establece requisitos y principios destinados a asegurar el reconocimiento efectivo de los derechos de los niños y que la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder establece principios cuyo fin es conferir a las víctimas el derecho a la información, participación, protección, reparación y asistencia...".

En el punto 8.c) de los Principios que consagra se lee: "Interés superior del niño. Si bien deberán salvaguardarse los derechos de los delincuentes acusados o declarados culpables, todo niño tendrá derecho a que su interés superior sea la consideración primordial. Esto incluye el derecho a la protección y a una posibilidad de desarrollarse en forma armoniosa...".

Y en el punto 18: "La edad no deberá ser obstáculo para que el niño ejerza su derecho a participar plenamente en el proceso de justicia. Todo niño deberá ser tratado como testigo capaz, a reserva de su examen, y su testimonio no se considerará carente de validez o de credibilidad solo debido a su edad, siempre que por su edad y madurez pueda prestar testimonio de forma inteligible y creíble, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia".

En el punto 21.b) consigna: "Velando por que los niños víctimas y testigos de delitos puedan expresar libremente y a su manera sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso de justicia, sus preocupaciones acerca de su seguridad en relación con el acusado, la manera en que prefieren prestar

testimonio y sus sentimientos acerca de las conclusiones del proceso...".

Y en el punto 21.c) aconseja prestar "la debida consideración a las opiniones y preocupaciones del niño y, si no les es posible atenderlas, explicando al niño las causas".

Por lo tanto, y como lo tiene expresado el Tribunal Supremo de España, las reservas que se puedan abrigar a su respecto no son otras que las correspondientes a la teoría general del valor de todo testimonio (20).

De lo anterior se infiere que es reconocida universalmente la "atendibilidad" de la declaración de la niña o niño testigo o víctima, desterrando definitivamente todo prejuicio que se tenga a su respecto, por infundado, porque no es nada más que eso: un prejuicio.

La Corte IDH se hizo eco de estas directivas en el caso "V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua", sentencia de 08/03/2018 (párrs. 159/161), procurando evitar su revictimización y, mediante las protecciones especiales y el acompañamiento especializado, generar las condiciones adecuadas para que puedan participar en forma efectiva en el proceso penal (párrs. 163, 164, 166/169 y sus citas).

De ahí que la base desde la cual se debe partir es que la niña o niño no miente ni engaña, lo que vuelve innecesario toda indagación psicológica —o de otra cualquier vertiente científica— que certifique la veracidad de sus dichos; cuanto se debe probar es su mendacidad, al igual que la de cualquier testigo adulto.

En el sentido indicado, se tiene expresado: "Los delitos de abuso sexual se consuman en un marco de privacidad que conspira para la incorporación de elementos probatorios, por ello el testimonio de la víctima adquiere plena prueba al no advertir interés a perjudicar al imputado máxime cuando ese testimonio se ve corroborado por el informe psicológico" (21).

Entiéndase bien: "máxime cuando" —y no "siempre que"— ese testimonio se vea corroborado por el informe psicológico.

En el Principio 10 de la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada el 20/11/1959 por la Asamblea General de la ONU, se expresa: "El niño [...] tiene los mismos derechos que los demás [...]. Cualquiera sea el color de la piel, de sus ojos o de su cabello, debe ser respetado...".

Partir de la base de que mienten, engañan o fabulan es descreer de su inocencia.

Por consiguiente, ese punto de partida se trata de una proposición absolutamente descartada por el derecho internacional y por la interpretación que de sus cláusulas efectúan los organismos internacionales competentes y tribunales nacionales; es que ella discrimina en contra de las niñas y los niños, infringiendo así el art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por ende, nuestra Constitución Nacional (art. 75, inc. 22).

En "La protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la violencia sexual", Casas Gordal nos recuerda que uno de los signos del abuso sexual padecido es la vergüenza: "Hay una percepción casi innata de que algo muy privado no está siendo bien tratado. El sentido del pudor, que ya es claro a partir de los 4 o 5 años, es violentado. Sensación de estar dañado, marcado, de que todos lo saben. Alteración profunda de la autoestima. Los niños, especialmente los más pequeños, no tienen el desarrollo cognitivo como para decodificar los hechos. Los niños y niñas abusados crecen dudando de su capacidad para interpretar la realidad, se vuelven niños muy inseguros de sí mismos, y de sus capacidades" (22).

Otros son: a) la persistencia del relato a lo largo del tiempo, o frente a diferentes personas, o contextos de evaluación; b) la reacción emocional congruente con lo

relatado (temor, humillación, vergüenza, culpa, disgusto, malestar, etc.).

Esta autora nos hace presente que la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes es una violación a los derechos humanos y a los derechos particulares de una persona en desarrollo. Es una violación al derecho: a) a la integridad física y psicológica; b) al respeto; c) a la dignidad; d) a la sexualidad responsable y protegida; e) al desarrollo físico, moral, espiritual y sexual.

La violación genera, para cualquier mujer, rechazo, repulsión, tristeza, apatía, etc.; en una palabra, afecta todo su esquema afectivo, y así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia que pronunciara en el caso "Vera Rojas, Rolando": "La prueba de los delitos contra la honestidad [...] resulta de difícil recolección, no solo por los desarreglos sicológicos que provocan en la víctima..." (23).

El delito de abuso sexual violento, más que un delito de resultado material, es uno de resultado psicológico, pues quien sufre ese tipo de agresiones, aun cuando es posible que no presente deterioro físico asociado al acto, sí es afectado en su conducta, sentimientos y percepciones en función del tiempo; es decir, conmueve sus relaciones interpersonales y/o con el entorno, pues puede volverse autista, aislado, depresivo, ansioso, etc. Lo pone de relieve Vargas Llosa en su reputada novela "La fiesta del chivo".

Siguiendo las experiencias recogidas por los autores que cita en su ya mencionado artículo, Casas Gordal nos dice: "El testimonio de un niño ha de ser considerado el argumento principal para valorar la existencia o no del abuso sexual. La información adicional (por ejemplo, indicadores físicos y comportamentales, características del entorno familiar, características del abusador) debe ser tenida en cuenta y se debe valorar si apoya o es congruente con las manifestaciones del niño, pero no puede sustituir el testimonio de este. El relato del niño tiene tanta importancia que, si es creíble, puede ser suficiente por sí mismo para confirmar la existencia del abuso" (24).

VI. Otros derechos tutelados

En la generalidad de estos sucesos ocurre que el victimario actúa ocultamente, aprovechando el marco de intimidad para cometer los ataques a la integridad sexual de la niña.

No debemos olvidar, tampoco, el poder de hecho que aquel ejerce sobre su víctima, hasta que esta pueda exponer la difícil situación de violencia, tanto física como sexual, de que ha sido objeto en el seno de las relaciones intrafamiliares.

Como lo postula el Superior Tribunal de Tierra del Fuego (25): "...la calidad de 'guardador' debe ser interpretada en forma amplia, comprensiva de toda persona que de hecho tiene el cuidado y gobierno del menor, cualquiera que sea la circunstancia que haya originado esa situación".

Por último, el art. 5º de la Convención de Naciones Unidas sobre Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, al disponer que los Estados parte deberán tomar todas las medidas necesarias para modificar los patrones culturales que enuncia, según se ha visto precedentemente, está indicando que no transige con ellos.

Se configura, entonces, un triple orden de trato discriminatorio, a saber: por ser persona, por ser mujer y por ser niña.

Estas circunstancias vinculan el hecho del caso con los derechos protegidos por los arts. 3º, 4º, 5º, 6º y 16 de la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales. Del mismo modo, quebrantan los arts.

3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º de la ley 24.832, en tanto esta aprueba la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, o Convención de Belém do Pará.

Según el art. 11.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a que se respete su honra y su dignidad. La niña o niño es una persona y, por consiguiente, acreedora de ese respeto.

El art. 19 de esa misma Convención prescribe que los niños merecen la protección que su condición de menores requiere, por parte de la familia, de la sociedad y del Estado. Luego, la primera obligada es la familia, es decir, sus integrantes o componentes.

En la Declaración de los Derechos del Niño, ya citada, se consagran estos otros principios: "Principio 6. Los niños, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesitan de amor y comprensión. Principio 8. Los niños deben ser los primeros en recibir protección y socorro. Principio 9. El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación".

A su vez, la Convención de los Derechos del Niño establece la eliminación del abuso sexual de ellos en el seno de la familia (art. 19), prescribiendo que incumbe a los padres la responsabilidad primordial de proporcionarles las condiciones de vida que sean necesarias para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27.2).

Teniendo presente el contenido de estas convenciones, la res. 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU exige la eliminación de la violencia contra las mujeres y exhorta a los Estados a "establecer y reforzar en la legislación nacional sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres y las niñas que sean objeto de cualquier forma de violencia, ya sea en el hogar, en el lugar de trabajo, la comunidad o la sociedad".

Luego, las convenciones de cita reconocen que no solamente el Estado, sino también los particulares, pueden violar los derechos y libertades fundamentales de las niñas y niños, trasgresión que fuera denominada por la doctrina alemana Drittwirkung.

La mencionada normativa internacional —que también integra nuestro derecho interno (art. 75, inc. 22, CN)— responde a la circunstancia de ser la familia el "elemento natural y fundamental de la sociedad" (art. 17.1, Convención Americana), donde la niña y el niño realizan su primera experiencia de vida comunitaria. Consecuentemente, si en su seno no se le proporcionan a la niña las condiciones de vida que sean necesarias para el mentado desarrollo integral de su personalidad y, por el contrario, es en su ámbito donde es abusada sexualmente, está claro que sus componentes mayores no han cumplido con esas obligaciones, siendo pasibles de la sanción correspondiente. El medio donde vivió sus primeros años no constituyó una "familia" en los términos definidos por estas Convenciones; se le negó la posibilidad de "tener una familia", de "vivir en familia". ¿Cuál será el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social que ha de alcanzar —de alcanzar alguno—, si tan solo era un objeto de malsano deseo, y no de respeto a su eminente dignidad de ser humano?

Recordemos, con Víctor Hugo, que la familia es el espejo de la sociedad, y con Teognis de Megara, que es mucho más fácil dar el ser a un hijo que darle una buena alma. De ahí nuestro compromiso, en tanto adultos, para hacer que en el hogar las niñas y los niños se desarrollen plenamente en lo físico, mental, moral y espiritual, para lo cual es necesario proporcionarles un ambiente de armonía, amor, comprensión y tolerancia. Lo vivido en la edad temprana es fundamental para la

edad adulta; por ello, a la niña y al niño debe garantizárseles el respeto y la protección de sus derechos; asimismo, deben brindárseles todos los cuidados necesarios para su completo desarrollo. Dame un niño hasta los siete años y yo te respondo por su edad adulta, pregonaba al respecto Jean Piaget.

Y he aquí la triste paradoja del sistema penal retributivo: mientras procura la "resocialización" del victimario, no hace lo propio con la víctima del delito. Dentro del proceso penal se la somete a un injusto y desequilibrado estatuto del "olvido"; su presencia a lo largo del proceso se reduce al de mero objeto de valoración probatoria o, en el mejor de los casos, a un personaje secundario e intrascendente que, a lo sumo, es acreedor de compasión de los operarios del sistema judicial y de la sociedad. La concepción del derecho penal retributivo ha distanciado ostensiblemente al delincuente de la víctima y ha puesto a esta última como un simple sujeto pasivo, destinatario casual del crimen.

Por ello, a fin de encontrar una solución a tamaña desigualdad, es de toda justicia que la sentencia disponga que se proporcione a la víctima, por intermedio del organismo o dependencia administrativa que corresponda, la asistencia de cualquier índole que su situación —física, psíquica o psicológica— requiera, sin que su situación económica o posición social sea un impedimento para ello.

La sentencia definitiva debe disponer la protección reforzada en materia de victimización infantil, incluidos el abuso sexual (art. 19.1, Convención de los Derechos del Niño) y la perspectiva de género, siendo de recordar que la Corte Suprema nacional ya había establecido que "La consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño —art. 3.1— impone a toda autoridad nacional en asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos" (26).

VII. Las obligaciones "reforzadas" y la "debida diligencia"

A) La doctrina enseña que "...el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial eficaz ha adquirido en el derecho internacional un perfil amplio y flexible, que supera en mucho al viejo y clásico derecho a la jurisdicción tal como fue acuñado en nuestro derecho interno, la remoción y liberación de trabas..." (27).

Pues bien, de acuerdo con la ONU Mujeres, la violencia contra las mujeres y las niñas "es una manifestación extrema de la desigualdad y discriminación por motivo de género y a la vez una herramienta, a veces mortal, para mantener su situación subordinada. Ninguna mujer o niña está completamente libre del riesgo o alcance de esta pandemia mundial" (28).

En el caso "Inés Fernández Ortega y otros vs. México", ya citado, la Corte IDH señala que para alcanzar la igualdad el juzgador debe tomar en cuenta los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La existencia de estos factores en la realidad social hace necesaria la adopción de medidas de compensación para reducir y eliminar las deficiencias del sistema que no permiten una adecuada impartición de justicia. El estudio integral de la igualdad implica la de aquellas condiciones que justifican un trato diferenciado, de manera objetiva y razonable, para no afectar desproporcionadamente un derecho y así no incurrir en actos discriminatorios.

También tiene establecido que las pruebas relativas a los antecedentes sexuales son, como principio, inadmisibles. Abrir una línea de investigación sobre el comportamiento sexual o social demuestra la existencia de estereotipos de género, constituyendo una tendencia a desacreditar a la víctima y a culpabilizarla (29). Valoraciones de esta naturaleza muestran un criterio discrecional y

discriminatorio con base en el comportamiento de la víctima por el solo hecho de ser mujer, constituyendo un estereotipo de género incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos. De ahí que rechace toda práctica semejante (30). Doctrina que le da la razón al Dr. Casal en este aspecto de su dictamen y anatematiza la postura del fiscal de Río Negro.

A su turno, el Comité CEDAW, en su Recomendación General Nº 33 (2015), sostiene que los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes [26], y que la eliminación de los estereotipos judiciales en los sistemas de justicia es una medida esencial para asegurar la igualdad y la justicia para las víctimas y los supervivientes [28].

Por ello, en el estudio de casos como el que comento, reviste importancia capital resaltar que la consideración de la violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos permite hablar de obligaciones reforzadas de los Estados cuando previenen, investigan, sancionan y reparan estos hechos.

Es decir, en tales hechos es doctrina pacífica de Corte IDH que los Estados parte asumen obligaciones "reforzadas".

En sus informes temáticos, la Comisión IDH también ha destacado la obligación "reforzada" de los Estados de adoptar medidas de protección hacia grupos de mujeres en particular riesgo de violaciones de sus derechos humanos con base en más de un factor combinado con su sexo, incluyendo las niñas, las afrodescendientes, las indígenas, las migrantes y las defensoras de derechos humanos, entre otros grupos (31).

B) A su vez, una norma consistente del derecho Internacional general obliga a los Estados a prevenir y responder con la debida diligencia a los actos de violencia contra la mujer (32).

La "debida diligencia" es al mismo tiempo una obligación de los Estados y un principio informante del derecho internacional de los derechos humanos. La primera en desgranar este principio/obligación fue justamente la Corte IDH, afirmando que los Estados no solo van a ser responsables por los actos del poder público o personas que se prevalen de los poderes oficiales que ostentan, sino también cuando "un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención" (33).

La Convención de Belém do Pará consagra esta obligación estatal específicamente en relación con la prevención, erradicación y sanción de la violencia contra las mujeres, al disponer en el punto b) de su art. 7º (deberes inmediatos de los Estados) que los Estados deberán "actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer".

Así lo recuerda la Corte IDH en el caso "V. R. P., V. P. V., y otros vs. Nicaragua", sosteniendo consecuentemente que "analizará las presuntas violaciones a derechos en perjuicio de una niña, no solo con base en los instrumentos internacionales de violencia contra la mujer, sino que también los examinará 'a la luz del corpus juris internacional de protección de los niños y las niñas' [...], el cual debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de las niñas, niños y adolescentes y en el caso particular, de la obligación estatal reforzada de debida diligencia. Asimismo, la Corte dará aplicación concreta a los

cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña en todo procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación..." (34). Agrega que esa diligencia "no solo abarca las medidas de protección reforzada antes y durante el desarrollo de las investigaciones y proceso penal, sino que debe incorporar también medidas a ser adoptadas con posterioridad, para lograr la recuperación, rehabilitación y reintegración social de la niña, niño o adolescente, teniendo en cuenta su derecho a la supervivencia y al desarrollo integral"; medidas que se extienden a los familiares (35).

También en la Recomendación General Nº 19 del Comité CEDAW se establece: "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 e indemnizar a las víctimas".

Comentando la sentencia del citado tribunal supranacional con asiento en San José, pronunciada en el famoso caso "Campo Algodonero", nos dice Abramovich —otro magistrado de la Procuración General de la Nación y exmiembro de la Comisión IDH—:"El esquema de obligaciones de la Convención de Belém do Pará y en especial el deber de debida diligencia, solo puede entenderse a partir de la relación que se establece en ese instrumento entre violencia y desigualdad. Las relaciones desiguales de poder son claves para entender la dinámica de la violencia de género y de allí la imposición al Estado de un deber de prevención y protección diferenciado o 'reforzado' en palabras de la Corte [...]. El Estado es garante de la igualdad, y por lo tanto tiene una posición de garante frente a patrones de violencia que afectan a grupos subordinados. Su deber de debida diligencia en la protección del grupo discriminado es, en consecuencia, un deber calificado o más intenso" (36).

Uno de los agravios expresados en el recurso extraordinario federal interpuesto contra la sentencia de grado ha sido, precisamente, no haber actuado el tribunal con la debida diligencia.

En síntesis, la noción de "debida diligencia" tiene una creciente raigambre en la protección de los derechos humanos de las mujeres y resulta una herramienta indispensable al momento de exigir, nacional o internacionalmente, el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación.

En la segunda causa en comentario, el Dr. Casal critica el fallo impugnado por no haber tenido en consideración esta figura que se funda en el art. 7.b) de la Convención de Belém do Pará a fin de valorar los hechos, a la que suman la ley 26.485 [art. 16.i)] y la Recomendación del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (CEVI) de adoptar los estándares desarrollados al respecto por la Corte Interamericana.

VIII. La "perspectiva de género"

A todas esas preceptivas legales se suma que la apreciación de estos asuntos debe encararse desde una perspectiva de género, concepción que responde a la necesidad de hacer efectivas en la realidad de los casos judiciales las mandas de las convenciones y recomendaciones internacionales referidas a la tutela de este sector vulnerable de la sociedad.

Esta categoría de análisis permite, entre otras cuestiones, hacer regir el principio "pro persona" en la interpretación de la norma aplicable y un impacto

diferenciado de una norma aparentemente neutral. Juzgar con perspectiva de género es hacer realidad el derecho fundamental a la igualdad (37).

Género y "perspectiva de género" conforman cada vez más la protección nacional e internacional de los derechos humanos. Tanto los ordenamientos jurídicos nacionales como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de las personas refugiadas van integrando progresivamente en su seno esta mirada que posibilita una más eficaz protección de los derechos humanos. De tal modo, el fenómeno de "transversalización" (mainstreaming) por el género de la protección internacional de los derechos humanos se materializa en numerosos aspectos.

La perspectiva de género supone, asimismo, un criterio interpretativo fundamental en relación con todos los instrumentos del sistema. Aplicar ese criterio conlleva que, en todo caso o situación bajo análisis, se evalúe el impacto diferencial que en relación con cada derecho en juego existe para las mujeres y para los hombres.

El control simbólico ejercido por las relaciones de poder de esa sociedad adulto-céntrica contribuye principalmente a la perpetuación de la violencia en sus más amplios sentidos: psicológica, física y, por vías de consecuencia, sexual, principalmente contra menores de edad femeninas. La violencia de género no atañe solamente a las mujeres adultas, sino también a las niñas y, en la mayor parte de las veces, acaba por ser escondida (38).

"La perspectiva de género implica, por un lado, una crítica a la visión exclusiva del mundo en clave masculina y por otro, una relectura y resignificación de la historia, de la sociedad, la cultura, la economía y la política. De lo que se trata es de hacer relecturas, resignificaciones y reconceptualizaciones que permitan un análisis diferenciado del mundo y de la realidad; de la aplicación de las normativas e instrumentos internacionales de derechos humanos, para poder actuar sobre ella y transformarla mediante la práctica de relaciones igualitarias y no discriminatorias" (39).

La aplicación de la perspectiva de género permite observar y comprender el impacto diferenciado de programas, proyectos, políticas y normas jurídicas sobre las personas con el fin de evitar que se reproduzcan situaciones de discriminación y exclusión y que, por consiguiente, se pueda brindar una mejor y mayor protección a sus derechos, al dejar de lado toda aproximación neutral a la noción de víctima y permitir reconocer las particularidades de mujeres y hombres al ser afectados por las violaciones a sus respectivos derechos humanos.

La perspectiva de género con que deben encararse estos hechos permite descartar la consideración de la mujer como la "víctima provocadora" de la victimología clásica.

Resulta importante remarcar que la consideración de la violencia contra la mujer como problema social implica no solo una visualización del problema, sino también una nueva forma de abordar su explicación. Así, si desde un análisis como problema individual se entendía esta violencia como consecuencia de alguna situación o circunstancia particular (situación socioeconómica, psicopatología del agresor, etc.), desde su consideración como un problema social pasa a entenderse que la violencia contra la mujer tiene su origen último en unas relaciones sociales basadas en la desigualdad, en un contrato social entre hombres y mujeres que implica la presión sobre un género (el femenino) por parte del otro (el masculino).

En el caso "V. R. P., V. P. V., y otros vs. Nicaragua", la Corte IDH aclaró que, sin perjuicio de adoptar los estándares establecidos en juicios de violencia o

violación sexual contra mujeres adultas, en el marco del acatamiento del art. 19 de la Convención Americana, los Estados deben adoptar además medidas particularizadas y especiales cuando la víctima es una niña, niño o adolescente.

En el segundo caso referido, el Dr. Casal advierte que en tanto que el tribunal a quo tuvo por cierto que la mujer había recibido golpes por parte de su marido, esa premisa le indicaba que el asunto debía examinarse a la luz de la normativa específica sobre la violencia de género que fue indebidamente soslayada. Remata su dictamen citando la doctrina sentada por la Corte IDH según la cual estos casos deben considerarse según la perspectiva de género, recordando que el CEVI recomienda incorporar un análisis contextual que permita comprender que la reacción de las víctimas de violencia de género no puede ser medida con los estándares utilizados para la legítima defensa en otros tipos de casos, en tanto que la violencia contra la mujer tiene características específicas que deben permear en el razonamiento judicial al interpretar el contenido de la agresión ilegítima —o su amenaza— del art. 34, inc. 6º, del Cód. Penal o de la proporción del medio empleado. Para el CEVI, interpretar que cualquier comportamiento anterior a la agresión es una "provocación" constituye un estereotipo de género.

IX. La Corte Suprema de México y sus Protocolos

Siguiendo estos lineamientos, en el "Protocolo iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas", elaborado por Corte Suprema de Justicia de México (2014), se consigna: "Pues bien, las características específicas de la infancia impactan de forma significativa en la forma en que rinde su testimonio, en sus habilidades para comprender el lenguaje hablado, en su capacidad para elaborar un relato de manera coherente y ordenada, en o para recordar los hechos de manera precisa y suficiente, en la manera como controlar las emociones para sobrellevar una situación que le provoca angustia, en su capacidad de mantener la atención y concentración durante la diligencia, entre otros aspectos.

"Debe recordarse que el derecho internacional de los derechos humanos tiene como fuentes no solo aquellas normas de carácter obligatorio, sino también instrumentos no vinculantes como las declaraciones, las reglas generales, los principios o las opiniones consultivas, que en tanto desarrollan el contenido y alcance de los derechos reconocidos en los tratados internacionales también son un referente necesario.

"Finalmente habría que tomar en cuenta que estos documentos contienen principios generales de derecho internacional y normas ius cogens que, al tratarse de normas imperativas que no admiten práctica en contrario, los Estados no puede dejar de cumplir.

"La valoración del dicho de un niño, niña o adolescente deberá hacerse considerando los criterios de credibilidad establecidos. Dichos criterios deben orientar la valoración judicial, quien en el uso de su buen criterio deberá fundar y motivar su valoración en consideración de estos".

A su turno, en el "Protocolo para juzgar con perspectiva de género" (40) de ese mismo tribunal, la argumentación jurídica con perspectiva de género requiere, inter alia: "Evidenciar los estereotipos y los sexismos detectados en los hechos acontecidos, en la valoración de las pruebas" (41).

X. La política criminal

A todos estos postulados no puede escapar la política criminal, que es definida

como "el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Como se sabe, estas respuestas son de la más variada índole y no se reducen al ámbito penal. Los objetivos de la política criminal no son solo la prevención y represión del delito, sino también lo relativo al funcionamiento del proceso penal, los fines de la pena y la política penitenciaria. En todos estos ámbitos reseñados, un enfoque de género será útil y necesario" (42).

Luego, cabe aprobar que el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División para Adelanto de la Mujer, de la ONU, haya producido el "Manual de legislación sobre violencia contra la mujer" (2010), instrumento en el que, entre otras recomendaciones, consigna: "La legislación ha de: Ser exhaustiva y multidisciplinar y tipificar todas las formas de violencia contra la mujer, así como incluir cuestiones de prevención, protección, empoderamiento y apoyo (sanitario, económico, social y psicológico) a las supervivientes, además de un castigo adecuado a los autores y la disponibilidad de soluciones jurídicas para las supervivientes" (43).

Todo ello conlleva encarar una consideración privativa en la evaluación de los hechos atendiendo a las circunstancias personales de víctima y victimario. Cuanto está en juego no solo es la integridad física de la mujer, sino su libertad y sus derechos básicos, que hoy en día merecen mayor protección.

En esa línea de política criminal se inscribe la jurisprudencia: "La Ley de Protección Integral de la Mujer 26.485 tiene por finalidad otorgar mayor protección a los casos comúnmente conocidos como de violencia de género, en los que, por el vínculo de confianza existente entre el autor y la víctima, esta se encuentra en una situación de exposición mayor. El Estado tiene el deber de cumplir con la obligación de tutela real y efectiva de las pautas establecidas en el art. 16 de la ley citada, que incluye el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia. Deben plasmarse los compromisos que, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad internacional, se han asumido mediante la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —Convención de Belém do Pará—, que revisten jerarquía constitucional" (44).

A su vez, cuando la víctima es una niña, se suma a la normativa precedente la Convención sobre los Derechos del Niño.

XI. Conclusiones

Por consiguiente, los Estados son responsables de la violencia y la discriminación contra la mujer que tengan lugar en las esferas tanto pública como privada de sus vidas. Esto implica que las diversas funciones de los Estados en sus respectivas esferas de competencia (ejecutiva, legislativa y judicial) no pueden permanecer indiferentes en relación con actos perpetrados contra la mujer por particulares (incluidos entre los denominados "agentes no estatales"), ya sea que sucedan en el hogar, en el trabajo o en la calle, sino que tienen la obligación de asumir la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar a sus responsables y reparar sus consecuencias, evitando su repetición. En términos prácticos, esto significa que desde el momento en que una mujer que sufre violencia pone sus pies en una comisaría o en cualquier otra dependencia pública pidiendo protección, o en general desde que los hechos llegan al conocimiento de agentes del Estado,

este debe hacer todo lo necesario para atender integralmente su situación, aun de oficio, como lo señala la Corte IDH en varios de sus pronunciamientos (45).

Por otra parte, la Comisión IDH, en un documento más reciente acerca del tema, menciona una sentencia de un tribunal provincial argentino cuya inclusión en el informe habla por sí mismo de la trascendencia que le atribuye ese organismo supranacional: "Por último, me permito recordar que como funcionarios del Poder Judicial, estamos alcanzados por los deberes establecidos en la 'Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer' o 'Convención de Belém do Pará', que fuera adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, el 09/07/1994, ratificada por nuestro país el 05/07/1996 y convertida en ley nacional 24.632 [...]. Ese documento internacional, afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación a los derechos humanos y a sus libertades fundamentales. Consecuente con esta premisa, tiene por fin prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra ella. Por lo que sus normas, en casos en los que se sustancian problemáticas como las aquí consideradas, deben aplicarse con las adecuaciones correspondientes" (46).

Así también, la doctrina ha entendido "que la violencia contra la mujer implica una cuestión de género que trasciende el ámbito privado para convertirse en una cuestión de interés público" (47). Bien señala este autor que la regla general es que la violencia de género está implícita en la violencia contra la mujer, que, por lo mismo, constituye una modalidad de aquella, por lo que para su demostración no se precisa de mayores desarrollos y, como lógica consecuencia, está a cargo de quien afirma en un caso concreto probar que la violencia ejercida contra la mujer constituye una excepción a la regla general antes dicha.

Atingente a que la niña nada dijo sobre estos episodios a su progenitor, circunstancia en la cual el voto mayoritario se apoya para negar la existencia de los hechos abusivos, cabe reconocer que muchas veces los casos en los cuales se perpetran abusos contra la integridad sexual de la mujer son ocultados por motivos muy diversos, y ello no quita veracidad a la exposición hecha a otras personas; la niña es libre de contarlo a quien desee. En este sentido, la vicepresidenta de la sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Yolanda Jaimes, destacó que "Muchas veces este delito lo ocultan las mujeres víctimas de violencia. No debe permitirse".

Para ir finalizando, me parece importante remarcar que la consideración de la violencia contra la mujer como problema social implica no solo hacerla visible, sino también una nueva forma de abordar su explicación. Así, si desde un análisis como problema individual se entendía esta violencia como resultado de alguna situación o circunstancia particular (socioeconómica, psicopatología del agresor, etc.), desde su consideración como un problema social pasa a entenderse que esa violencia tiene su origen último en unas relaciones sociales basadas en la desigualdad, en un contrato social entre hombres y mujeres que implica la presión sobre un género (el femenino) por parte del otro (el masculino).

Reflexionando acerca de la misión de los jueces, Simone de Beauvoir nos dice que ella es procurar restaurar una comunidad humana de acuerdo con la idea que esta se ha forjado de sí misma y mantener los valores que el crimen ha negado. Rechazar en el presente, para el futuro, en nombre de la sociedad entera, esa culpa que no se puede borrar. El punto de mira es el porvenir. La pasión moral, la voluntad de encontrar las ruinas de la justicia en los actos de injusticia, se trata de una pasión sin otra militancia que la de restituir a la condición humana la dignidad perdida (48).

Al igual que Bourdieu (mucho menos, en verdad), lamentablemente no poseo la agudeza de Virginia Wolf y el infinito refinamiento de su obra ("Un cuarto propio", "Al faro", etc.) para llevar el análisis hasta los más recónditos efectos de una forma de dominio que se inscribe en la totalidad del orden social y opera en la oscuridad de los cuerpos, a un tiempo bases y principios de su eficacia, pero estimo humildemente que los desarrollos que anteceden resultan susceptibles de proporcionar adecuadamente el punto de vista aquí sostenido, permitiéndome poner punto final al presente trabajo.

(*) Abogado, Universidad Nacional de La Plata. Ex Procurador General de la Nación. Profesor en las siguientes universidades: UBA (adjunto de Derechos Humanos y Garantías Internacionales), Austral, Kennedy, Blas Pascal y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica) en diversas maestrías. Miembro y presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y juez ad hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fiscal ante el Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego.

(1) CS, 04/06/2020, "S., J. M. s/ abuso sexual - art. 119, 3er párr.", AR/JUR/35655/2020.

(2) CS, 29/10/2019, "R., C. E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa nro. 63.006 del Tribunal de Casación Penal, sala IV", CSJ 733/2018/CS1, AR/JUR/36601/2019.

(3) STC España 53/1985, de 11 de abril.

(4) BIDART CAMPOS, Germán y otros, "Los derechos humanos del siglo XXI. La revolución inconclusa", Ediar, Buenos Aires, 2005.

(5) Tribunal de Sentencia El Salvador, 22/12/2008.

(6) Una prueba de ello la constituye incluso nuestro propio Código Penal. En efecto, no obstante lo dispuesto en su tít. IV sobre la reparación de los perjuicios causados por el delito no solamente a la víctima directa, sino también a su familia, y comprendido también un tercero, no se tiene noticia de habérsele dado cumplimiento de oficio por parte de jueces y Tribunales en lo Penal, sino en contadísimas ocasiones, para no decir en ninguna.

(7) "Victimología y victimología femenina: las carencias del sistema", en DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. (coord.), Victimología femenina: asignaturas pendientes para una nueva ciencia, Universidad de Cádiz, 1994.

(8) Indagación contraria a las pautas internacionales, ha señalado con razón el procurador general interino.

(9) Consultar el archivo online del diario de la fecha citada y del 9 y el 12/06/2002.

(10) DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., ob. cit.

(11) Ver "Escándalo sexual. Declaró la menor violada y filmada en General Villegas", La Nación del 13/05/2010.

(12) Infobae del 03/06/2020.

(13) BOURDIEU, Pierre, "La dominación masculina", Ed. Anagrama, Barcelona, 2015, 9ª ed.

(14) Expte. 821/2009.

(15) Orientación que ha sido seguida por la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur mediante la sanción de la ley 1022.

(16) OEA/SER L/V/II. Doc. 65, 28/12/2011.

(17) "Doorson vs. Netherlands" (1996), 22 HER 330, párr. 70.

(18) En Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, como en muchas otras leyes procesales penales provinciales, el ordenamiento ritual admite que la

víctima pueda ser testigo (arts. 217 y 218, Cód. Proc. Penal) y su deposición valorarse según las reglas de la sana crítica (art. 216, ibidem). También, como la mayoría de los Códigos, prevé verdaderos supuestos de prohibición de declarar en contra del imputado a determinadas personas debido al vínculo que las une con él, no pudiendo testificar en contra del imputado su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, bajo sanción de nulidad, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo. Es decir, no media ningún impedimento apriorístico que prohíba específicamente la declaración testifical de la mujer víctima de violencia de género, o sea, que establezca una excepción a esa regla general.

(19) Citas extraídas de la Revista de Derecho Procesal Penal, 2017-II: "La víctima del delito. Aspectos procesales penales", Ed. Rubinzal-Culzoni.

(20) STS, 18/12/1991, RJ 1991, 9493.

(21) CCrim. 1ª Nom. Catamarca, 06/03/2007, "Mora, Isidoro M.", LLNOA 2007-740; ver la obra de BAIGÚN - ZAFFARONI - TERRAGNI, "Código Penal. Parte general", Ed. Hammurabi, 2008, t. 4, p. 542, fallo 9.

(22) CASAS GORDAL, Alicia, "¿De qué hablamos cuando hablamos de violencia sexual hacia niñas/os y adolescentes?", Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 2003.

(23) CS, 15/07/1997, Fallos 320:1551; LA LEY, 1998-A, 312 y ss., fallo 96.642.

(24) JONES, D. - McQUISTON, M., "Interviewing the Sexually Abused Child", The Henry Kempe National Center, Denver, 1985.

(25) Caso "Oros", expte. 328/99, SR, con cita de DE LA RÚA, Jorge, "Código Penal. Parte general", Ed. Depalma, 1997, p. 1148; idéntica conclusión exponen CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., "Tratado de derecho procesal penal", Ediar, 1963, t. III, p. 26; y FONTÁN BALESTRA, Carlos, "Tratado de derecho penal", Ed. AbeledoPerrot, 1990, t. III, p. 472; entre otros.

(26) CS, 02/08/2005, "S., C. s/ adopción", Fallos 328:2870.

(27) BIDART CAMPOS, Germán y otros, "Los derechos humanos del siglo XXI...", ob. cit., p. 4, letra k).

(28) ONU MUJERES, "El progreso de las mujeres en el mundo: en busca de la justicia", 2011, p. 32.

(29) Conf. 19/05/2014, caso "Veliz, Franco y otros vs. Guatemala".

(30) Conf. 19/11/2015, caso "Velásquez Pris vs. Guatemala".

(31) Comisión IDH, "Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas", OEA/SER.L/V/II.124 Doc. 5, rev. 1, 07/03/2006.

(32) RELATORÍA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, "La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer", 2006.

(33) 29/07/1988, "Velásquez Rodríguez vs. Honduras"; 19/11/2015, "Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala"; y 08/03/2018, "V. R. P., V. P. V., y otros vs. Nicaragua".

(34) Párrs. 155/157, donde se remite a sus Opiniones Consultivas OC-17/02, párrs. 96 y 98; y OC-21/14, párrs. 114 y 115.

(35) Idem, párr. 170.

(36) ABRAMOVICH, Víctor, "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso 'Campo Algodonero'", en La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en www.anuariocdh.uchile.cl.

(37) Extractado del citado "Protocolo para juzgar con perspectiva de género".

(38) VICENTE DE PAULA, Faleiros, "A violência sexual contra crianças e adolescentes e a construção de indicadores: a crítica do poder da desigualdade e do imaginário", en LEAL, Maria de Fátima Pinto - CÉSAR, Maria Auxiliadora (orgs.), Indicadores de violência intra-familiar e exploração sexual comercial de crianzas e adolescentes, CECRIA, Brasilia, 1998.

(39) INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, "Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos", IIDH, San José, 2008, p. 174.

(40) México, julio de 2013, ps. 48/56 y 106/131.

(41) Conf. Trib. Const. España, amparo 92/2008; Corte IDH, 28/11/2012, caso "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica", párr. 302.

(42) Conf. MARTÍNEZ, Mariana, "Las instituciones y la política criminal: articulación y coordinación de aspectos estratégicos y operativos", 2012.

(43) Recomendación 3.1.2, "Enfoque legislativo exhaustivo".

(44) Conf. CNCrim. y Correc., sala IV, 19/04/2013, "R. C. J. s/ procesamiento".

(45) Conf. 27/11/2013, "J. vs. Perú"; y 19/05/2014, "Veliz Franco y otros vs. Guatemala", donde también alude a "obligaciones reforzadas" en casos como el que me ocupa.

(46) "Conocimiento de derechos por las mujeres", expte. 151462/16.115, "Fiscal vs. C. E. p/ coacción", San Rafael, Mendoza, 14/08/2009, en Estándares jurídicos: igualdad de género y derecho de las mujeres. Actualización 2011-2014, Washington DC, 2015.

(47) BUOMPADRE, Jorge, "Los delitos de género en la reforma penal. Ley 26.791", Revista Pensamiento Penal, 4 feb. 2013.

(48) DE BEAUVOIR, Simone, "Ojo por ojo", en El existencialismo y la sabiduría de los pueblos, Edhasa, Barcelona, 2009.