

**“Violencia sexual
y discurso jurídico.
Análisis de sentencias
penales en casos de
delitos contra la
integridad sexual”**

Olga L. SALANUEVA (Directora)
Daniela M.J. ZAIKOSKI BISCAY (Compiladora)



Universidad Nacional
de La Pampa.
Facultad de Ciencias
Económicas y Jurídicas.

Olga L. SALANUEVA (Directora)
Daniela M.J. ZAIKOSKI BISCAY (Compiladora)

**“Violencia
sexual y
discurso
jurídico.
Análisis de
sentencias
penales en
casos de
delitos
contra la
integridad
sexual”**

Salanueva, Olga Luisa

Violencia sexual y discurso jurídico : análisis de sentencias penales en casos de delitos contra la integridad sexual / Olga Luisa Salanueva y Daniela María José Zaikoski Biscay ; compilado por Daniela Zaikoski Biscay ; dirigido por Olga Luisa Salanueva. - 1a ed. - Santa Rosa : Universidad Nacional de La Pampa. Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas. , 2015. 256 p. ; 18x25 cm.

ISBN 978-950-863-228-9

1. Ciencia Jurídica. I. Zaikoski Biscay, Daniela María José II. Zaikoski Biscay, Daniela, comp. III. Salanueva, Olga Luisa, dir. IV. Título
CDD 340

Fecha de catalogación: 09/03/2015

“Violencia sexual y discurso jurídico. Análisis de sentencias penales en casos de delitos contra la Integridad sexual”

Olga L. SALANUEVA (Directora)
Daniela M.J. ZAIKOSKI BISCAY (Compiladora)

Marzo de 2015 - SANTA ROSA - La Pampa – Argentina

Diseño: REGION® Empresa Periodística

Impreso en Argentina
ISBN 978-950-863-228-9
Cumplido con lo que marca la ley 11.723
EdUNLPam - Año 2015
Cnel. Gil 353 - CP L6300DUG
SANTA ROSA - La Pampa – Argentina

Autoridades

UNLPam

Rector: Cr. Pco. Sergio A. BAUDINO

Vicerrector: Mg. Hugo Alfredo ALFONSO

Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

Decano: Cr. Pco. Oscar Daniel ALPA

Vicedecano: Abog. Mg. Santiago G. MARULL

Secretaria de Ciencia y Técnica: Prof. Edith ALVARELLOS

EdUNLPam

Presidenta: Ana María T. Rodríguez

Director: Rodolfo Rodríguez

Consejo Editor: Ramiro A. Rodríguez; María Esther Folco; María Silvia Di Liscia; Santiago Audisio / Liliana Campagno; Celia Rabotnikof / Alicia Saenz; Edith Alvarellos / Yamila Magiorano; Paula Laguarda / Marisa Elizalde; Rubén Pizarro / Jorge Luis Olivares; Mónica Boeris / Ricardo Tosso; Griselda Cistac / Raúl Álvarez



INDICE

-DEDICATORIA.....	9
-AGRADECIMIENTOS	11
1). - PRESENTACIÓN Por Olga L. Salanueva	15
2). - APROXIMACIONES AL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA SEXUAL Por Olga L. Salanueva y Daniela M.J. Zaikoski Biscay	21
3). - ASPECTOS TEÓRICO-METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN Por Olga L. Salanueva	29
4). - EL GÉNERO DEL DISCURSO JURÍDICO. IMPLICANCIAS SOBRE LAS MUJERES Por Daniela M.J. Zaikoski Biscay	37
5). - GENERALIDADES EN TORNO A LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. ANÁLISIS CUANTITATIVO Por Olga L. Salanueva y Daniela M.J. Zaikoski Biscay	65
6). - EL PERFIL DEL VICTIMARIO DE DELITOS SEXUALES Por Daniela M. J. Zaikoski Biscay	83
7). - ANÁLISIS DEL CONTEXTO FAMILIAR DE LAS PERSONAS ABUSADAS Por Daniela M. J. Zaikoski Biscay y Olga L. Salanueva	103

8).	- ANÁLISIS CUALITATIVO DE LAS SENTENCIAS DE DELITOS SEXUALES Por Daniela M. J. Zaikoski Biscay	125
9).	- LOS CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL CONTRA MUJERES ADULTAS EN LA MUESTRA SELECCIONADA Por Daniela M. J. Zaikoski Biscay	151
10).	- LAS REPRESENTACIONES SOCIALES DE LOS OPERADORES JURÍDICOS Por Daniela M.J. Zaikoski Biscay	159
11).	- CARACTERIZACIÓN DEL NIÑO ABUSADO SEXUALMENTE EN LAS SENTENCIAS DE LAS CÁMARAS CRIMINALES DE SANTA ROSA, DURANTE LOS AÑOS 2008, 2009 Y 2010 Por Anabel Surin.....	173
12).	- ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN RESOLUCIONES DE PROCESAMIENTOS Y SOBRESEÍMIENTOS EN CASOS DE DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL Por Cecilia Olivieri	195
13).	- LOS OPERADORES JURÍDICOS FRENTE A LA VIOLENCIA SEXUAL. PRÁCTICAS DIARIAS VERSUS EXIGENCIAS LEGALES Por Claudia Machado	217
14).	- CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN Por Olga L. Salanueva y Daniela M.J Zaikoski Biscay	245
	- DE LAS AUTORAS	253

DEDICATORIA

A los egresados y estudiantes de la carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam, porque son el futuro y la esperanza para cambiar el sistema jurídico por uno que sepa hacer justicia.

AGRADECIMIENTOS

Un libro, y en este caso un libro colectivo, producto de la labor de investigación de un equipo que trabajó durante varios años, se debe al esfuerzo intelectual de quienes lo escribieron y, sobre todo al trabajo intelectual y material de un conjunto de personas e instituciones que desde el paso inicial y la elaboración del proyecto de investigación, aportaron horas de revisiones, bibliografía, discusiones teóricas, trabajo de campo e interpretación de los documentos y datos obtenidos que permitieron, realizadas esas labores, concluir en un libro.

Así entonces, agradezco a Gladys Russell, Abogada Especialista en Sociología Jurídica, por su colaboración sin retaceos en la investigación teórica y que facilitó generosamente el espacio de la Fundación Ayudándonos para allí realizar las reuniones de trabajo, analizar los materiales y discutir a la luz de las teorías uno de los problemas más dolorosos y frecuentes que trata la justicia penal: la violencia sexual.

El equipo de investigación interdisciplinario estuvo integrado por Dra. Elvira Rossetti que aportó reflexión y sabiduría, obtenida como jueza y como integrante del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa en el tratamiento jurídico de los delitos contra la integridad sexual.

Completaron el equipo Virginia Carretero (psicóloga), Olga Pastrana (abogada), Eva Quevedo (trabajadora social) y Enma R. de Yep (médica sexóloga) quienes enriquecieron desde sus especialidades, el análisis teórico y empírico de un problema complejo y difícil que el sistema jurídico penal responde en forma insatisfactoria tanto para las personas involucradas como ante las demandas sociales.

Agradezco a la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam, a sus autoridades, al Decano Cr. Oscar Daniel Alpa y especialmente a la Secretaria de Ciencia, Técnica, Investigación y Posgrados Prof. Edith Esther Alvarellos porque desde la gestión promovieron la investigación y confiaron en nuestro trabajo.

Al personal No Docente de la Casa que me atendió durante el tiempo que allí permanecí con diligencia y amabilidad, solucionando los temas administrativos, aúlicos y de medios audiovisuales, indispensables para la labor docente y de investigación y especialmente a la Prof. Estela Duca, a quien recurría cada vez que llegaba a la Facultad.

La labor de investigación se vio enriquecida con el aporte del trabajo realizado por las tres becarias integrantes del equipo.

Asimismo, agradezco en nombre de las autoras y en el mío, los aportes económicos realizados por distintas personas e instituciones que permitieron la edición e impresión de este libro. También a la Presidenta y al personal de la Editorial de la UNLPam quienes han hecho posible que este libro fuera editado

Por último, a Daniela M. J. Zaikoski Biscay, magister en Sociología Jurídica, lúcida y laboriosa integrante de la cátedra de Sociología Jurídica a quién le debo, no solo el honor de haber compartido la docencia, sino también todo el largo camino de la ejecución del proyecto de investigación, la selección, revisión y coordinación de los textos que componen el libro.

Olga L. Salanueva

1).- PRESENTACIÓN

Por Olga L. Salanueva

La ley 25087 del año 1999 introdujo en la legislación penal un nuevo bien jurídico que protege la integridad sexual y que se muestra ajeno a las consideraciones ético-morales subyacentes en el anterior tipo. Actualmente los delitos sexuales se denominan “Delitos contra la integridad sexual”, en vez de “Delitos contra la honestidad”. De Luca y Lopez Casariego (2010:566) dicen:

La honestidad era el objeto jurídico comprometido en el sistema anterior y había sido interpretado en un sentido religioso como el acto sexual fuera del matrimonio, y desde un punto de vista moral o de las costumbres sociales como la inexperiencia sexual.

La aplicación literal del término honestidad llevaba a sostener que quien tuviera experiencia sexual no podía ser sujeto pasivo del delito¹. La experiencia sexual desplazaba la honestidad, salvo en el caso de la mujer casada o en pareja estable, de quien se presume que tiene alguna experiencia al respecto y cuyo comportamiento sexual no resulta cuestionado por la opinión de familiares y/o vecinos, ya que la experiencia la adquiere con el marido o pareja dentro de los cánones legitimados de actividad sexual.

¹ Al respecto, ver más abajo fallo 3327/96 CC GP en disidencia.

Esta connotación moral en el tipo penal, respondía a consideraciones sociales acerca de la sexualidad y tenía directa relación con el modelo de familia que sostuvo el derecho por largo tiempo. En este trabajo se intenta indagar sobre los efectos del cambio normativo.

La manera cómo las normas jurídicas y en su caso las sentencias reflejan los cambios sociales y tienen en cuenta el mayor valor de la protección de los derechos puede ejemplificarse con este fallo (sentencia 77/1995 CC 2 SR) que expresa:

Si bien es cierto que lo que puede ser inmoral para una época puede no serlo para la actual o la futura, o que lo que resulta inmoral para un grupo social no lo es para otro, existen hechos que no variaron por el paso del tiempo y que resultan ser similares en cualquier grupo social, cual es la protección de la integridad física o psíquica de los menores a fin de garantizarles la normalidad de su accionar dentro del grupo social.

Sin embargo también persisten ciertas inercias tales como seguir hablando de honestidad sexual luego de transcurrido un plazo prudencial de reforma legal. Así se lee en la sentencia 127/04 CC 2 SR que:

Es indudable que este tipo de delitos contra la honestidad, se caracteriza esencialmente por la ausencia de testigos presenciales de los mismos, por lo que quien debe juzgar las conductas humanas, debe tomar en cuenta, otros tipo de factores que coadyuvados entre sí, nos establece con claridad lo efectivamente sucedido.

La reforma legal operada por la ley 25087 fue el resultado de la labor de los grupos feministas y recogió postulados del derecho penal, la criminología, del derecho de los derechos humanos, los estudios y abordajes sobre víctimas y principalmente los aportes teóricos de los estudios de género.

En tal sentido, la idea de realizar una investigación sobre sentencias penales dictadas en causas donde se investigara la comisión de delitos relacionados con la violencia sexual² tuvo su origen en las actividades

² Para Pitch la violencia sexual es un hecho social total en el sentido de que sirve para analizar el estatuto de las relaciones entre los sexos en lo referente al ejercicio de la sexualidad, al modelo cultural dominante de heterosexualidad y a los modos de sexualidad que se han atribuido a los sexos (Pitch, 2003:181).

curriculares de la cátedra de Sociología Jurídica de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam y de la pertenencia y vinculación con la organización no gubernamental Fundación AYUDÁNDONOS, que trabaja el tema de atención a niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad social y que cuenta desde hace años con un Ateneo de Violencia de Género, desde el cual conjuntamente se han llevado a cabo otras investigaciones.

En la primera parte de este trabajo participaron profesionales provenientes de distintas disciplinas ligadas al quehacer sociojurídico provenientes de diversas instituciones de la comunidad³.

A partir de inquietudes personales y enfoques teóricos diversos, procuramos conformar un equipo de trabajo que abordara la problemática de los delitos sexuales de manera sistemática y con rigurosidad científica y, que además, pudiera suministrar herramientas teóricas, conceptuales y empíricas susceptibles de ser replicadas, transferidas y puestas en discusión por la comunidad científica y el público en general.

Estaba la necesidad de conocer cómo los operadores jurídicos aplican e invocan la ley 25.087, si aceptan las innovaciones de la ley o si sentencian con el modelo del pasado. Además suponíamos que no existía un abordaje como el

³ Por ello, podemos decir que el trabajo tuvo notas de interdisciplinariedad e interinstitucionalidad, formas de trabajo en que deben ser abordados los fenómenos complejos como el violencia sexual. La característica interdisciplinaria e interinstitucional del grupo de trabajo del proyecto se explica a partir de la distinta pertenencia disciplinaria de sus integrantes, está dada por la disciplina profesional y laboral que cada una desempeña tanto como la proveniencia institucional. Así Olga Salanueva (Directora de la Investigación) tiene una amplísima experiencia en la investigación sociojurídica, es categoría I del Programa de Incentivos al Docente Investigador; Gladys Russell tiene experiencia en cargos políticos, en la docencia universitaria y es integrante activa de la Fundación Ayudándonos; Elvira Rossetti ha sido Camarista Penal y ex Miembro del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, actualmente es integrante de la Fundación; Olga Pastrana trabaja en la Fundación y desarrolla tareas en la Subdirección de Políticas de Género en la Municipalidad de Santa Rosa; Daniela Zaikoski es profesora en la cátedra de Sociología Jurídica y ha realizado trabajo voluntario en la Fundación; Enma Yep es médica sexóloga y colabora con la Fundación y ha sido perito judicial en numerosos caso de violencia sexual; Eva Quevedo es trabajadora social y colabora asiduamente en la Fundación y Virginia Carretero es miembro del Consultorio Forense con experiencia en el abordaje de casos de delitos contra la integridad sexual en carácter de perito oficial. Todas trabajaron activamente en la primera parte de la investigación que se desarrolló en 2010.

que proponíamos en el ámbito de la provincia.

La participación de las integrantes en distintas instituciones que trabajan la problemática, hizo que estuviéramos involucradas con el objeto de investigación y la elección del problema en las investigaciones sociojurídicas no es neutral. Nuestra interpretación parte de una toma de postura a favor de la libertad sexual de las personas, a favor de los derechos de las mujeres y niños/niñas mayoritariamente implicados como víctimas en este tipo de delitos, cuestión que nos llevó a estudiar las valoraciones e ideologías en que se sostiene el discurso jurídico. Para ello, trabajamos con casi trescientos sentencias, que se corresponden a casos que ocurrieron en la realidad, en un tiempo y lugar determinados. Ellas conforman el corpus documental del análisis e interpretación.

Los textos que presentamos exploran y analizan el discurso jurídico plasmado en las sentencias dictadas por las Cámaras Criminales de La Pampa con motivo del tratamiento de conductas tipificadas en el Título III del Código Penal, llamado ‘Delitos contra la integridad sexual’ a partir de la reforma legal.

Nuestro objetivo era corroborar que los operadores jurídicos participan de ciertas ideas e imágenes respecto de la familia sustentadas por el discurso jurídico, que la caracteriza como un ámbito de intimidad y privacidad; también que los operadores del derecho a través del discurso jurídico hacen mérito de la moral sexual de las personas en el contexto del grupo familiar, valoran o no la palabra de los niños/niñas y sustentan representaciones sociales respecto de la niñez y de las mujeres, de las víctimas del delito. Frecuentemente estas representaciones sociales están construídas sobre la base de prejuicios y/o perspectivas religiosas, morales, políticas.

Teniendo en cuenta que el abuso sexual de niños y niñas en su mayoría ocurre en el ámbito intrafamiliar, el trabajo de investigación se orientó a recoger datos acerca de las condiciones de posibilidad de ocurrencia de este tipo de hechos delictivos atendiendo al entorno familiar de la víctima, la consideración generalizada de que la familia corresponde a la esfera privada de las relaciones personales, en oposición a la esfera de lo público, por lo que los delitos son

cometidos en condiciones de secreto e intimidad.

En tal sentido, pudimos corroborar que existe un uso y abuso del cuerpo de los niños/niñas en cuanto se hallan sujetos a un poder familiar “autorizado” a cometer los ilícitos, que estos delitos quedan invisibilizados sea por su carácter de instancia privada, cuya noción en definitiva se relaciona con la sacralidad de la familia o bien, por la despolitización de la violencia que se comete contra las víctimas a quien la ley debería garantizar sus derechos.

Bibliografía

De Luca, Javier A. y Lopez Casariego, Julio E. (2010): Comentario al Título III del Código Penal. En Baigún, David y Zaffaroni, pp.551 y sigtes.

2).- APROXIMACIONES AL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA SEXUAL

Por Olga L. Salanueva y Daniela M.J. Zaikoski Biscay

La elección del tema, también tuvo que ver con que no se conocen sociedades actualmente donde no existan delitos sexuales; sin embargo, hay notables diferencias. Por ejemplo, EE.UU muestra tasas relativamente altas de delitos sexuales y en Sumatra Occidental son raras las violaciones, o al menos las denuncias.

Segato (2003) cita a Peggy Sanday quien afirma que en EE.UU durante el año 1982 las violaciones registradas fueron 82.000 sobre una población de 290 millones de personas (0,028 %) y en Sumatra Occidental se comprobaron, durante el año 1981, 28 violaciones sobre una población de 3 millones de personas (0,009 %).

Lopez Sanchez (2005) expone resultados de investigaciones efectuadas en distintos países y señala que la prevalencia de los abusos es muy elevada en todos los países estudiados, y que teniendo en cuenta que esos estudios se consideran representativos, el problema del abuso sexual realmente adquiere grandes dimensiones sociales.

Por su parte, el Informe (2008) sobre Género y Derechos Humanos del

Equipo Latinoamericano de Justicia y Género aporta datos estadísticos ¹ sobre denuncias de violencia familiar en la provincia de Buenos Aires según sexo, edad, persona denunciada, tipo de delito, parentesco.

A nivel nacional en 2008 el Sistema Nacional de Información Criminal informaba un total de 10604 hechos delictivos registrados en todo el país referente a delitos contra la integridad sexual y el honor de los que 3367 eran violaciones y 6993 eran otros delitos contra la integridad sexual, ascendiendo a 244 los delitos contra el honor. La tasa de violaciones cada 100.000hab era de 8,47 y la de otros delitos contra la integridad sexual de 17,59. De las 3367 violaciones registradas en 2687 casos las víctimas eran de sexo femenino, 358 masculino y en 322 no constaba el sexo de la víctima.

Este registro también informa que sobre un total de 10360 hechos delictivos contra la integridad sexual (quedan afuera los 244 de delitos contra el honor) hubo 1381 sentencias condenatorias, es decir un 13,33%.

Bringiotti (2006) comenta las experiencias de las investigaciones realizadas por su equipo y pone de resalto las dificultades del trabajo científico en estos temas ya que según la autora persisten modelos de invisibilización y ocultamiento del fenómeno del abuso sexual infantil. En general, diversas autoras (Gonzalez, 2013, Sanchez, 2014) denuncian el problema del registro de la violencia de género, lo que constituye una falencia persistente que impacta sin dudas en la formulación de las políticas públicas.

De la consulta del Anuario Estadístico 2010 de la Dirección General de Estadísticas y Censos de La Pampa confeccionado con datos a noviembre de 2009 ² surge información sobre “Seguridad Pública” en el que se incluyen:

1) Accidentes de tránsito, muertos y heridos por zona de ocurrencia (La Pampa)

1 La estadística criminal de la provincia de Buenos Aires registraba para el primer semestre del 2011, 237 violaciones y 1816 se consignan como otros delitos contra la integridad sexual, de los que según la misma fuente 25,78% habían sido cometidos en la vía pública, 47% en el ámbito intrafamiliar y estaban sin determinar el lugar del hecho en 24,89% de los casos. También se informaba los porcentajes de delitos contra la integridad sexual cometidos con armas blanca (2,33%), de fuego (3,00%), otra arma (0,11%), sin datos 50,33% y sin armas (44,22%)

2 Disponible http://www.estadisticalapampa.gov.ar/images/stories/Anuario2010AnuarioEstadistico2010_1.pdf recuperado el 24 de febrero de 2013.

2004 a 2009,

2) Población penal alojada en establecimientos carcelarios situados en la provincia (2005 a 2009) según la situación jurídica (procesado y condenado),

3) Hechos por Unidad Regional (2004 a 2009) y

4) Hechos por Unidad Regional según tipo de delito (2006 a 2009).

Según la página oficial del organismo surge que en 2006 se cometieron 82 casos de delitos contra la *honestidad*; en 2007 fueron 86; en 2008 decrecieron registrándose 69 casos y en 2009 casi se duplican con 113 casos. La fuente que se consigna es Asuntos Judiciales de la Jefatura de Policía de la provincia. Por la fuente utilizada, podemos arriesgar que se trata de denuncias de hechos sexuales delictivos efectuadas en la Unidades Regionales y no de condenas dictadas por el poder judicial, porque éste debe poner en conocimiento las condenas al Registro Nacional de Reincidencia Criminal y no necesariamente a la policía.

En el Anuario 2013 ³ de Dirección General de Estadísticas y Censos se informa que en 2009 hubo 113 casos de delitos contra la honestidad, en 2010 se registran 128, en 2011 hubo 122 y en 2012 llegan a 138.

Evidentemente existen distintas formas de registrar el mismo fenómeno y creemos que en el caso de la violencia sexual hay serias dificultades. En primer término, aun cuando la ley 25087 haya sido dictada en 1999, en las estadísticas publicadas por el organismo provincial, los delitos son denominados *delitos contra la honestidad*, lo que de por sí revela el poco interés en contabilizar los hechos y la falta de actualización en el registro de los datos, además de la escasa comprensión del por qué la ley modifica la denominación de estos delitos.

En nuestro caso, hemos consultado a un informante clave del Ministerio Público quien nos confirmó que ese organismo no cuenta con estadísticas ⁴. Otro operador consultó a una integrante del equipo para diseñar un instrumento que le permitiera saber cuántas personas condenadas por violencia sexual tenía

³ Anuario Estadístico 2013 de la Dirección de Estadísticas y Censos de la Pampa. Disponible en http://www.estadisticalapampa.gov.ar/images/stories/Anuario2013/Anuario-Estadistico-2013_alto.pdf consulta del 9 de octubre de 2014.

⁴ Los operadores encuestados por Machado corroboran la falta de estadísticas.

a su cargo y cómo llevar adelante un seguimiento ⁵.

La Unidad Funcional de Género, Niñez y Adolescencia que funciona en la órbita de la Jefatura de Policía de la provincia dentro del Poder Ejecutivo, no tenía datos sistematizados a pesar de que cuando fue creada esa dependencia estaba en vigor la ley nacional 26485 dictada en 2009. La Unidad Funcional de Género, Niñez y Adolescencia tampoco tenía datos en 2011 tal como lo pudo corroborar una de las becarias del equipo y se señala más abajo.

La ley nacional 26485 es de orden público y ordena elaborar e implementar un plan nacional de lucha contra la violencia, articulado con las distintas jurisdicciones y otros actores de la sociedad en base al diseño de un registro de situaciones de violencia que establezcan indicadores y estándares mínimos, entre otras funciones atribuidas al Consejo Nacional de las Mujeres (art 9 y 12 de la ley 26485) y al Poder Judicial (art 37 de la misma ley).

Asimismo muy recientemente se ha puesto en marcha el Registro Único de Violencia contra las mujeres ⁶ como también la implementación del protocolo de atención en el ámbito sanitario de los casos de delitos sexuales, decisiones que se orientan al cumplimiento de la ley y a la visibilización del fenómeno.

Desgraciadamente el problema del registro y de la construcción de datos estadísticos completos, fiables y disponibles, no parece afectar solamente la cuestión de la violencia de género. El trabajo de Bazzano y Pol (CELS s/f de edic) da cuenta de los múltiples inconvenientes que existen a la hora de construir registros confiables y desnuda la tensión que existe entre la finalidad que tienen los organismos oficiales cuando construyen las estadísticas y la necesidad de que sea transparente la información y sea accesible al público.

Si bien las autoras, abordan la manera como se registran los homicidios en nuestro país por parte de diferentes organismos (Dirección Nacional de Política Criminal, Ministerio de Salud de la Nación, Policía Federal, Policía de la provincia de Buenos Aires, entre los más destacados) y los problemas

⁵ En entrevista personal con la autora.

⁶ Conforme surge de <http://www.indec.gov.ar/default.htm> recuperado el 24 de febrero de 2013.

de acceso a la información pública, las conclusiones a las que arriban son aplicables plenamente a los casos de violencia de género y más particularmente a la violencia sexual.

Así, consignan que si bien el homicidio debiera ser un hecho delictivo sin *cifra negra*, la forma de registro puede llevar a ocultar algunos casos (sobre todo en aquellos que están implicadas las fuerzas de seguridad, gatillo fácil, muertes producidas en los hospitales luego de un tiempo determinado de agonía, etc) y como consecuencia lleva a que las cifras de muertes en homicidios difieran de organismo en organismo de acuerdo al modo que tenga cada uno de registrar los casos ⁷.

Si estos problemas de registro, sistematización de datos e información, que las autoras denuncian, ocurren en un tipo de delito sumamente visible como el homicidio; es fácil imaginar las dificultades y la urgente necesidad que adquiere el registro de los hechos de violencia sexual, teniendo en cuenta la invisibilización de la problemática y la cifra negra del mismo.

Si bien este trabajo no tuvo la finalidad de construir una estadística criminal respecto de los delitos sexuales, creímos pertinente y hemos podido recopilar datos que permiten cuantificar y dimensionar el fenómeno de los delitos sexuales. Debido a las carencias estadísticas antes apuntadas, los datos obtenidos en esta investigación no se pueden comparar con los datos que surgen de los organismos oficiales.

Por otra parte, en esta investigación consideramos cuestiones relevantes que iban apareciendo en las sentencias y que representaban ciertas regularidades o patrones de actuación de los operadores. De esa manera, observamos con interés y pudimos analizar cómo el discurso de las sentencias se pronuncia acerca de:

a).- la institución familiar y su organización, el rol que se adjudica a las madres

⁷ A lo expresado sobre la dudosa construcción de los datos estadísticos y su registración se aduna el problema de la definición de “delito” y la diferencia con “hechos delictivos”. Para el derecho, solo hay “delito” si existe una sentencia firme o sea que ha hecho cosa juzgada. En términos más precisos significa, que no se puede modificar, mediante apelaciones, recursos. La diferencia entre delito y hecho delictivo favorece los registros de escaso valor estadístico que producen las ONGs y las gubernamentales

y otras personas allegadas a la víctima,

b).-quiénes denuncian el hecho y cómo sostienen la denuncia a través del tiempo que dura la investigación penal,

c).- qué importancia dan al contexto donde se producen los delitos.

Esta información que contienen las sentencias permite analizar cómo van circulando ideas y representaciones de los operadores sobre lo público/privado en la familia, el cuerpo de las víctimas, la necesidad de obtener pruebas, el carácter que se atribuye a los niños/as, las garantías de los imputados entre los más relevantes.

La información que hemos sistematizado permitió conocer el vínculo entre la víctima y el victimario, las posibles relaciones de éste con la familia de aquella y cómo está conformado su entorno familiar.

Analizamos asimismo las sentencias que nos han parecido significativas para reconstruir el modelo de mujer, de madre, de familia y de peligrosidad que se constata en las sentencias.

Por otra parte, a partir de la información que recopilamos, pudimos aportar a la construcción del perfil de victimario, teniendo en cuenta, la edad, la clase social, el lugar del hecho y otras consideraciones que desarrollamos en los próximos capítulos.

También pudimos observar la escasa cantidad de sentencias en las que la víctima es una mujer adulta; son muy pocos los casos judicializados en el período estudiado en los que la violencia sexual en forma de delito tipificado afecta a una mujer mayor de edad, sea que se investigara la honestidad (antes de 1999) o la integridad sexual (después de la sanción de la ley 25087).

Como consecuencia, estos datos nos llevaron a trabajar particularmente la relación entre género y derecho penal y lo que las mujeres pueden esperar del sistema judicial cuando experimentan estos delitos, es decir la cuestión de los límites del cambio legal: el problema no tanto es cambiar el bien jurídico protegido -la honestidad por la integridad sexual- sino más bien se trata del cambio en las prácticas e ideología de los operadores y de la sociedad en general en torno a estos delitos.

Bibliografía

Bazzano, Micaela y Po, Luciana (s/f): *Las condiciones de producción de las estadísticas en la Argentina.* Centro de Estudios legales y Sociales. <http://www.asd.org.ar/wp-content/uploads/2011/03/CondicionesProduccionEstadisticas.pdf> consulta del 15/12/2012

Bringiotti, María Inés (2006): *Las cifras ocultas del abuso sexual infantil: una segunda lectura de las investigaciones.* En Volnovich, Jorge L. *Abuso sexual en la infancia 2* Lumen Humanitas Buenos Aires.

Gonzalez, Manuela Graciela (2013): *Acceso a la justicia y conflictos intrafamiliares. Marginación y pobreza en el ámbito jurídico.* Instituto de Cultura Jurídica UNLP La Plata.

Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (2009): *Informe 2008 sobre Género y Derechos Humanos del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género.* Biblos. Buenos Aires.

Lopez, Sanchez, Félix (2005): *Los abusos sexuales. El riesgo de ser mujer.* En Viejo, Carmen María (coord.) *Violencia Estructural y directa. Mujeres y visibilidad.* Revista *Feminismos* 6 dic 2005 Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante ISSN 1696-8166. Alicante. pp 91/106.

Sanchez, Mariana N. (2014): *Violencia Familiar en Córdoba. El sistema jurídico como estrategia creadora de género.* Tinta Libre. Córdoba.

Segato, Rita Laura (2003): *Las estructuras elementales de la violencia.* Universidad Nacional de Quilmes. Bernal.

3).- ASPECTOS TEÓRICO-METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN

Por Olga L. Salanueva

Desde el punto de vista de los saberes socio-jurídicos involucrados en esta investigación se hallan especialmente los derechos humanos, el derecho constitucional, penal, procesal penal y las explicaciones que brindan la criminología y la victimología ¹.

También hemos tomando los aportes teóricos de la Sociología Jurídica, disciplina que analiza interna y externamente el derecho, es decir tanto en su relación con la dogmática jurídica y eventualmente con la política criminal como con la realidad social sobre la que interviene, a la cual contiene y/o transforma.

Cabe resaltar, que en las sentencias analizadas progresivamente aparecen

¹ En este trabajo hemos consultado los aportes de Marchiori (1998) y Arias Marín (2012) quien sostiene la necesidad de ampliar el concepto de víctima, no explicarla desde lo sacrificial ni desde lo jurídico, sino desde lo social en un marco más amplio de derechos humanos. Asimismo tenemos en cuenta la Declaración sobre los principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder (ONU 1985). Los autores incluso hablan de una función social de las víctimas en el sentido de que permiten conocer al delincuente y evitar posteriores perjuicios (Marchiori, 1998) o acerca de mantenimiento de la función de víctima en las intervenciones terapéuticas (Benyakar, 2003).

las intervenciones profesionales de trabajadores sociales y psicólogos, junto a las tradicionales intervenciones de médicos psiquiatras y médicos forenses o de la policía.

Otro aporte fundamental a la comprensión del tema en estudio se halla en los estudios de género ya que resaltan la condición de sujetos de derecho de las mujeres. De esa manera se ha logrado progresivamente politizar lo personal y lo privado, llevando a la arena de la discusión pública la violencia contra las mujeres y los delitos sexuales, entre otros temas que han ocupado la agenda política.

En tal sentido, las mujeres pusieron en agenda la necesidad de modificar el código penal logrando la sanción de la ley 25087. Sin embargo, no es posible provocar verdaderos cambios si la normativa vigente no se retroalimenta con los aportes de nuevas investigaciones y si los futuros profesionales se sigue formando en el paradigma positivista alejado del enfoque de derechos.

En cuanto a lo metodológico, la investigación tuvo un diseño flexible, siendo un trabajo de carácter exploratorio-descriptivo buscábamos identificar variables, precisar los problemas y fundamentalmente permitir a los/las investigadores/as hallar los procedimientos adecuados para encarar investigaciones posteriores de tipo explicativas. Para ello recurrimos a múltiples técnicas de investigación, fundamentalmente el análisis de documentos y la realización de encuestas.

Las unidades de análisis con que hemos trabajado en esta investigación son 232 sentencias dictadas por las Cámaras Criminales de la provincia, una situada en la ciudad de General Pico y dos en la ciudad capital.

El tiempo seleccionado en la investigación comprende los años 1995 a 2007. Dicho lapso abarca el estudio de sentencias anteriores y posteriores al cambio en la legislación penal producido por la ley n° 25087 sancionada en 1999².

A este corpus documental de 232 sentencias, se agregaron los autos de procesamiento y de sobreseimiento dictados en el Juzgado de Instrucción y en lo Correccional n° 6 de Santa Rosa durante los años 2001 a 2010³ y las sentencias en causas dictadas por la comisión de delitos contra la integridad sexual dictadas entre 2008 y 2010 por las Cámaras Criminales de Santa Rosa⁴. Además se indagó sobre el uso que hacen los operadores de las normas vigentes⁵.

Mediante operaciones de clasificación, ordenamiento, agrupamiento y sistematización de las sentencias como unidades de análisis hemos podido avanzar en la descripción del fenómeno de la violencia sexual en nuestra provincia.

Las actividades preliminares consistieron en la lectura de algunas sentencias elegidas al azar y la construcción de un instrumento para relevar los datos más importantes que surgieran de los documentos. Esto nos permitió confeccionar una planilla que sirviera para cuantificar el fenómeno y dejar constancia de: edad de los involucrados, estado de las personas implicadas, persona que hace la denuncia, tiempo que transcurre entre el hecho, la denuncia y la sentencia; datos sobre reincidencia, daños ocurridos por el hecho ilícito, pedido del fiscal, del defensor y correlación con lo que los jueces sentencian,

2 Dejamos sin clasificar ni cuantificar las sentencias penales emanadas del Superior Tribunal de Justicia, ya que se trata de sentencias que resuelven recursos extraordinarios y que las mismas no ofrecían cuestiones de hechos y de prueba que fueran relevantes a los fines de la investigación. Tampoco hemos tomado las sentencias del Tribunal del Impugnación, órgano que fue creado por ley 2297 y puesto en funcionamiento en octubre de 2007

3 La investigación de Olivieri cuenta con abundante material escrito emanado del poder judicial (sentencias interlocutorias de sobreseimiento o procesamiento del Juzgado de Instrucción n° 6 de Santa Rosa.

4 El desarrollo que hace Surin en el capítulo de su autoría se basa en el análisis de sentencias de las Cámaras Criminales 1 de Santa Rosa correspondientes al período 2008/2010.

5 Tema desarrollado por Machado.

entre los datos más relevantes ⁶.

Tanto por razones teóricas como metodológicas no podemos soslayar que existe un subregistro del delito sexual, lo que implica tener en cuenta que los resultados a los que arribamos deben ser matizados ⁷.

Por ello, es necesario considerar la ‘cifra negra del delito’ en relación a la cantidad de sentencias dictadas, ya que a priori hay un gran desfase entre: a) los hechos delictivos que se cometen, b) los que se denuncian, c) los que se investigan en la instrucción y d) los que finalmente se sentencian ⁸. Esto sin dudas es un problema metodológico señalado en las investigaciones referidas a este delito (Bringiotti, 2006) ⁹ y que agravaría aún más el terrible flagelo de la violencia sexual.

El tipo de trabajo interinstitucional e interdisciplinario emprendido

6 En cuanto a las tareas efectuadas por las participantes del equipo, durante el año 2010 en la sede de la Fundación Ayudándonos realizamos reuniones con la finalidad de clasificar por año y por organismo, las sentencias que se habían recopilado. La recopilación estuvo a cargo de Elvira Rossetti quien en su calidad de ex Ministra del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa y miembro de la Fundación AYUDANDONOS, se comunicó con los Presidentes de las tres Cámaras Criminales de la Provincia a los fines de solicitarles la remisión de todas las sentencias dictadas sobre delitos sexuales en el lapso determinado. Así se reunió un material documental de más de trescientas sentencias. También se contó con aquellas que por distintos motivos llegaron a ser tratadas por el Superior Tribunal de Justicia y la sistematización y clasificación a cargo de Olga Pastrana. La confección de un archivo o base de datos estuvo a cargo de la contadora pública Verónica Arrese, y como adelantamos la lectura la realizaron tanto los integrantes del equipo como los alumnos/as de las promociones de Sociología Jurídica de los años 2011 y 2012.

7 Si consideramos que no se contabiliza toda la casuística del fenómeno, que sólo se denuncia un porcentaje aproximado del 10% de los casos; que no toda la violencia sexual constituye delito y que no todos los casos denunciados se elevan a juicio oral, ya que puede decretarse el sobreseimiento del imputado o el archivo del expediente; el resultado es que la cantidad de casos que llegan a debate oral en la Cámaras Criminales puede ser mínimo respecto al total de hechos delictivos cometidos, una brecha que es aún mayor si se toma en cuenta los escasos hechos que registran condenas. Conforme www.actualidadjuridica.com.ar/noticias recuperado el 25/11/2010.

8 Desde el punto del acceso a la justicia de las víctimas de violencia, puede decirse que no siempre que el problema es advertido como una situación inmerecida o injusta, ese conflicto es llevado a los tribunales. Ensayamos a lo largo de la investigación algunas explicaciones acerca de por qué las víctimas de abuso sexual y eventualmente sus familiares no llevan el problema a los tribunales.

9 Sobre el subregistro de denuncias y el problema de la investigación de delitos sexuales ver Informe sobre Género y Derechos Humanos del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género 2005-2008 y Dell’Anno y Galán (comp.) (2007).

resultó un desafío práctico, metodológico pero sobre todo epistemológico, que conlleva una buena cuota de esfuerzo.

Por investigación interdisciplinaria entendemos:

la colaboración puntual sobre el hecho a investigar desde distintas visiones, pero que exige un mínimo de consenso para saber lo que tratamos y cómo lo tratamos. A nuestro entender la colaboración disciplinar es necesaria cuando se investigan agresiones sexuales y cuando las víctimas son menores de edad con mayor razón, porque el derecho está organizado como espacio castigador, lo que persigue es castigar al violador/abusador y en esa búsqueda frecuentemente olvida a las víctimas, los sufrimientos padecidos y la necesidad de tratamiento psicoterapéutico y social (Salanueva y Gonzalez, 2008:14/15).

En las reuniones de trabajo se pusieron en circulación distintos textos para aproximarnos a la problemática, se presentaron cuestiones que pusieron en cuestión las teorías explicativas con las prácticas de los profesionales que intervienen en los casos ¹⁰.

También surgían preguntas acerca del rol de los operadores del derecho y de los problemas de articulación entre el poder judicial y otros organismos sea del Estado tanto como de la sociedad civil, temas que preocupaban a las integrantes del equipo en virtud de las experiencias laborales y profesionales de cada una. Cuestiones como el género y la clase social, salían a la luz en las lecturas de las sentencias, ya que percibíamos cómo se plasma el fenómeno de la selectividad del sistema penal en el discurso jurídico, todo lo que se trabaja más detalladamente en los capítulos que presentamos.

En cuanto a las hipótesis, formulamos las siguientes:

1).- Los operadores jurídicos trasladan y/o aplican su perspectiva de clase y género (basada en una determinada moral sexual) al tratamiento de los hechos delictivos en los que les toca intervenir y que se manifiesta en la valoración

¹⁰ En las discusiones, las lógicas de las garantías penales a los imputados chocaban con la aplicación de los derechos de la víctima, ya que garantías y derechos forman parte de un nivel similar de jerarquía constitucional, por lo que en algunas sentencias parecía respetarse más los derechos al imputado y no garantizárselos a la víctima. En esos casos, se producían discusiones acerca de la función del derecho penal, el rol de la víctima, entre otras. De hecho a veces resulta inentendible para los legos que si el juez tiene frente a sí un caso de delito sexual no pueda condenar porque el fiscal no acusó, o porque la causa prescribió, o porque prosperaron las nulidades

del hecho, selección de las pruebas, el establecimiento de la condena y la graduación de las penas

2).- Existe un desfase entre la letra de la ley y el espíritu de los nuevos delitos del Título III) del Código Penal y el discurso jurídico de los jueces que se manifiesta en la persistencia de prácticas que mantienen las valoraciones contenidas en los antiguos tipos penales.

3).-La respuesta que da el sistema jurídico penal a la problemática de la integridad sexual es insuficiente para tanto la víctima como para el victimario.

4).-Los jueces desconocen o no tiene en cuenta que la condición socioeconómica del sujeto activo o pasivo del tipo penal actúa como facilitadora de la situación en que se desenvuelve o desencadena el delito.

Para poder abordar el problema de la investigación y tratar la plausibilidad de las hipótesis, analizamos las sentencias siguiendo los criterios de tiempo y espacio, de tal manera que permitieran visualizar la incidencia de hechos delictivos contra la integridad sexual.

Como dijimos, seleccionamos sentencias desde el año 1995, es decir anteriores a la reforma de la ley 25087 y hasta 2007 dictadas por las tres Cámaras Criminales que había en la provincia ¹¹. Este lapso de tiempo también permitió apreciar los cambios operados en el discurso jurídico y cómo se van adaptando las sentencias a nuevas percepciones del delito ¹².

¹¹ Seleccionamos sentencias dictadas por las tres Cámaras Criminales con que cuenta la organización del Poder Judicial en la Provincia de acuerdo a la ley 1675 actualmente sustituida por la ley 2574. En el lapso de tiempo seleccionado había dos Cámaras Criminales en Santa Rosa con competencia en las jurisdicciones 1º, 3º y 4º (Santa Rosa, General Acha y Victorica respectivamente) y una Cámara en General Pico con competencia en la 2º Circunscripción sita en esa ciudad. De esta manera quedó cubierto todo el territorio de la provincia. Las entrevistas realizadas por Machado corresponden a funcionarios y operadores del Poder Judicial de Santa Rosa. La ley de Organización del Poder Judicial vigente establece que habrá jueces de Audiencia de Juicio (arts 55 y sigtes). La nueva ley orgánica se encuentra vigente desde marzo del año 2011

¹² En el período 1995 a 2007 no existió una unidad especializada en este tipo de conflictos, no se trabajaba con la llamada Cámara Gesell en caso de víctimas menores de edad y no había trabajadores sociales ni psicólogos en el Consultorio Forense. En su caso los peritos eran designados por el Tribunal. El procedimiento penal se regía por la ley 332; tenía una parte escrita (la instrucción o etapa investigativa a cargo de un juez de instrucción) y otra fase de carácter oral (el debate) que se realizaba ante tres jueces de las Cámaras Criminales.

En la primera fase, procedimos a la lectura de las sentencias que constituyeron las unidades de análisis cuyos datos se transcribían en una planilla, previamente elaborada y probada.

Las sentencias se convirtieron en el principal insumo de la investigación. Son documentos jurídicos en el sentido de que tienen directa relación con el derecho, son el producto final del sistema jurídico, que cierra la investigación de un caso particular y como corpus documental permiten ser tratados tanto con técnicas cualitativas como cuantitativas.

En una segunda fase de carácter cualitativo, la investigación da cuenta mediante el análisis de contenido de las sentencias de las valoraciones, ideologías, representaciones sociales, etc. que subyacen en el discurso jurídico.

Por estas características y la procedencia profesionales y disciplinar de las autoras, el informe final posee una diversidad de posturas y aproximaciones al fenómeno de los delitos sexuales que revela la pluralidad de las líneas investigativas, cuestión que no le resta coherencia, sino más bien le aporta distintas miradas y posibles explicaciones al problema de la violencia sexual.

Bibliografía

Arias Marín, Alan (2012): Teoría crítica y derechos humanos. Hacia un concepto crítico de víctima. En Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. Vol 36 s/nº de págs.

Benyakar, Mordechai (2003): Lo disruptivo. Amenazas individuales y colectivas: el psiquismo ante guerras, terrorismos y catástrofes sociales. Biblos. Buenos Aires.

Dell'Anno, Amelia y Silvia Ercilia Galan (2007): Abuso sexual, Victimología y Sociedad. Una aproximación desde el Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires. Espacio Editorial. Buenos Aires.

Marchiori, Hilda (1998): Criminología. La víctima del delito. Editorial Porrúa México.

Salanueva, Olga L. y Gonzalez, Manuela G. (2008): La integridad sexual de la niñez y adolescencia. Ediciones Cooperativas. Buenos Aires.

4).- EL GÉNERO DEL DISCURSO JURÍDICO. IMPLICANCIAS SOBRE LAS MUJERES

Por Daniela M. J. Zaikoski Biscay

Entre los objetivos propuestos en esta investigación, se encontraba el de analizar el discurso de los jueces que queda plasmado en las sentencias dictadas en causas de delitos contra la integridad sexual, por lo que hacemos una aproximación a lo que entendemos por discurso jurídico.

A tales fines, en una primera parte, retomamos las contribuciones críticas de Entelman (1982 y 2006) y Ruiz (2000 y 2006) como también los aportes al campo jurídico de Bourdieu (2000) para luego hacer una aproximación a los efectos del discurso jurídico sobre las mujeres a través de contribuciones como las de Smart, Olsen y Facio, entre otras autoras.

4.1).- El derecho como discurso instituyente.

El discurso jurídico se produce en condiciones especiales de distribución de la palabra (Entelman, 2006). No tanto importa que sea oral o que se plasme en un texto escrito, sino más bien quiénes son los sujetos autorizados a emitirlo. En ese sentido, quienes están en la posición suprema para emitir el discurso son los jueces. Concretamente son los magistrados quienes distribuyen la

posibilidad del habla en las audiencias, proveen o rechazan peticiones escritas u orales de los demás involucrados; ordenan y deniegan la producción de pruebas, disponen la comparecencia de determinadas personas y en última instancia son los encargados en el sistema penal de absolver al imputado, nulificar un procedimiento por vicios o defectos formales elevado por el instructor, aplicar o inaplicar una norma y finalmente condenar y convertir al imputado en culpable de un delito. Los jueces tienen la facultad de fijar las penas y las condiciones de la condena dentro de un catálogo de posibilidades dados por el derecho penal sustancial y procesal.

En este escenario también se encuentran otros personajes que poseen distinto capital social y cultural. Algunos son letrados, otros legos. Están los funcionarios del Ministerio Público (fiscales y defensores oficiales), defensores particulares y peritos. Entre los legos están las partes y los testigos.

Los profanos necesitan que el hecho social delictivo sea traducido a lenguaje jurídico y formalizado como un problema que el sistema penal, en este caso, pueda resolver. Los profesionales se sitúan al interior del campo jurídico en diversas posiciones dependiendo de cuánto y cuáles capitales posean (destrezas, habilidades argumentativas etc).

Conforme apunta Entelman, en el discurso jurídico existe y se ponen en juego una serie de rituales:

... se multiplican de tal manera que sólo determinados individuos pueden decir determinadas cosas, y lo hacen, con un grado tal de desarrollo, que establecen visibles jerarquías entre los distintos tipos de expresiones que integran el discurso. (Entelman, 1982:88).

El discurso jurídico remite directamente al poder y bajo el supuesto de la búsqueda de la verdad, pueden aparecer prejuicios acerca de cómo fueron los hechos, qué importancia tienen o qué preconceptos existen acerca de quiénes lo cometieron y qué debió haber hecho la víctima. En esa circulación de la palabra, están las condiciones para producir un tipo de verdad que puede o no satisfacer a las partes, dado que no siempre las soluciones de estilo binario *culpable/inocente o condenado/absuelto* que da el derecho penal son soluciones

valederas para los involucrados.

Para este autor se produce un doble juego de negación u ocultamiento y ostentación. El derecho niega el poder que conllevan las relaciones sociales a que está llamado a solucionar; y a la vez muestra cómo lo institucional y la organización del poder resultan el fundamento de la dominación y la sumisión; al mismo tiempo que el derecho consagra o prohíbe acciones, adjudica o niega derechos; oculta su carácter de práctica social en la que subyacen relaciones de poder.

Entelman expresa:

Cuando en el marco del derecho se aplica un castigo (un tormento, una privación, una disposición de los cuerpos, una muerte) hay siempre un mensaje implícito sobre la violación de un particular equilibrio de poder y un destinatario de ese mensaje muy distinto del sujeto pasivo del castigo. El cuerpo de quien padece el castigo toma el lugar del texto y en él se inscriben reubicaciones de los otros individuos en las prácticas del poder en esa sociedad. (Entelman, 2006:214).

Si aplicamos este razonamiento a los mensajes que se emiten en las sentencias de delitos contra la identidad sexual, queda claro que cuando castigan, no solo castigan a ese imputado. Cuando lo absuelven no solo le dicen al victimario que no violó ningún orden social sino que en el mismo acto están interpelando a su víctima. A ella y a otros potenciales sujetos pasivos de un delito, el discurso jurídico les está diciendo que es posible padecer aquello que sufrieron; o bien que los que les pasó debe ser castigado y reprimido.

El discurso jurídico requiere o resignifica otros discursos, por ejemplo el del sentido común y el científico. Uno es tomado -en el caso de análisis de sentencias- a partir de los testimonios y confesiones; el otro mediante el recurso del saber especializado y supuestamente neutral de los peritos u otros auxiliares de la justicia (Entelman, 1982).

Otra autora que aborda el problema del discurso jurídico es Ruiz y dice:

El derecho es un discurso social y, como tal, dota de sentido a las conductas de los seres humanos y los convierte en sujetos, al tiempo que opera como gran legitimador del poder; que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Ese discurso jurídico instituye, dota de autoridad, faculta a decir o hacer, y su sentido resulta determinado por el juego de relaciones

de dominación, por la situación de las fuerzas en pugna en cierto momento y lugar. (Ruiz, 2000:21).

El derecho no es pura norma sino como un discurso performador de sujetos; desde la teoría crítica se lo define como práctica discursiva social y productora de sentidos diferentes a los sentidos construidos desde otros discursos. El derecho cada vez que consagra alguna acción u omisión está diciendo dónde está el poder, está remitiendo a la violencia De aquí que resulte importante aproximarse no solo a lo que dicen las normas (primer nivel, según la autora) y en nuestro caso a las modificaciones operadas en la tipificación de los delitos sexuales en el lapso seleccionado; sino que además sea tan o más importante acercarse a cómo se aplica y se invoca el derecho, cómo se interpreta (segundo nivel) y que funciones cumple, qué encubre y qué imaginario sostiene (tercer nivel). Ruiz (ob cit) agrega que el discurso jurídico a la vez que encubre y desplaza el conflicto social, otorga seguridad porque se emite en condiciones de coherencia y bajo la creencia de la completitud del orden jurídico.

El derecho legitima el poder del Estado y en todos los intersticios de la vida social, a través de la consagración explícita de quienes son sus detentadores reconocidos y también de manera más sutil, cada vez que dice con qué mecanismo es posible producir efectos jurídicos. Sólo algunos, y bajo ciertas condiciones, podrán contratar, reconocer, hijos, contraer matrimonio, acceder al desempeño de ciertos cargos y aun matar y morir legalmente. Cada vez que el derecho consagra alguna acción u omisión como permitida o prohibida está revelando dónde reside el poder y cómo está distribuido en la sociedad. (Ruiz, 2000:21).

Solo algunas personas y bajo muy estrictas condiciones podrán ser investigadas y eventualmente condenadas por delitos contra la integridad sexual. Posiblemente aquellos cuyos actos sean demasiado groseros como para ser tolerados por un orden jurídico masculino.

Sin embargo o por suerte, aunque parezca eterno e incommovible, lo interesante y paradójico del derecho como discurso social es su carácter provisorio y mutable. La conquista de derechos refleja la dinámica de las luchas sociales que se dan al interior de los grupos humanos. Eso explica los adelantos

y también los retrocesos en cuanto a la distribución de bienes, al reconocimiento y acceso a los derechos en una determinada sociedad.

En tal sentido, desde las sentencias dictadas en 1995 hasta las más recientes recopiladas en 2010, se advierte un mayor desarrollo de las situaciones que rodean a los delitos sexuales. Se advierte, como dijimos una mayor participación de los peritos pero esto no significa que haya habido cambios profundos sobre las representaciones de las personas afectadas por el delito, cambios en el sentido e implicancias que se le da al delito como conducta que lesiona un bien jurídico protegido ¹.

Otros autores sostienen que en la actualidad cada ámbito de la vida social se caracteriza por tener una forma determinada de comunicar, emplear y construir textos, lo que da lugar a que en el lenguaje jurídico haya palabras, frases, formas sintácticas propias, distintas de las usadas en otras áreas del saber.

El lenguaje jurídico y administrativo, por ejemplo, es una de los más fijados, ya que funciona sobre la base de textos: se dictan leyes, se suscriben contratos, se extienden órdenes de registro etc. Con estos textos se denuncia, se defiende, se sentencia, se absuelve, y cada uno de ellos, según su finalidad, adopta una forma única y precisa. (Duarte y Martínez, 1995: 11).

Quienes manejan el lenguaje jurídico según estos autores, comparten conocimientos culturales, jurídicos, que permiten adjudicar inequívocamente los significados y así poder desarrollar las estrategias adecuadas ².

Por eso señalábamos que existe una necesidad de traducir el problema social en problema jurídico y esta actividad la llevan adelante los operadores del derecho. En ese sentido

...los procuradores y abogados, que además de tener capacidad jurídica obran delante de los órganos judiciales, emplean un lenguaje compartido con

1 En cuanto a las mujeres sujetas pasivas del delito sexual, si bien la norma del Título III del Código Penal (arts 119 y sigtes) parece neutral y debería ser aplicada de igual forma a los casos en concreto; las prácticas de los operadores indican lo contrario. En otro capítulo se analiza las distinciones que se hacen en las sentencias dependiendo de que una mujer sea agredida sexualmente por una persona de su entorno o por un desconocido, lo que revela los estereotipos que plasma el discurso jurídico.

2 Relacionamos estas ideas con el concepto de nominación y del derecho a decir el derecho que apunta Bourdieu (2000).

unos destinatarios especializados, hecho que no exige la comprensibilidad del destinatario profano. (Duarte y Martínez, 1995: 44).

Es por esto que desde este punto de vista, el lenguaje jurídico es un lenguaje de especialidad, si bien no constituye un sistema distinto de la lengua general, sí posee un alto formalismo, tiene un contenido o materia propios, se desarrolla, transmite de una determinada forma -impersonalidad del lenguaje especializado-, se expresa en relaciones entre los interlocutores (jueces, testigos, peritos, abogados, partes) y según el rol de cada actor en la comunicación de llegar a la verdad, de demostrar la ocurrencia de un hecho, de sentenciar.

A través del lenguaje profesional, el discurso jurídico se presenta completo, sin lagunas, altamente formalizado y racionalizado. En ese sentido conlleva el ejercicio de la violencia simbólica, un concepto elaborado por Bourdieu.

En el marco de los aportes de este autor, el orden social se supone, es decir, está tan naturalizado que no requiere legitimación. Nadie se pregunta por qué esto es así, todo está en el orden de las cosas. A tal efecto la dominación masculina se extiende por sobre las mujeres (y los niños/niñas) a tal punto que opera como el reflejo mediante el cual el dominado se mira. Los dominados aplican a las relaciones de dominación unas categorías construidas desde el punto de vista de los dominadores, haciéndolas aparecer como relaciones naturales ³.

Según Bourdieu no es que

...las estructuras de dominación sean ahistóricas, sino que son el trabajo continuado (histórico por tanto) de reproducción al que contribuyen unos agentes singulares (entre los que están los hombres, con armas como la violencia física y simbólica) y unas instituciones: la Familia, Iglesia, Escuela y Estado. (Bourdieu, 2000:50).

La ciencia, se podría agregar, funciona como uno de los tantos mecanismos

³ interacciones sexuales con un adulto abusador, o porqué las mamás en situación de violencia intrafamiliar con el abusador ‘aceptan o toleran’ estas conductas lesivas para sus hijos/as.

de dominación, que también ha hecho suyas características que luego atribuye a los varones y a las instituciones.

Como habíamos señalado, el discurso jurídico al ser producido por órganos específicos y según condiciones y reglas determinadas, produce una división entre quienes comparten los códigos de producción del discurso y los legos. Esto remite al concepto de campo jurídico en la acepción de Bourdieu. Así los elementos que caracterizan el campo son:

1) ser un espacio limitado, 2) ser un espacio de lucha, 3) ser un espacio definido mediante regularidades de conducta y reglas aceptadas, 4) presentar momentos de crisis coyunturales, donde las reglas que hasta ese momento venían regulando el juego se cuestionan y 5) ser un espacio donde la distribución de fuerzas es desigual. (ob cit, 62).

En el campo jurídico se produce una cierta verdad, no necesariamente ligada a como pasaron los hechos sino a cómo estos se construyen mediante la aplicación de reglas de atribución de la palabra. No se atribuye el poder de nominación a todos en la misma manera ni a los mismos fines, de allí que en nuestro sistema jurídico el dictado de un acto procesal como es la sentencia quede monopolizado en los jueces. En el sistema jurídico penal, en definitiva, solo los jueces tienen el “derecho a decir el derecho” y en consecuencia a hacer usos de la dicotomía fundante del derecho penal: absolver o castigar.

La relación de fuerzas que se da en el campo jurídico remite a la relación que establece el discurso entre la verdad y el poder.

En definitiva, el discurso jurídico aparece como un discurso totalizador y racional. Remite a lo universal, a la completitud, a la coherencia y no es casualidad que estos caracteres también se asocien a lo masculino; mientras que lo femenino sea vinculado con lo particular, lo incompleto, remita a lo afectivo, a la irracionalidad y a la naturaleza.

En el discurso jurídico circulan significados y se le da sentido a términos como niñez, adolescencia, mujer, víctima, victimario, entre otros. En particular, el derecho penal es un reflejo de la condensación de ciertas valoraciones y principios sobre los que se asienta un determinado orden social. No solo la

expectativa de uso de la coerción disuade de cometer ciertas conductas, sino que más sutilmente influye en la generación de explicaciones e interpretaciones de la realidad que son más difíciles de conmovir que el esfuerzo que puede llevar la sanción de una nueva ley.

4.2).-El género y el discurso del derecho penal

La tensión que se presenta entre la teoría de género y del derecho penal dificulta la posibilidad de mostrar un discurso jurídico comprensivo de las necesidades de grupos específicos, como lo son las mujeres. Se trata de que las particularidades de la situación de las mujeres queden debidamente ubicadas en el discurso jurídico ya que éste es un instrumento poderoso capaz de fijar las relaciones sociales.

Aún así hay que precaverse de la apelación al derecho. Las feministas han cuestionado al derecho, más particularmente el derecho penal, ya que si el derecho ha reflejado la experiencia de los hombres ¿Cómo puede ser que construya una verdad (jurídica/judicial) que favorezca a las mujeres, a los niños, niñas? ¿Cuál es la verdad que se cristaliza en un determinado discurso jurídico?.

En este sentido el discurso jurídico ha sido contradictorio. Por un lado, la opción de política criminal de la ley 26485 (art 41 ⁴) desincentiva el uso del derecho penal mientras ha supuesto la utilidad del poder punitivo al modificar el art. 80 del Código penal y tipificar el delito de femicidio ⁵.

Las reglas de producción del discurso jurídico son reglas de atribución

4 El art 41 de la ley 26485 dice: “En ningún caso las conductas, actos u omisiones previstas en la presente ley importarán la creación de nuevos tipos penales, ni la modificación o derogación de los vigentes”.

5 Existe toda una gama de posiciones de las feministas acerca de la violencia contra las mujeres. En general las penalistas desincentivan el uso del derecho penal para estos casos. Entre las recomendaciones contenidas en el Estatuto para el Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer se encuentran las de sancionar la violencia contra las mujeres a través de reformas del código penal, tipificar delitos de violencia sexual o familiar en los ordenamientos penales entre otras propuestas (Ver Informe ELA, 2009:296).Respecto de la violencia contra las mujeres en general y la relación con las respuestas del derecho penal puede verse Birgin (2000), Pitch (2003), Maqueda (2008), Bolea Bardon (2007), Larrauri (2007).

de la palabra, que individualizan a quienes están en condiciones de decir el derecho. Para las feministas, si el derecho está del lado de los hombres, tiene sexo y es masculino, es lógico que por mucho tiempo, invisibilizara otros sujetos como las mujeres y los niños y niñas.

El derecho pensó en un sujeto capaz, autónomo, libre. El derecho constituye e instala al sujeto delante del otro. Por un lado existe un sujeto ideal y por otro se le hacen interpelaciones bien concretas, al hombre/mujer; al adulto/al menor; al capaz/incapaz, al que está dentro o fuera o en contra de la ley. Por último, quien no es interpelado no es reconocido por el derecho ⁶.

En cuanto a cómo considera a las mujeres, el derecho tuvo (o tiene) una visión esencialista y les atribuye cualidades universales y eternas que se naturalizan, cuando en realidad hay una construcción social y por ende histórica detrás de ello. Teniendo en cuenta esas características el derecho otorga o niega derechos, y en esas operaciones se adjudica o se niega la posibilidad de ser sujeto de derechos.

En general el recurso al derecho penal es desaconsejable. Sin embargo, Asúa Batarrita expresa:

Su capacidad para dar cuenta de estos cambios de significado, es modesto, pero en absoluto despreciable. Evidentemente no puede liderar la erradicación de seculares estereotipos que abonan la pervivencia de determinadas formas de violencia, pero sí podemos pedirle que acompañe sus normas y sus pautas de interpretación a la evolución de la sensibilidad social. (Asúa Batarrita, 2008:104).

No se le pide demasiado, pero hasta ahora parece no poder cumplir estas expectativas.

La cuestión parece centrarse en el problema que señala Zaffaroni (en Birgin, 2000: 19). Este autor dice que el discurso feminista es un discurso

⁶ El derecho en Argentina influido por el derecho europeo y por la ideología de sus primeros legisladores decimonónicos, legisló primordialmente para sujetos varones, blancos, conservadores, católicos y propietarios. Ellos son los destinatarios de los derechos, son los que constituyen la “buena gente” (buen padre de familia). Para los otros “vagos y mal entretenidos” se adjudicaban obligaciones y castigos, mientras que para las mujeres y la niñez el reconocimiento tardío y formal de que también tienen derechos.

antidiscriminatorio por excelencia; puede interpelar de una manera especial al poder del Estado y el patriarcado porque ningún discurso abarca la mitad de la población mundial. Debido a que los grupos discriminados se renuevan, la supresión de algunas discriminaciones no altera la verticalización y la jerarquización biológica de la sociedad y agrega que el discurso feminista es capaz de complementarse y compatibilizarse con otros. Aún con estas ventajas, según Zaffaroni, el discurso feminista pierde cohesión ante tanta diversidad a su interior, ya que es atacado por el poder como son atacados todos los discursos antidiscriminatorios: mediante la sucesiva fragmentación y la perspectiva unidimensional de la discriminación.

La paradoja del discurso feminista es que puede verse envuelto en exigencias de mayor control estatal represivo, más penas y más derecho penal. Ante esta posibilidad, puede caer en la trampa del poder punitivo y reivindicar la violencia que implica el poder represivo del Estado⁷. El poder recibe el poder del Estado y el sistema patriarcal se sustenta en la delegación que éste hace en favor de los varones de distintas formas de control social informal. De esta manera se encuentra una (posible) explicación de por qué el poder punitivo llega muy poco a las mujeres: porque el poder patriarcal fortalecido al interior de los hogares controla a las mujeres en el lugar que el patriarcado les ha adjudicado.

A pesar de estas tensiones, los movimientos de mujeres han hecho uso del derecho y tienen ciertas expectativas acerca de lo que se puede hacer con él; las posiciones oscilan entre desconfiar de los mecanismos y herramientas jurídicas disponibles, pensando que el derecho es patriarcal, hasta pedir más reformas y leyes como si de ellas dependieran los cambios.

⁷ Tal vez las preguntas que se hace Zaffaroni (2000) encuentren respuestas en el paradigma victimológico y en la necesidad de ponerse a pensar en relaciones más equilibradas entre varones y mujeres y no tanto en más sanciones. Sin dudas que la sanción tiene menos efectividad que el cambio de estereotipos culturales discriminatorios. Entre quienes tienen que cambiar el modo de razonar la violencia sexual se encuentran los operadores que saben mucho de derecho penal, poco de victimología y nada de derechos de las mujeres y de los niños/as. Es importante resaltar que la gran privatización del control social informal sobre las mujeres justamente la hizo el Estado moderno al delegar en los hombres el ejercicio de la violencia en el ámbito privado.

Fiss (1993:319) lo sintetiza:

Las mujeres buscan igualdad en todas las esferas de la vida y utilizan una amplia gama de estrategias para alcanzar este objetivo. El feminismo no pertenece exclusivamente al campo del derecho. Sin embargo, el derecho ha figurado de manera prominente en la lucha por la igualdad de las mujeres, tanto como un ámbito a ser reformado, cuanto como instrumento para la reforma.

Las distintas corrientes del feminismo sostienen que para regular la vida político-social, el sistema patriarcal ha debido regular en primer lugar el contrato sexual, por el cual el honor, el cuerpo de las mujeres (y niños/niñas) forman parte del patrimonio de los varones como objetos disponibles e intercambiables en el tráfico a través de estrategias que tienen que ver con la virginidad, la castidad, la heterosexualidad obligatoria cuya consecuencia es el matrimonio y la maternidad forzada. Es por ello que la pérdida de la honestidad hace que las mujeres valgan menos en el mercado matrimonial, o bien no les quede otra que dedicarse a la prostitución porque ya no tienen nada que perder.

Como dice Puleo:

...las mujeres, en tanto colectivo dominado han sido apropiadas por los hombres y rebajadas a objeto sexual. Que la mujer es sexualidad y nada más que sexualidad no es un discurso que nos sea desconocido. Pero, por ello justamente, a la mujer no se le permite tener sexualidad en tanto sujeto autónomo, sino sólo ser sexualidad controlada. La 'especialización' femenina de 'madres' y 'prostitutas' constituye una organización sexual del trabajo según las necesidades de apropiación privada en el matrimonio y de apropiación colectiva en la prostitución. (Guillaumin, citada por Puleo en Amorós, 1995:35).

Otra cuestión que merece ser revisada por los efectos que el derecho penal género, es la articulación público/privado. Ésta tiene graves implicancias para las mujeres cuando de violencia sexual se trata. Pitch (2003) afirma que es el espacio público definido por las transacciones entre varones el que está prohibido a las mujeres mediante la amenaza de violencia sexual, por lo que si se arriesgan a transitar por él, se legitima y se merece la violencia padecida ⁸.

⁸ Ello refuerza la idea de que la mujer pública no puede ser violada y la mujer privada, propiedad del varón en el matrimonio tampoco. En las sentencias como se verá persisten

En una sentencia la justificación del victimario de acceder sexualmente a su hija de 14 años halla su fundamento en que ningún otro le quite la virginidad:

...(nombre del imputado) comenzó con los tocamientos, hasta quitar la bombacha de la menor y penetrarla por vía vaginal: llegó a decir que lo hacía, a fin de que no perdiera la virginidad con algún desconocido. (sentencia 6393/2004 CC GP).

Efectuada por el padre, el acceso carnal nada tendría de malo, ya que no sería la apropiación ilícita del cuerpo de la mujer, sino el uso de algo que ya es propio. De nuevo aparece aquí el recurso legitimado socialmente a la violencia contra las mujeres.

Que las mujeres son objetos disponibles y bajo el control de los varones lo dice claramente la sentencia 7447/2006CC GP. Allí el defensor del imputado manifiesta que su defendido *... adujo que nunca intentó hablar con el padre de la denunciante por no existir razón o necesidad de pedir disculpas...* ¿Por qué debería pedir disculpas al padre de la chica, si la integridad sexual le corresponde a ella y no a su progenitor? Aquí lamentablemente subsiste el estereotipo de la honorabilidad de las familias y del *pater* como custodio de la virginidad y castidad de la hija. Se confirma que las cosas se arreglan entre hombres.

Por su parte, Facio y Fries (1999) dicen que el derecho es un instrumento de articulación del sistema patriarcal y que regula las conductas de hombres y mujeres hacia determinado modelo generizado de convivencia de tal forma que respondan a las funciones dicotómicas ideológicamente asignadas a hombres y mujeres. Las autoras agregan que el poder del derecho es más fuerte que el de cualquiera de estos sistemas, en tanto hace recaer sobre los sujetos regulados la amenaza de la fuerza y el temor ante su incumplimiento. Además, este sistema de normas contiene en sí misma sus propias reglas de legitimación, las que

las alusiones a estos espacios sociales: por dónde se anda o circula, por qué es peligrosa la vía pública, qué cuidados y qué precauciones hay que tomar. A su vez, estos razonamientos alimentan el mito de que los abusos ocurren en la calle y son violentos, cuando en realidad hemos documentado que en su mayoría ocurren entre conocidos y normalmente en lugares privados.

consolidan el poder de quienes son, en definitiva, los sujetos creadores de derecho, los hombres ⁹.

A fines de establecer los lugares y roles que se adjudican a mujeres y varones según el género, la realidad se simplifica a través de dicotomías sexuales. Olsen (Ruiz, 2000) sostiene que los dualismos sobre los que se basa la dominación de las mujeres son reforzados por el derecho y están:

1).-sexualizados: los hombres se identifican con lo racional ¹⁰, la cultura, el poder mientras que las mujeres se ven proyectadas hacia la irracionalidad, la emoción, la naturaleza.

2).-se hallan jerarquizados, aparecen como neutros y dados, pero en realidad son masculinos, los dualismos se definen por residualidad. Se resalta y se degrada a la vez lo femenino y en su caso lo masculino se feminiza para ridiculizar y menoscabar como cuando se abusa de niños.

3).-el derecho se pone del lado de lo masculino, se identifica con la racionalidad, la objetividad, la abstracción, por lo que aquello identificado con los sentimientos, la dependencia, los particularismos es femenino.

4).- y a la vez los dualismos son prescriptivos, descriptivos y excluyentes.

Smart (en Birgin, 2000) plantea que:

1).- el derecho es sexista, ha tratado los bienes jurídicos de distinta manera según correspondan a varones o mujeres. Aquí la crítica al derecho sexista se resolvería en uniformizar los estándares de protección y valoración ¹¹.

2).-el derecho es masculino: este presupuesto parte de la evidencia de la mayoría masculina en el mundo del derecho. Pareciera que ser interpelado desde el

⁹ Las reglas propias de legitimación refieren a la idea del derecho como sistema autopoietico según Luhmann. También alude a las recíprocas contribuciones intersistémicas: la legitimación del poder judicial viene dada por el poder político, mientras éste obtiene otras contribuciones de aquel, según la teoría funcionalista.

¹⁰ En la sentencia 20/2000 el defensor dice que fue decisión del procesado de o consumir la violación”, lo que corrobora la idea de que los hombres piensan antes de delinquir.

¹¹ Es la posición del feminismo liberal. La crítica que se hace a esta posible solución es que se corre el riesgo de uniformizar a las mujeres sin prestar atención a las particulares formas que adopta la dominación masculina sobre las mujeres en las diferentes culturas. De esta manera podría considerarse universales los valores de las mujeres blancas y de clase media, en contraposición de las mujeres negras, pobres, o de otra religión. El problema dice Smart, sigue siendo quién está habilitado, quién tiene el poder de decir el derecho.

derecho, es sinónimo de ser medido según la vara de los valores masculinos. En este caso, las mujeres serían tratadas sin que la diferencia sexual cuente. Se pone en cuestión este resultado ya que se llega a reforzar el mito de la unidad, objetividad, abstracción del derecho coincidiendo con su expresión positivista y se lo despoja de su historicidad. Se hace aparecer la experiencia sexuada de los hombres como lo universal.

3).- El derecho tiene género: aquí el derecho toma la forma de distintos procesos que operan de diversos modos, implica la posibilidad de pensar que no todo lo que el derecho hace, es explotador o degradante para la mujer ¹². La autora expresa que el derecho constituye en una estrategia creadora de género.

A los fines de esta investigación, también resultan interesantes las construcciones teóricas que brinda en feminismo radical ¹³.

Dentro de esta vertiente se encuentran los trabajos de MacKinnon quien analogiza trabajo y sexo. “La sexualidad es el feminismo lo que el trabajo es al marxismo: lo más propio de cada uno pero también lo más robado” (MacKinnon (1995:23) y continúa: “Igual que la expropiación organizada del trabajo de algunos en beneficio de otros define una clase, la de los trabajadores; la expropiación organizada de la sexualidad de unos para el uso de otros, define un sexo, la mujer” (ob cit, 24).

Para las feministas radicales, la sexualidad organizada según las necesidades de los hombres determina la justificación de la apropiación del cuerpo de las mujeres, la negación del aborto, la pornografía como mercancía,

¹² He desarrollado con mayor detenimiento estos temas en Zaikoski (2008). También puede consultarse Sanchez (2014).

¹³ La vertiente del feminismo radical ha realizado aportes conceptuales a entender la violencia y la violación en particular. Según Castells (1996) la teoría feminista radical se ha ocupado de reflexionar sobre la importancia política de la biología reproductiva (la salud y los derechos reproductivos y el aborto); la problematización de la biología femenina como fundamento de la división sexual del trabajo y el papel relevante que otorga la cultura y la socialización ya que no se nace mujer. Para esta postura las diversas formas que asume la desigualdad solo podrían ser modificadas con una modificación radical del sentido que se le atribuye a la sexualidad.

la heterosexualidad obligatoria y su consecuencia el embarazo forzado, la trata y por supuesto la violencia sexual marital o no ¹⁴.

Dos cuestiones que surgen de las sentencias analizadas parecen darle razón a esta corriente: en primer término la escasa visibilización de la violencia sexual intramarital o por la pareja que será desarrollada en otro capítulo; y en segunda lugar ningún caso de violencia sexual denunciado por una prostituta. A ello debemos agregar que conforme surge de muchas de las sentencias analizadas, ser accedida por un varón desconocido es peor que serlo por un conocido, queda en evidencia qué clase de mujeres y en qué situación son protegidas por el derecho penal.

En cuanto a los embarazos producto de una violación, no puede negarse que entran dentro de las categorías elaboradas por las radicales ya que se trata de la confirmación de la heterosexualidad obligatoria y de la maternidad forzada.

Muchos abusos sexuales han tenido como consecuencia el embarazo de la niña abusada. Sólo un caso (sentencia 7012/2006 CC GP) se deja constancia que la médica de un hospital público recomendó medicación de anticoncepción de emergencia, con lo que también se pone en juego el discurso médico, además del principio de autonomía sobre el propio cuerpo.

En otro caso, luego de ser accedida sexualmente por su padre a los 13 años, en el debate oral -poco más de un año después- es decir, cuando la niña tenía 15 años se deja constancia que la joven está en pareja y tuvo un hijo. Ninguno de los operadores es capaz de hacer una simple y básica correlación entre sexualidad incestuosa, precoz y forzada con el embarazo adolescente ¹⁵.

14 Del discurso jurídico de las sentencias no surgen posibles relaciones entre el abuso sexual sobre todo en la niñez, con la prostitución, las fugas de hogar de niñas y adolescentes, el embarazo adolescente. Mucho menos se relaciona la violencia sexual con otras patologías como pueden ser el VIH, los abortos

15 Resulta interesante mencionar que en Argentina, el porcentaje de recién nacidos de madres adolescentes (menores de 20 años) respecto al total de nacimientos no ha tenido mayores variaciones, manteniéndose en valores cercanos al 15% en los últimos 20 años. Sin embargo, el

Queda claro para esta autora que todo se puede explicar a partir de la sexualidad, las posiciones sociales, la dicotomía sexual, la jerarquización y preponderancia de lo que está adjudicado a los varones.

La sexualidad, en perspectiva feminista, no es una esfera discreta de interacción, sentimiento, sensación o conducta en la que las divisiones sociales preexistentes pueden o no expresarse. Es una dimensión omnipresente de la vida social, que se propaga a la totalidad, una dimensión en la que el género ocurre y a través de la cual se constituye socialmente el género; es una dimensión en la que se expresan parcialmente otras divisiones sociales, como la raza y la clase. El dominio erotizado define los imperativos de su masculinidad y la sumisión erotizada define los imperativos de la femineidad. Todos los rasgos distintivos de la situación de segunda clase de la mujer –la restricción, la limitación y la contorsión, el servilismo y la exhibición, la automutilación y la presentación exigida del yo como cosa bella, la pasividad obligada, la humillación- entran en el contenido del sexo para las mujeres. (Mackinnon, ob cit, 230).

Le asiste razón cuando dice que la ley presenta al consentimiento como un libre ejercicio de la elección sexual, cuando en realidad lo que la ley no puede descubrir es la estructura de sumisión y disparidad que subyace y conforme las sentencias que venimos analizando también cuando dice que “La norma social implícita es: si la mujer no puede demostrarlo ante los tribunales, no fue violación” (ob cit, 321).

En estas consideraciones coincide también Estrich (2010) en el sentido de que es difícil que los tribunales tomen como violación una relación sexual violenta cometida por un conocido. Para esta autora hay violaciones verdaderas y de las otras. Las verdaderas ocurren cuando a las mujeres las viola un desconocido.

Sin embargo, la postura de MacKinnon de no distinguir entre violación y entre otras prácticas sexuales, trae como consecuencia según Estrich ¹⁶ apoyar las mismas políticas que el conservadurismo: mantener las esferas públicas y privadas compartimentadas, mantener en el hogar y atadas al mandato de la

análisis global del país no da cuenta de la desigualdad entre las provincias ya que el porcentaje de embarazo en adolescentes, para 2011, superó al promedio nacional en 6 de 24 provincias con valores superiores al 20%. Formosa y Chaco con 25%; Misiones 22% y Catamarca, Corrientes y Santiago del Estero 21% fuente Informe UNICEF año 2011.

16 También Pitch critica esta posición extrema (ob. cit. pág 202).

reproducción a las mujeres.

Si bien estas discusiones se dieron en el marco de las disputas teóricas del feminismo anglosajón, cuya explicación y desarrollo exceden los objetivos de este trabajo, también se reiteraron en nuestro país a la hora de debatir la reforma del código penal ¹⁷.

En cuanto al recurso al derecho penal, tampoco es desdeñable el impacto que tiene la cifra negra de los delitos sexuales, el modo en que son tratadas las víctimas en las sentencias sobre delitos de contenido sexual queda claro que los sujetos pasivos, mayoritariamente mujeres, niñas y niños, no encuentran respuestas ¹⁸.

El proceso de revictimización, su magnitud y repercusión que tiene en la vida de la víctima, es tal que desincentiva la denuncia ¹⁹. Tampoco es menor la percepción generalizada de que existan pocas chances de obtener una condena y que los montos pueden no satisfacer las expectativas respecto de la importancia atribuida al bien jurídico protegido. El repaso que hicimos del discurso jurídico y de las prácticas de los operadores que se plasma en las sentencias pone en dudas que la modificación legal pueda conjurar la violencia sexual, el problema es mucho más abarcativo.

La desilusión de optar por el derecho penal se halla manifiesta en un trabajo de la Defensoría General de la Nación (2010) en el que -como aquí- se exploran los discursos que persisten, las regularidades que se observan y las prácticas que circulan en torno a la investigación penal y sanción de delitos cuyos antecedentes tiene que ver con la violencia contra las mujeres. Allí se expresa:

17 Puede verse Hercovich (1997, 2000 y 2002).

18 No son pocas las autoras que tratan el tema, que evitan reconducir el problema de la violencia en general y de la violencia sexual en particular al derecho penal. El art. 41 de la ley 26485 ha elegido la vía de la no creación de nuevos delitos, sin embargo recientemente se ha modificado el art. 80 del Código Penal incorporando por ley 26791 la figura del femicidio, con lo que aquel objetivo de política criminal pierde fuerza. Debido a que Argentina no tiene un plan integral contra la violencia de género, tampoco queda claro la intervención del derecho civil o del fuero de familia y menor sea mejor.

19 Esta cuestión remite a un tema más amplio que no abordamos que está relacionado con el acceso a la justicia. También se relaciona con la llamada cifra negra del delito sexual.

El análisis de los casos seleccionados permite afirmar que tanto el derecho penal como la justicia penal otorgan a las mujeres víctimas de violencia un tratamiento distinto del que brindan a otras víctimas. Este trato diferenciado que reciben las mujeres que denuncian hechos de violencia de género implica una discriminación, que asegura la impunidad de estos crímenes y propende a su perpetuación. (ob cit, 2010:141).

También hemos podido documentar en esta investigación las tensiones entre un ejercicio punitivo responsable con los derechos humanos de las víctimas y la obligación del Estado de investigar, sancionar y reprimir la violencia contra las mujeres (Convención de Belem do Pará). A los operadores jurídicos les resulta sumamente difícil armonizar y equilibrar los derechos del imputado y los de las víctimas, justamente porque las mujeres, los niños y niñas aun no son sujetos plenos de derecho. En el caso de los niños y niñas deben y no siempre lo hacen, priorizar los derechos de los niños/as en caso de confrontación con derechos de los adultos (art. 3 de la ley 26061). También genera tensiones la obligación de cumplir con estándares internacionales referidos a las garantías de los imputados, al debido proceso y al proceso justo.

Una buena guía aunque no necesariamente aplicada por los operadores en los casos de violencia de género lo da el fallo Góngora ²⁰ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en que queda explícitamente establecida la obligación de investigar, sancionar y reprimir la violencia contra las mujeres.

Los críticos de la posición que reclama más derecho punitivo creen que el escenario de la justicia penal es un núcleo generador de prácticas que violan sistemáticamente los derechos humanos y sostienen que más soluciones

20 En la provincia de La Pampa el Tribunal de Impugnación Penal ha dispuesto el cumplimiento de la Convención de Belem do Para, mensaje que sirve como orientador de la intervención de los jueces de instancias inferiores para instruir y conocer debidamente los casos de violencia contra las mujeres en la causa Robledo o para que la probation no proceda en casos de violencia de género aunque su aplicación y uso todavía resulten excepcionales y resistidos por otros operadores miembros del mismo poder judicial. Muy recientemente en el mismo sentido y como lineamiento incompleto de una política criminal que urge definir, el Superior Tribunal de Justicia dictó el fallo Carabajal donde se instruye sobre la aplicación del art. 7 de la Convención de Belém do Pará en casos de violencia de género. No está de más resaltar que estos fallos son desconocidos en numerosos casos por los fiscales y por los jueces que homologan tales institutos.

penales, no siempre redundan en mayores derechos para alguien, sea mujer o sea hombre, tenga cuál clase, color o status social.

Para el derecho penal, no es lo mismo ser mujer que varón, pobre que rico, blanco que de color. Y si, como hemos explicado, el derecho es masculino y pensó en un sujeto blanco de clase acomodada, está claro que quienes poseen los atributos jerarquizados no son los oprimidos seleccionados por el derecho penal.

Por ello, a los operadores jurídicos, sujetos que ostentan las características privilegiadas y tienen el poder de decir el derecho les son aplicables las palabras de Young (1996:114) que a modo de interpelación dice:

Como persona que goza de un privilegio social, no resulta probable que escape a mi propia situación y me preocupe por la justicia social, a no ser que me vea forzada a escuchar la voz de aquellos que mi privilegio tiende a silenciar.

En tal sentido las medidas de acción positiva que el derecho establezca para las mujeres y de los niños/as no tiende a desfavorecer, hostigar ni a promover la discriminación contra los varones. Como dice Sanchez (s/f):

Cuando el abolicionismo no aborda específicamente la problemática de género, avala la violencia contra las mujeres: la administración no violenta de los conflictos propuestas por las abolicionistas, no supone la eliminación de las formas sexistas de dominación. Al inscribirse esta propuesta en el marco de una supuesta neutralidad se llega sólo a la resolución no violenta de los conflictos existentes (lo que equivale a decir jurídicamente reconocidos) esquivando la problemática particular de los conflictos con base en el género. De este modo se contribuye sin dudas a una no violencia entre los considerados iguales, lo que no equivale a eliminar la dominación (de los otros, definidos de modo diferencial) que de por sí es violenta.

Volvemos al punto de partida: la cuestión no es más que un falso dilema, en realidad, la utilización neutral del derecho termina siendo discriminatoria para los grupos vulnerables. El problema no es cómo trata o destrata el derecho penal a las personas -y a las mujeres en particular- sino las formas que tiene para legitimarse y sancionar con carácter de inexorable una solución que no puede ser otra que punitiva.

Cuando las mujeres -como sujeto político históricamente oprimido- pretenden que se tutelen bienes jurídicos cuya vulneración experimentan de distinta manera por el hecho de ser mujeres, están confrontando el carácter de generalidad y abstracción del derecho, implica reconocer que el derecho tal como es usado discrimina cuando tutela ciertos intereses y bienes y también cuando incrimina a ciertos sujetos. No significa que pretenden el incumplimiento de las garantías de los victimarios.

Lo que si debiera quedar claro es que en un sistema que respete y garantice los derechos humanos, la violencia contra las mujeres como forma extrema de discriminación no tiene cabida y a tenor de lo que pudimos observar del estudio y análisis de la sentencias recopiladas, el mensaje que está dando el derecho penal está muy cercano a la impunidad.

Para el caso del aborto, pero también aplicable al problema de los delitos sexuales, Bergallo sostiene que los operadores del derecho y los del derecho penal en particular no creen que incumplir las normas sea un problema:

En el voto mayoritario en “F., A. L.” la Corte ha mostrado que comprende que la cultura del incumplimiento y la instauración de reglas informales contrarias al derecho escrito se constituyen en límites estructurales al respeto de los derechos y, por eso, a la legalidad. Frente a esos límites, los tribunales argentinos no pueden permanecer inermes. O no pueden hacerlo si pretenden ser relevantes para hacer cumplir la Constitución. (Bergallo, 2012:385).

Al proponer soluciones de política criminal sobre cuestiones que afectan a las mujeres (legislar tales delitos, proteger tales bienes, acentuar la criminalización sobre determinadas conductas, perseguir con mayor énfasis cierto tipo de delincuencia) debiera recurrirse al máximo esfuerzo analítico ya que de quedar atrapadas por el sistema represivo sufren la doble residualidad del mismo: a las mujeres se les aplican las normas orientadas a la conducta desviada masculina propias del ámbito público y al mismo tiempo las normas del control informal orientadas a garantizar la reproducción social. Por otro lado, en cuanto a la criminalidad masculina contra las mujeres, el sistema informal se transforma en principal y el control punitivo resulta secundario,

justamente por la incapacidad de operar dentro del ámbito privado.

4.3).-Discurso, cambio legal y prácticas judiciales

Como se apuntó precedentemente, pudimos corroborar a través de la lectura de las sentencias dictadas en los primeros años seleccionados en la investigación hasta las más actuales, que el lenguaje jurídico se ha vuelto más denso y elaborado: las sentencias son más largas, tiene mayor cantidad de citas bibliográficas y hasta contienen fundamentos y citas de derecho internacional de los derechos humanos, sea la mención de tratados o de jurisprudencia de órganos supranacionales.

Parece que los redactores de las sentencias trataran de justificar mejor sus posiciones cuando fallan sobre delitos contra la integridad sexual. También se advierte a través de los años, el recurso a elementos de otras ciencias, es decir, la apoyatura en saberes extrajurídicos que componen un cuadro a primera luz más amplio y abarcativo de la situación de violencia que se experimenta en ocasiones del ataque sexual.

Sin embargo, la colaboración de esos saberes técnicos de expertos psicólogos, siquiátras o trabajadores sociales no obsta a una interpretación reduccionista de los hechos de violencia sexual, que aún no son comprendidos como procesos sociales en los que intervienen las dimensiones propuestas por el abordaje ecológico de la violencia ²¹.

Esta afirmación puede considerarse a la luz de los montos de las condenas -cuando las hay- y la manera en que se acumulan o no los agravantes previstos por la ley, por ejemplo cuando se condena a un padre abusador solo por ser ascendiente y sin tener en cuenta que también es guardador de la víctima, o bien cuando se investiga el delito denunciado y no puede vérselo como un conjunto de conductas lesivas que incluye a veces otras víctimas además de la del caso particular, o en la omisión de considerar y comprender dentro del mismo caso varios tipos y modalidades yuxtapuestos de violencia.

²¹ Las dimensiones que involucra el abordaje ecológico son la individual, la microsistémica, la exo o meso sistémica y la macrosistémica.

Lo que queremos resaltar es que no siempre el cambio en el uso formalizado del lenguaje y en la producción de documentos jurídicos, se condice con cambios más profundos en las representaciones sociales e ideologías que se plasman en el discurso jurídico como productor de sujetos y como cristalizador de situaciones jurídicas.

Es como seguir pensando y haciendo más de lo mismo, pero de manera más sofisticada. En la medida que se sigue investigando a la víctima del delito, se sigue pidiendo prueba de que la víctima no consintió el ilícito o la insistencia en acreditar que la niña o el niño no están fabulando, imaginando o mintiendo puede cambiar el lenguaje utilizado en la sentencia, pero no la ideología que porta el discurso y las prácticas de los operadores.

Como dice Asúa Batarrita

Las normas jurídicas cobran vida a través de la recreación que el juzgador hace de ellas delimitando su alcance y contenido. La perspectiva valorativa que adopta el juzgador incide decisivamente en el mensaje que transmite a la sociedad con la aplicación de la ley, a través no solo de las decisiones de condena o absolución, sino a través de las explicaciones que recorren la motivación de tales decisiones. (Asúa Batarrita, 2008:133).

No está de más resaltar que en 1994 se dio jerarquía constitucional a la Convención de Derechos del Niño y la Convención Internacional de Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer y en 1996 nuestro país adoptó como legislación interna la llamada Convención de Belem do Pará. Tampoco es posible soslayar que, si bien relativamente nuevos en el tiempo, existen normas y acuerdos internacionales acerca de los derechos de las víctimas que han sido ignorados absolutamente por los operadores.

Solo muy recientemente; sobre todo a partir de 2008 las sentencias empiezan a tomar en cuenta los fundamentos de derechos humanos que contienen tales instrumentos, lo origina una asincronía entre cambio legal y cambio jurídico.

El paradigma que incorpora la normativa de los derechos humanos no siempre es rápida ni fácilmente apropiado por los operadores jurídicos. El Poder

Judicial es normalmente conservador del *statu quo*, reacio a adoptar cambios y no se ha caracterizado al menos de lo que surge del estudio de las sentencias penales, por innovar en materia de violencia y delictividad o criminalidad sexual contra mujeres, niñas y niños ²².

Por el contrario, en La Pampa, las políticas públicas del Poder Judicial o del Ministerio Público, de los legisladores y de otros operadores relativas a la violencia sexual representan una reacción tardía y demorada frente a hechos y sucesos que en la provincia tuvieron gran trascendencia logrando que se tomaran determinadas decisiones en el Poder Judicial ²³ debido a la masiva movilización de la comunidad ²⁴.

De lo que se trata entonces no es solo de cambiar las leyes, sancionar nueva legislación, sino de modificar pautas y prácticas arraigadas de los operadores que suponen paradigmas distintos a los que incorpora la legislación más avanzada.

En tal sentido, para el análisis de estos complejos fenómenos, se requiere: autoridad y prestigio en la norma; racionalidad del nuevo derecho, establecer modelos pragmáticos para el facilitar el cumplimiento de la ley, el uso del tiempo y las sanciones. Estas cuestiones nos remiten a las explicaciones sobre cambio legal y cambio social (Cotterrell, 1991).

De acuerdo al desarrollo que hemos realizado, la falta de aplicación de ley

22 Para corroborar que no hubo grandes innovaciones en materia de violencia sexual y acerca de los derechos de niñas/niños víctimas basta leer la sentencia en el Expte I- 184/11 dictada por la Cámara Criminal n° 1 de Santa Rosa en 2012 en la se hace lugar a la suspensión del juicio a prueba por abuso sexual simple de un policía en contra de la hija de su concubina y se considera razonable los quinientos pesos ofrecidos por el imputado para poder justificar la aplicación de este instituto. Está de más decir que los jueces no se preguntan por los derechos de la víctima, no hacen la comunicación obligatoria de la ley 1918, no cumplen con el deber de investigar los crímenes en el marco de la Convención de Belem do Pará y podría seguir la lista de normas incumplidas.

23 A partir de los casos Carla Figueroa (2010) y más recientemente el caso de Sofia Viale (2012) se puso en marcha la Oficina de Orientación y Asistencia a la Víctima de delito tanto en Santa Rosa como en General Pico y se están llevando a cabo otras acciones para la mejor atención de la violencia de género.

24 Retomamos este tema en el capítulo 17 donde se desarrollan las entrevistas efectuadas a distintos operadores jurídicos.

1918²⁵ es un ejemplo de la asincronía entre el proceso de producción normativa (discurso legislativo) por un lado y su aplicación por parte del Poder Judicial²⁶.

Ante este desfasaje, se advierte que los casos de violencia sexual no fueron comunicados por los jueces penales a los jueces de la Familia y el Menor con competencia legal para entender en el aspecto civil/familiar del problema y por otro lado, la renuencia al cumplimiento de las disposiciones de una ley sobre violencia doméstica necesariamente remite a la invisibilización del fenómeno como problema social y a que pertenece a la esfera privada de las relaciones familiares.

Sin dudas no se trata de un simple problema de lenguaje técnico-jurídico; sino más bien de lo que significan las omisiones o el desinterés de estos funcionarios, que dejan entrever los prejuicios acerca de la privacidad de la familia en la que ocurre generalmente este tipo de violencia.

Otro ejemplo del desfasaje entre nuevas normas, viejos discursos y arraigadas prácticas, se halla en la demorada y nunca definitivamente aplicada Convención de Belem do Pará, adoptada por la ley 24632 de nuestro país, es decir derecho vigente a partir de 1996.

Para los casos que nos ocupan, encontramos recién en 2011 un fallo²⁷

25 La ley 1918 es de aquellas de la primera ola de leyes contra la violencia, fundamentalmente protege a la mujer violentada en la familia o por algún miembro de la familia. Sin dudas a más de diez años de su sanción, resulta limitada y ha sido superada por la ley 2550 de adhesión a la 25485. Pero la ley ordenaba remitir los problemas de violencia familiar al fuero de familia y menor, cosa que los jueces penales no hicieron.

26 La ley 1918 fue dictada en el año 2000, tardó varios años en ponerse en funcionamiento y si bien hoy podría ser criticada por sus limitaciones ya que sólo regulaba la violencia familiar, ponía de relieve la necesidad de adoptar una perspectiva integral en los casos de violencia intrafamiliar, para lo cual ordenaba a distintos operadores hacer las comunicaciones respectivas. El art. 6 dice: Comunicación obligatoria: Toda persona que se desempeñe laboralmente en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud en el ámbito público o privado, en las fuerzas de seguridad con asiento en la provincia, de cualquiera de los poderes del estado provincial que, con motivo o en ocasión de sus tareas tomen conocimiento de que persona/s sufran las situaciones que describe el artículo 2º, están obligados a efectuar inmediatamente la comunicación pertinente. Ante esta disposición legal y el carácter de orden público de la ley (art. 1º), los operadores debían hacer tales remisiones al Fuero de la Familia y el Menor, pero no surge de las sentencias que hemos recopilado que estos reenvíos se hayan efectuado.

27 Se trata del fallo “Robledo, Roberto Ricardo s/ recurso de impugnación” legajo 280/2011 en que la defensa del imputado había pedido la suspensión del juicio a prueba, lo que fue otorgado por el juez de control. El Fiscal se opone y recurre. El Tribunal de Impugnación Penal,

del Tribunal de Impugnación Penal de la provincia que obliga al juzgado de primer grado a instruir una causa de violencia contra una mujer en el marco de una relación familiar en base al deber de investigar ²⁸ las violaciones de derechos humanos de las mujeres, en consecuencia con las acciones a que se ha comprometido el Estado (y el Poder Judicial es parte del Estado) acerca de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (art 7 inc b) de la Convención.

En cuanto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, recién en diciembre de 2012 la provincia adhirió por ley 2703 a la ley nacional 26061, pero creemos que no están dadas todas las garantías legales correspondientes, cuestión que trasunta un grave incumplimiento a los deberes asumidos internacionalmente.

En los casos de violencia sexual, los niños y niñas de las distintas circunscripciones deben ²⁹ trasladarse a Santa Rosa, porque aquí funciona la única Cámara Gesell de la provincia.

Aunque en este estudio no se desarrolla la forma cómo el Poder Judicial está organizado en todo el territorio, destacamos que recientemente se ha puesto en funcionamiento el equipo interdisciplinario del Juzgado de la Familia y el Menor en la III Circunscripción de General Acha y ha asumido la jueza titular del organismo; mientras que en la IV Circunscripción no existe el equipo técnico y el juez es multifueros.

La IV Circunscripción con sede en la localidad de Victorica ni siquiera cuenta con un Asesor de Menores, figura que además no encuentra lugar en el

en base a la ley 26485, ley provincial 2550, los pactos internacionales que obligan al Estado a investigar y la recomendación n° 19 de la CEDAW entre otros fundamentos, ordena continuar la investigación. Finalmente el imputado fue absuelto, pero el hecho quedó debidamente instruido. el caso es uno de los pocos que están apareciendo en la jurisprudencia local que entrevén la importancia de la violencia contra las mujeres.

28 Como ya se dijo, el deber de investigar ha quedado plasmado en el fallo ‘Góngora’ de la CSJN.

29 Las III y IV Circunscripciones judiciales de la provincia abarcan amplias zonas geográficas, en casos inhóspitas y sin transporte público accesible, por lo que si una persona tiene que concurrir a hacer un trámite en Tribunales, debe recorrer grandes distancias y tal vez perder el día en el trabajo o de escuela si es un niño/a escolarizado, entre otros engorros, cuestión que remite al problema del acceso a la justicia.

paradigma de la protección integral de la niñez. El funcionario que ocupa el rol de Defensor General se hace cargo de ambos roles cuando hay un menor implicado, por lo que sus funciones se superponen y en definitiva nada puede garantizarse. Esto demuestra un nuevo desfasaje: esta vez entre la obligación de aplicar ciertas normas y la escasa disponibilidad técnica, de recursos humanos y de infraestructura con que cuentan los operadores.

Bibliografía.

Asúa Batarrita, Adela (2008): El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias Jurisprudenciales. En Laurenzo, Patricia y otras. Género, violencia y derecho Editores del Puerto Buenos Aires. pp 101/136.

Bergallo, Paola: (2012): Entrevista disponible en http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=revistas consulta del 15 de marzo de 2013.

Birgin, Haydee (comp) (2000): El derecho en el género y el género en el derecho. Editorial Biblos Buenos Aires.

Bolea Bardon, Carolina (2007): En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194 en <http://criminnet.ugr.es/recpc> consulta del 22/04/2012.

Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther (2000): La fuerza del derecho. Siglo del Hombre Editores Facultad de Derecho de la Facultad de Derecho de los Andes. Ediciones Uniandes e Instituto Pensar. Bogotá.

Castell Castells, Carme (1996): Perspectivas feministas en teoría política. Paidós Ibérica Barcelona.

Cotterrell, Roger (1991): Introducción a la Sociología del Derecho. Ariel Derecho. Barcelona. España.

Di Corleto, Julieta (2010): Justicia, género y violencia. Ediciones Librería. Buenos Aires.

Documento de la Defensoría General de la Nación (Asencio Raquel et al 2010): Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género. Buenos Aires.

Duarte, Carlos y Martínez, Anna (1995): El lenguaje jurídico. AZ Editora SA. Buenos Aires.

Entelman, Ricardo et al (1982): El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos. Hachette. Buenos Aires.

Entelman, Ricardo (2006): *Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra.* En Enrique Mari y otros. *Materiales para una teoría crítica del derecho.* LexisNexis. Buenos Aires. pp 209/220.

Estrich, Susan (2010): *Violación.* En Di Corleto, Julieta. *Justicia, género y violencia.* Librería. Buenos Aires. pp 57/84.

Facio, Alda y Fries, Lorena (1999): *Género y Derecho LOM Santiago DE Chile.*

Fiss, Owen M. (1993): *Qué es el feminismo.* En *Revista Doxa* n° 14 pp. 319/336. Disponible en http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=EJEMPLAR&revista_busqueda=432&clave_busqueda=12405consulta del 30 de enero de 2012.

Hercovich, Inés (1997): *El enigma de la violación sexual.* Biblos. Buenos Aires.

Hercovich, Inés (2000): *La violación sexual. Un negocio siniestro.* En Birgin, Haydée. *Las trampas del poder punitivo.* Editorial Biblos. Buenos Aires. pp. 295/315.

Hercovich, Inés (2002): *Las oprimidas sospechadas. La desconfianza hacia las mujeres sin conciencia: un recaudo feminista contra los estragos del control patriarcal.* En *Revista Debate Feminista* Año 13 Vol 26

Informe del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (2009): *Informe 2008 sobre Género y Derechos Humanos del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género.* Biblos Buenos Aires.

Larrauri, Elena (2007): *Criminología Crítica y Violencia de Género.* Trotta. Madrid.

Mackinnon, Catharine A. (1995): *Hacia una teoría feminista del Estado.* Ediciones Cátedra. Universidad de Valencia. Instituto de la Mujer. Madrid.

Maqueda, María Luisa (2008): *¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde el discurso feminista crítico.* En Lorenzo, Patricia y otras. *Género, violencia y derecho.* Editores del Puerto Buenos Aires. pp 291/332.

Olsen, Frances (2002): *El sexo del derecho.* En Ruiz, Alicia E. C. *Identidad femenina y discurso jurídico.* Biblos. Buenos Aires pp. 25/43.

Puleo, Alicia H (1995): *Voz Patriarcado en Amorós, Celia (directora) (1995): 10 palabras clave sobre Mujer* Editorial Verbo Divino. Navarra

Ruiz, Alicia E. C. (2000): *Identidad femenina y discurso jurídico.* Editorial Biblos. Buenos Aires.

Ruiz, Alicia (2000): *La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres.* En Birgin, Haydée (2000): "El derecho en el género y el género en

el derecho” Editorial Biblos Buenos Aires pp. 19/ 29.

Ruiz, Alicia E. C. (2006): *Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría del derecho). En Materiales para una Teoría Crítica del Derecho 2º Edición Abeledo Perrot Buenos Aires.*

Sanchez, Luciana (s/f): *Feminismo legal y abolicionismo penal: el cocinero, el ladrón, su mujer y su amante. En <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/feminismo-legal-abolicionismo-cocinero-ladron-su-mujer-su-amante> consulta del 11/09/2013.*

Sanchez, Mariana N. (2014): *Violencia Familiar en Córdoba. El sistema jurídico como estrategia creadora de género. Tinta Libre. Córdoba.*

Smart, Carol (2000): *La teoría feminista y el discurso jurídico. En Birgin, Haydeé (2000) (comp.): El Derecho en el Género y el Género en el Derecho” Editorial Biblos Buenos Aires pp. 31/71.*

Young, Iris Marion (1996): *Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal. En Carme Castells. Perspectivas feministas en teoría política. Paidós Ibérica. Barcelona pp. 99/126.*

Zaikoski, Daniela (2008): *Género y Derecho Penal. Tensiones al interior de sus discursos. En La Aljaba. Estudios de la Mujer. Segunda Época. Volumen XII. Buenos Aires Reun pp 117/134.*

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2000): *El discurso feminista y el poder punitivo. En Birgin, Haydeé (2000) (comp). Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal. Biblos Buenos Aires pp19/38.*

5).- GENERALIDADES EN TORNO A LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. ANALISIS CUANTITATIVO

Por Olga L. Salanueva y Daniela M.J. Zaikoski Biscay

Este capítulo desarrolla y amplía un trabajo anterior ¹ en el que se habían presentado los primeros avances de esta investigación.

Mostramos los resultados finales en términos cuantitativos que pudimos construir a partir de la administración de una planilla de recolección de la información contenida en las 232 sentencias analizadas entre 1995 y 2007.

Los datos obtenidos de la muestra de las 20 sentencias de la Cámara Criminal 1 de Santa Rosa durante 2008 a 2010 se desarrollan aparte.

De las 232 sentencias estudiadas se encontraron 193 con víctimas mujeres, en 29 el sujeto pasivo es varón, 4 tienen sujetos pasivos de ambos sexos y en 6 sentencias no consta el dato del sexo de la víctima. El victimario en todos los casos fue varón.

¹ Ver Salanueva y Zaikoski (2011) “Sentencias sobre integridad sexual: primeros avances de la investigación” publicado en Actas del XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica Fac. Cs Ec y Jcas de la UNLPam noviembre 2011 ISBN 978-950-863-162-6 en colaboración con los miembros de la Fundación AYUDÁNDONOS.

5.a).- Cantidad de sentencias analizadas por Cámara Criminal

Cámara	Sentencias dictadas	Porcentaje
CC 1 Santa Rosa	39	16,81%
CC 2 Santa Rosa	30	12,93%
CC 1 G. Pico	163	70,25
Total	232	100%

5.b).- Cantidad de sentencias dictadas por año (lapso de tiempo seleccionado)

Año	CC1 SR	CC 2 SR	CC 1 GP	TOTAL	%
1995	1	-	-	1	0,43
1996	-	-	4	4	1,72
1997	3	-	14	17	7,33
1998	3	-	8	11	4,74
1999	7	-	5	12	5,17
2000	3	-	5	8	3,45
2001	5	7	16	28	12,07
2002	3	5	10	18	7,76
2003	3	3	23	29	12,50
2004	-	2	19	21	9,05
2005	5	10	17	32	13,79
2006	4	3	19	26	11,21
2007	2	-	23	25	10,78
Total	39	30	163	232	100

SR (Santa Rosa); **GP** (General Pico)

Entre las 20 sentencias sistematizadas correspondientes a la Cámara Criminal 1 de Santa Rosa se encontraron 8 sentencias dictadas en 2008, 5 en 2009 y 7 en 2010.

5.c).- Sentencias y cantidad de víctimas

Cantidad de víctimas	Sentencias	%
Sentencias con una víctima	193	83,19
Sentencias con más de una víctima	33	14,22
No consta el dato en la sentencia	6	2,59
Total	232	100

En 2008 hubo 17 sentencias con una sola víctima, 2 con dos víctimas y una con tres.

5.d).- Sentencias y edad de las víctimas

Edad de las víctimas	Sentencias	%
Sentencias con una víctima menor de 18 años	154	66,38
Sentencias con una víctima mayor a 18 años	15	6,47
más de una víctima y mayores de 18 años	0	0
Sentencias con más de una víctima y menor de 18 años	28	12,07
Sentencias con más de una víctima, mayores y menores	2	0,86
No consta edad de la víctima ⁵³	33	14,22
Total	232	100

En cuanto a la edad de las víctimas la mayoría son menores de edad, especialmente niñas. Igual resultado se obtiene del análisis de las sentencias dictadas entre 2008 y 2010. Pensamos que esto tiene que ver con la concepción de los niños y niñas como objetos y no como sujetos de derechos, es decir una cuestión de género y a la vez intergeneracional.

También se relaciona con el tratamiento que la sociedad y las familias hacen del cuerpo de los menores, un cuerpo que es fácilmente abordable,

² Es significativa la cantidad de sentencias en la que no consta la edad de la víctima. Desconocemos porque puede ocurrir que no se consigne la edad. Esto dificulta la construcción de datos, ya que para indagar sobre la edad se debería recurrir a datos indirectos que contiene la sentencia, por ejemplo si va a la escuela, el grado que cursa o bien puede inferirse la edad a partir del tipo penal que se investiga. Por ejemplo, el art 119 habla de víctimas menores de 13 años y el art 120 de menores de 16 para tipificar de distinta manera los delitos.

controlable, tratado como cosa en función de la satisfacción ajena y que en muchas familias a tenor de la lectura de las sentencias es objeto de transacción³.

Advertimos que no hay sentencias con más de una víctima que sean mayores de edad y solo dos casos en las que había más de una víctima menores y mayores de edad, lo que es un modo de corroborar que el sujeto pasivo tiene que desplegar toda una serie de acciones tendentes a lograr su objetivo que lo llevan a concentrarse en la producción del delito sobre una sola persona.

Si bien como ya apuntamos, el objetivo no era construir una base de datos con fines estadísticos, los datos obtenidos se muestran compatibles con los informados por el Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, concordantes con los datos del Departamento de Estadística de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia Provincial, del año 2010, en cuanto a las edades y género de las víctimas, son mujeres el 84 % , varones el 16 % y las edades corresponden entre 6 y 15 años.

Como apuntáramos precedentemente, en 154 sentencias hubo menores de edad. Ese dato a su vez lo hemos desglosado y obtuvimos los siguientes guarismos: hay 95 sentencias con víctimas menores de 13 años, lo que supone el tipo agravado del delito en todos los casos; 38 sentencias con víctimas entre 13 y 16 años, 9 entre 16 y 18 años y 12 sentencias donde no se menciona la edad de la víctima.

3 Puede afirmarse que el cuerpo de los niños/niñas es objeto de transacción y acuerdos familiares. En muchas sentencias surge que la denuncia del delito está condicionada, por ejemplo a la idea de que el varón adulto mantiene la familia o tiene derechos sexuales sobre sus miembros. Esta situación corresponde con la ideología patriarcal que sostiene que las personas de la familia son tratadas como una extensión de los derechos patrimoniales del varón. El término patriarcado ha sido utilizado para designar un tipo de organización social en el que la autoridad la ejerce el varón jefe de familia, dueño del patrimonio dentro del cual estaban la mujer y los hijos. Las feministas han estudiado las distintas expresiones que el patriarcado ha adoptado a través del tiempo definiendo el contenido económico, ideológico, político y social que refiere al régimen de sujeción de las mujeres. Se lo define como “la manifestación e institucionalización del dominio masculino sobre las mujeres y niños/as de la familia y la ampliación de ese dominio sobre las mujeres en la sociedad en general” que se refuerza a través del parentesco y de la heterosexualidad obligatoria de las mujeres, que garantiza la reproducción (ver Marta A Fontenla en Gamba (2007). En estos casos además de abordar el problema de la víctima propiamente dicha, hay que trabajar en empoderar a la mujer mamá de los niños/niñas. La violencia en estos casos no es solo sexual.

En las 20 sentencias del período comprendido entre 2008 y 2010 de las 24 víctimas, todas eran menores de edad de las que 23 tenían a su vez menos de 16 años.

Entre 1995 y 2007, los niños y niñas más pequeños son las víctimas preferidas, un 40,95 % de los casos tiene como sujetos pasivos del delito a menores de 13 años, lo que refuerza la idea de asimetría de poder entre los involucrados y las amenazas o la violencia física y psicológica para obtener el silencio y el ocultamiento.

La posición de poder en la se encuentra el victimario explica que -según veremos- en 82 casos es cometido por alguien conocido o de la familia del niño/niña (amigo de la familia, concubino de la madre o padre de la víctima).

Si a ello sumamos que para la Convención de Derecho del Niño, niño es la persona hasta los 18 años, el abuso sexual en menores de edad asciende a 78,45%.

5.e).- Sentencias y cantidad de victimarios

Otro dato que hemos sistematizado tiene que ver con la cantidad de victimarios juzgados en cada sentencia. Es claro que la característica del delito sexual es la de ser cometido en la privacidad, generalmente en solitario, sin público o escasas posibilidad de ser encontrado in fraganti.

Cantidad de victimarios	Sentencias	%
Sentencias con un victimario	225	96,98
Con más de un victimario	7	3,02
Total	232	100

Entre 2008 y 2010 hubo 19 sentencias con un solo victimario y 1 con dos, es decir hubo 21 victimarios todos varones.

Conforme los datos extraídos de las sentencias analizadas podemos sostener que en la generalidad de los casos la comisión de delitos contra la integridad sexual tiene como sujeto pasivo y activo una sola persona.

5.f).- Sentencias por edad de victimarios

Sentencias por edad del victimario	Sentencias	%
Sentencias con un victimario menor de 18 años	15	6,47
Sentencias con un victimario mayor de 18 años	204	87,93
Sentencias con más de un victimario y mayores de edad	4	1,72
Sentencias con más de un victimario y menores de edad	1	0,43
Con más de un victimario (menores y mayores de edad)	2	0,86
No consta la edad del victimario	6	2,59
Total	232	100

De acuerdo a los datos que obtuvimos, la posibilidad de cometer un delito sexual es mayor entre los 25 y 35 años (54 casos); entre los 35 y 45 hay 47 casos y en 39 oportunidades el victimario tenía entre 45 y 55, es decir que en más de la mitad de los casos (140) el sujeto activo tenía entre 25 y 55 años de edad.

Entre 2008 y 2010 no hubo sentencias con victimarios menores de edad, en 5 sentencias el victimario tenía entre 25 a 35 años, 4 entre 35 a 45 y 12 casos el sujeto pasivo tenía más de 45 años.

Integrando la edad y la cantidad de victimarios, puede decirse que el delito se comete en solitario (209 casos), solo en siete sentencias se consigna que haya habido más de un victimario para cometer la conducta tipificada, y en la mayoría de edad, lo que refuerza el componente de diferencia generacional del delito.

En relación a los victimarios en la generalidad de los casos comprende la criminalidad de sus actos, ya que son escasas las causas donde el sujeto pasivo tenía alguna patología o estaba alcoholizado, lo que permite derribar el mito tan arraigado de que los violadores son enfermos.

La idea de que quien comete delitos contra la integridad sexual es un enfermo mental o bien, que este tipo de hechos se realiza cuando las facultades del individuo están alteradas, por ejemplo por consumo de drogas u otras sustancias, es parte de un mito que permite invisibilizar la responsabilidad social

y penal de quien comete el acto ⁴, coadyuva a su exclusión cultural (Calmels y Mendez, 2007). En realidad forma parte de las estrategias exculpatorias que ensaya el imputado, ya que como hemos observado en las sentencias, es una técnica de neutralización que usa el victimario y preferentemente su defensa técnica con una impavidez asombrosa. Este mito remite a una posición pasiva y de resignación a quien sufre las consecuencias del delito (prioritariamente niños y niñas), favorecida por esta idea de que el derecho penal se encarga del delito y de castigar al victimario.

5.g).-Consecuencias inmediatas del delito en las víctimas

Las sentencias del período 1995 a 2007 no abundan en alusiones a las consecuencias inmediatas del delito. Aún así pudimos detectar 11 casos de embarazo, sin que en ninguna sentencia se mencione algún tipo de acción para determinar la filiación del niño, análisis que se desarrolla en otro capítulo.

Al respecto cabe apuntar que 11 embarazos representan cerca del 5% de los casos recopilados. Pero en realidad debe solo tomarse la casuística de la violación y del abuso sexual con acceso carnal, ya que el abuso sexual simple no es posible obtener tal resultado.

Relacionando la pena aplicada (seis o más años) por los tribunales intervinientes en los casos de condenación y la pena prevista para el tipo penal del acceso carnal que se configura según el art. 119 CP: "... La pena será de seis años a quince años de reclusión o prisión cuando mediándolas circunstancias del primer párrafo hubiese acceso carnal por cualquier vía" hubo acceso carnal en 43 casos. Es decir que hubo embarazos en el 25% de los casos de acceso carnal (12 condenas corresponden a la CC 1 SR, 8 a la CC 2 SR y 25 a la CC GP).

Igualmente este dato debe ser matizado ya que hay condenas mayores a seis años que corresponden a aquellas en las que el delito se ha configurado con agravantes o en concurso, con lo que se requieren de otros datos que no manejamos para dar mayor certeza respecto del problema del embarazo y la

4 Abordamos más detenidamente este tema al desarrollar el perfil del victimario.

violencia sexual.

En 36 oportunidades pudieron establecerse daños físicos en las víctimas, corroborados normalmente con prueba documental referida a las historias clínicas o fotografías. En otros, el daño físico se pudo corroborar mediante el testimonio de los profesionales de la salud intervinientes al momento de la revisión de la víctima.

Respecto a los daños psicológicos, según Echeburúa et al (2002) se refieren a las lesiones psíquicas agudas producidas por un delito violento, la que puede remitir con el transcurso del tiempo el apoyo social o el tratamiento adecuado. También son daño las secuelas emocionales que persisten en la persona de forma crónica. Los daños psicológicos son la consecuencia de hechos traumáticos que superan la capacidad de afrontamiento y adaptación de la víctima.

Los autores dicen que el daño psicológico cursa habitualmente fases. En una primera etapa suele surgir una reacción de sobrecogimiento, en un segundo momento ante la conciencia del daño aparece la fase más dramática y en tercer lugar una tendencia a reexperimentar el suceso dañoso y agregan:

Recientemente se ha utilizado el peritaje del daño psicológico en la víctima como prueba de la existencia de una relación sexual no consentida. Esto tiene interés en aquellos casos en que el agresor reconoce la existencia de una relación sexual, pero niega la falta de consentimiento por parte la víctima... La existencia del daño psicológico-y, en su caso, de estrés postraumático- en la víctima puede constituir una prueba de una relación sexual no consentida. (ob cit, 144).

Molina y Barbich (s/f) dicen que el daño psicológico afecta la funcionalidades síquicas de las personas, se vincula con el trauma y aparece cuando se padece una situación de amenaza, intrusión o destrucción de la integridad sicofísica, por el que hay alteración, disminución o anulación de las funcionalidades de las personas. Para determinar la existencia de daño psicológico es necesario considerar aspectos tales como la edad de la víctima, sus capacidades físicas, la estructura afectivo-emocional al momento del impacto.

Lo cierto es que las consecuencias del delito pueden aparecer mucho después de ocurrido el hecho, a corto y a largo plazo (Canton Duarte y Cortes

Arboleda, 2011[1997]) con variadas manifestaciones.

En la muestra analizada, los peritos determinaron en 23 casos daños síquicos y en nueve casos tanto daños físicos como síquicos. En varias sentencias surge la preocupación de si el delito afectó o afectará el normal desarrollo de la sexualidad (sentencias 38/2005 CC 2 SR y 78/2001CC 2 SR y 68/2005 CC 2 SR).

En 153 casos no existe mención a ninguna consecuencia derivada del delito, lo que lleva a pensar que el daño mismo es solo el hecho del abuso sexual, cuestión que obstaculiza cualquier otro análisis e impide ver al delito como proceso en el que se involucra toda la persona de la víctima, no solo sus órganos genitales.

En otros se hace alguna alusión a los daños o a las consecuencias. Así puede leerse en las sentencias:

De todas maneras, según la licenciada (nombre de la perito)..., ese abuso sexual, en razón de la rápida reacción de la niña, a través de la huida, la reivindicación en su autoestima disminuyendo el daño, ello -según la perito- unido a la credibilidad otorgada por su madre, y la acción judicial, hace que el hecho no sea gravemente ultrajante para la misma. (sentencia 46/2005 CC 2 SR).

La Psicóloga ... en su informe técnico de fs 38/39, concluye que la menor en cuestión fue abusada sexualmente por Que la niña transmitió su severa traumatización por los hechos abusivos desde pequeña. Esta profesional también hace constar que son gravemente ultrajantes con riesgo sico-físico en el futuro, de no ser asistida y contenida en forma adecuada. (sentencia 74/2005 CC 2 SR).

Igualmente digan lo que digan los informes de las peritos sicólogas, ambos casos se condena por abuso sexual simple, por lo que no existe criterio para determinar qué tiene que pasar o qué daños tiene que acreditarse para que el tipo sea gravemente ultrajante como dice el art 119 2º Código Penal.

Preliminarmente puede decirse que se detallan con más detenimiento las consecuencias del delito en las sentencias dictadas entre 2008 y 2010. En ellas

al menos se recoge vocabulario del discurso ‘psi’⁵ y del trabajo social, aunque esta primera aproximación deberá ser objeto de mayor análisis⁶.

Otra cuestión a tener en cuenta para la remisión del daño es que se ha sostenido que así como la mayoría de los abusadores son hombres, así también la protección de los niños/as es asumida generalmente por mujeres, de ahí que la respuesta protectora de la madre sea crucial para la recuperación positiva en el corto y mediano plazo de la víctima (Teubal s/f).

En las sentencias entre 2008 a 2010 no hay ningún caso de embarazo, se registran tres daños físicos y 15 daños síquicos. Entre las constancias de las causas hay menciones a la situación de angustia, temor, ansiedad, culpa, vergüenza, como también se da cuenta de la afectación del ciclo evolutivo de niñas y niños, dificultades en la escuela y problemas de comportamiento, afectación del habla, inhibición y casos de internación de las víctimas.

5.h).- Sentencias, condenas aplicadas y montos por Tribunal⁷

En este apartado desarrollamos la información obtenida referida a las condenas y montos de penas que han aplicado las cámaras criminales en los períodos estudiados.

Conforme la ley Orgánica del Poder Judicial, las Cámaras del Crimen tiene tres miembros. Las tres Cámaras Criminales en algún momento del tiempo

⁵ El discurso ‘psi’ “¿qué es el discurso psi?. En sí, es la promoción de una revolución interior, un movimiento de conciencia que impele al sujeto a desear conocer todo y a la realización personal. El hombre posmoderno quiere vivirlo todo, conocer todo, experimentar todo, sentir todo... a la manera de Fausto de Goethe, el individuo actual desea tenerlo todo”. “La nueva figura: Narciso” Lipovetsky, G. consulta de Internet 3 de noviembre de 2013. En el sentido usado en el texto se refiere a la creciente intervención de profesionales de la psicología.

⁶ Otras investigaciones también destacan estos aspectos. Ver Suarez Solá M.L y Gonzalez Delgado, F.J “Estadísticas y trascendencia de la violencia sexual en menores s/ Fecha de edic. Así como los jueces prestan más atención a los aportes ‘psi’ también los defensores se quejan más de las interpretaciones que hacen los magistrados de las pericias. Así lo recoge la sentencia 12/2013 Sala B del Tribunal de Impugnación Penal.

⁷ Para un análisis de mayor profundidad en estos temas puede verse ZaikoskiBiscay, Daniela: Delitos contra la integridad sexual. Consideraciones sobre el monto de la pena. En Revista Pensamiento Penal n° 165 disponible en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2014/03/app-zaikoski-monto-de-la-pena-2014.pdf> consulta del 19 de octubre de 2014.

analizado tuvieron una camarista. La mayoría de los miembros del Ministerio Público Fiscal han sido varones, mientras que la defensa sea pública y privada ha estado a cargo tanto de abogados como de abogadas. Aún así los cargos han sido desempeñados en mayor medida por varones que por mujeres.

De las 39 causas falladas por la CC1 SR que involucran a 41 victimarios encontramos: cinco absoluciones, tres remisiones al fuero de Familia y Menor por minoridad de los autores del delito, 10 condenas hasta tres años, 10 entre tres y cinco años y 13 condenas mayores a cinco años. En el período comprendido entre 2008 y 2010 la CC 1 SR falló 20 sentencias que involucraron a 21 victimarios. Hubo tres absoluciones, dos de ellas por beneficio de la duda, 11 condenas hasta tres años, dos condenas entre tres y cinco años y cinco condenas de más de cinco años.

La CC 2 SR registró 30 sentencias entre 1995 y 2007 de las que hubo cinco absoluciones, dos reenvíos al fuero de Familia y Menor por minoridad de los autores del delito, 12 condenas de hasta tres años, tres entre tres años y cinco. Ocho condenas se fijaron con penas mayores a cinco años.

En las 163 sentencias del CCGP que involucran a 167 victimarios se hallaron los siguientes datos: 41 absoluciones, es decir casi el 25% de los casos; 17 sentencias hicieron remisiones al fuero de Familia y Menor por minoridad de los autores del delito, en casos 75 se dictaron condenas de hasta tres años, hubo 6 condenas entre tres y cinco años y 27 condenas de más de cinco años. Se registra un caso de nulidad.

Proporcionalmente la CC GP ha dictado más absoluciones que las restantes.

Por otro lado, las condenaciones en cuanto a los montos se polarizan: o son montos bajos (menos de tres años) o altos (más de cinco años), salvo en el caso de la CC SR que registra un punto intermedio entre los montos aplicados.

	Sentencias	Sujeto activo	Absolución	Hasta 3 años	Entre 3 y 5 años	Más de 5 años	Familia y Menor
CC 1 SR	39	41	5	10	10	13	3
CC 2 SR	30	30	5	12	3	8	2
CC GP	163	167	41	75	6	27	17

En cuanto al monto de las penas, si bien los tipos penales prevén penas máximas y mínimas, a excepción de una sentencia de la Cámara Criminal de General Pico, no encontramos fundamentos plausibles para determinar su monto.

En general los jueces usan fórmulas vagas e indefinidas tales como:

A los fines de graduar la pena y su forma de cumplimiento, tengo especialmente en cuenta la calidad de la acción juzgada [abuso deshonesto] tanto como la condición cultural del imputado, de contornos muy especiales. (sentencia 3495/95CC GP) (seis meses de prisión en suspenso).

Pondero también que el inculpado carece de antecedentes computables, la acción [abuso sexual simple] fue realmente fugaz, lo que disimula su gravedad, pero es pauta al tiempo de justipreciar la sanción. (sentencia 7792/2007 CC GP) (dos años de prisión en suspenso).

A fin de determinar la pena a imponer al encartado se tendrá en cuenta la naturaleza del hecho y las circunstancias que lo han acompañado, la falta de antecedentes de ... y las demás pautas valorativas de los arts. 40 y 41 CP, considerando el tribunal justo y equitativo imponer al nombrado la pena de un año y seis meses de prisión en suspenso (art 26 del CP) por considerarse innecesario que la misma sea de cumplimiento efectivo...) (sentencia 95/2002 CC 2 SR).

Fundamentar de esta manera, considerar justo y equitativo no sabiendo para quién, considerar innecesario sin ninguna razón explicitada, evidencia verdaderamente un desapego al debido proceso, que debe satisfacer las garantías del imputado y las necesidades de la víctima.

En otras tiene en cuenta más explícitamente el daño cometido, aunque no por ello el monto de la pena está debidamente fundamentado:

El daño producido a la víctima fue mayúsculo, así lo revelan los informes

periciales respectivos. Así se suman elementos para valorar la pena a aplicar: la personalidad obsesiva sexual y temeraria, la relación que unía la víctima con el victimario y el enorme daño causado a la víctima. (sentencia 6994/2006 CC GP, seis años de prisión).

En la sentencia 5500/2002 CC GP, los jueces de la mayoría fallan por condenar a 12 años de prisión en virtud de que el abuso sexual con acceso carnal por vía oral y vaginal, porque se había producido con el uso de un arma impropia (un destornillador) con la que el imputado pudo obligar a la joven a caminar un trayecto hasta someterla en el patio de una vivienda y por el carácter de reincidente del sujeto activo.

En cambio, el voto en minoría solicita 8 años, ya que el uso de armas en el caso no puede ser tomado como agravante genérica, ya que es parte constitutiva del tipo calificado. El camarista disidente agrega que tampoco es agravante la existencia de sexo oral ya que para cualquiera que sepa derecho y no esté influido por prejuicios morales o éticos, el acceso carnal por vía oral constituye una circunstancia típica propia de la violación. Por estas razones, ese camarista piensa que el mínimo legal es suficiente.

Esta es una de las sentencias de la muestra seleccionada donde quedan tan descarnadamente expuestas las consideraciones sobre la violencia sexual, lo que importan los derechos de las víctimas y para qué sirve el sistema penal ⁸.

En la provincia es muy reciente la consideración jurisprudencial de la importancia de determinar la pena y el monto de la condena. Así hemos encontrado un caso de accidente de tránsito que llegado al Tribunal de impugnación penal, es revocado por los magistrados atento la Cámara Criminal interviniente (el juez a quo), no había fundado debidamente la pena y el monto de la condena ⁹.

Para el caso de delitos sexuales hemos hallado la sentencia 12/13 del Tribunal de Impugnación Penal. Allí el tribunal sostuvo que las fórmulas vagas e imprecisas como las que se han utilizado para fundar la pena y su monto en las

⁸ El caso fue objeto de varias notas en los periódicos locales de la época.

⁹ Causa 21/10 del Tribunal de Impugnación Penal.

sentencias entre 1995 y 2007, no resultan suficiente para el respecto y garantía del debido proceso.

Cuestión que merece una consideración especial es el hecho de que hemos encontrado sentencias en que los hechos y apreciaciones acerca del imputado son similares y existe una gran diferencia entre los montos impuestos. Así en la sentencia 7017/2006 CC GP los jueces toman en cuenta que el imputado no tiene antecedentes, la acción cometida tiene gravedad y hubo potencial daño a la víctima e imponen dos años de prisión en suspenso por abuso sexual simple, mientras que en la sentencia 3684/1997 CC GP los mismos jueces por abuso sexual deshonesto ¹⁰ condenan a seis meses de prisión en suspenso y consideran las condiciones socioculturales del imputado, el daño cometido y las posibilidades de recuperación (no se dice de quién). En otra se tiene en consideración la condición sociocultural del encausado de contornos muy especiales para determinar una pena de seis meses de ejecución en suspenso por abuso sexual deshonesto (causa 3495/1997 CC GP) ¹¹.

Por otra parte, surge el problema de la aplicación de agravantes. Así en la sentencia 8/2007 CC 1 SR se agrava el delito en razón de concurrir el hecho de ser el imputado padre biológico y por la situación de convivencia preexistente. Se condena a cinco años de prisión. La misma Cámara había condenado a ocho años de prisión en la sentencia 75/2004 por hechos similares. Este órgano consideró en ambos casos que los hechos reiterados son autónomos entre sí, son sucesos independientes. En similar sentido se pronunció la CC 1 SR con otra integración en sentencia 49/2004 CC 1 SR.

Lo que resulta inentendible es el carácter continuado o no del delito. Advertimos que a veces los hechos son individualmente considerados y hasta se cuenta el número de veces del abuso, del tocamiento o del acceso, y en otras

¹⁰ Antes de la reforma de la ley 25087 el abuso sexual era deshonesto, después esa figura pasó a ser abuso sexual simple.

¹¹ Lo mismo ocurre en causas 9572002 de la CC 2 SR y 7792/2007 CC GP en la que se aclara por las dudas, que a pesar de lo fugaz de la acción del imputado, ello no hace perder de vista su gravedad.

oportunidades el delito por el solo hecho de prolongarse en el tiempo constituye un delito continuado.

En el fallo 73/2010 CC 1 SR, se trataba de determinar la pena por abuso sexual con acceso carnal agravado por ser el encargado de la guarda y aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente cometido por el concubino de la madre contra una niña durante varios años, mientras ésta tenía entre ocho y hasta los 13 años.

A diferencia de las sentencias comentadas anteriormente (en las que el hecho de ser padre y la situación de convivencia se suman o confluyen como agravantes para la determinación de la pena), en esta sentencia los jueces dicen que un agravante desplaza al otro.

...este Tribunal considera que en la situación fáctica acreditada en autos, la situación de convivencia que ya sustenta la situación de hecho necesaria para que, junto a otros elementos completen el encargo de la guarda, no puede valorarse dos veces en contra del imputado y así fundar la existencia de dos agravantes diferentes, cuando la situación de concubinazgo, que supone necesariamente convivencia, ya funciona como elemento de la primer agravante e n la que se encuentra subsumida la segunda. Es decir que, no encontramos en este aspecto ante un concurso meramente aparente de agravantes por consunción, esto se da cuando ... 'un tipo descarta a otro porque subsume o agota el contenido prohibitivo... hay un encerramiento material'... (CC 1 SR causa 73/2010) ¹².

Para decirlo en otras palabras, y dejar de lado el ininteligible tecnicismo utilizado, para los jueces a veces ser padre/guardador o concubino/guardador son dos cosas diferentes que se suman o confluyen y agravan la condena; mientras que otras veces ser padre o concubino subsume y desplaza la convivencia preexistente y redundante en una condena distinta.

Dentro de lo que podríamos llamar la configuración del delito sexual, hemos hallado causas penales donde introducir objetos o los dedos no configura acceso carnal (sentencias 8/2007 CC 1 SR, 108/2005 CC 2 SR, 121/2002 CC

¹² En el fallo 34/2008 la CC 1 SR con jueces subrogantes se dijo que las agravantes se suman. En otra causa el resultado fue el opuesto con otros jueces (sentencia 73/2010 CC 1 SR).

2 SR y 6/2010 CC 1 SR), lo mismo que practicar sexo oral mientras que tener sexo oral en la disidencia de la sentencia 5500/2002 CC GP antes comentada es parte constitutiva del delito.

También se registra la causa 36/2008 CC 1 SR en la que los magistrados concluyeron que obligar a practicar sexo oral constituye delito de abuso sexual con acceso carnal. Sin embargo estas cuestiones siguen estando discutidas en la doctrina y que remiten al problema de la concepción de la violencia sexual como vulneración a la integridad sexual de las víctimas.

Bibliografía

Calmels, Julieta y Mendez, María Laura (2007): *El incesto: un síntoma social. Una perspectiva interdisciplinaria.* Biblos Buenos Aires.

Canton Duarte, José y Cortés Arboleda, María Rosario (2011[1997]): *Malos tratos y abuso sexual infantil.* Siglo XXI Madrid.

Echeburúa, Enrique, Paz de Corral y Pedro Javier Amor (2002): *Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos.* Revista *Psicothema* Vol 14 Suplemento ISSN 0214-9915 pp. 139/146.

Fontenla, Marta A.: *Voz Patriarcado.* En *Diccionario de estudios de género y feminismos.* Gamba, Susana (coord). Editorial Biblos. Buenos Aires pp. 256.

Molina, María Lourdes y Barbich, Alejandra (s/f): *Maltrato Infanto-Juvenil. Evaluación y toma de decisiones.* Editorial Dunken. Buenos Aires.

Salanueva, Olga y Zaikoski, Daniela (2011): *Sentencias sobre integridad sexual: primeros avances de la investigación.* Publicado en *Actas del XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNLPam noviembre 2011* ISBN 978-950-863-162-6 e integrantes del equipo de investigación.

Suarez Solá, M.L y Gonzalez Delgado, F.J (2003): *Estadísticas y trascendencia de la violencia sexual en menores.* *Cuadernos de Medicina Forense* n° 32 abril 2003 pp. 49/62.

Teubal, Ruth (s/f): *Las madres frente al abuso sexual infantil intrafamiliar de sus hijos ¿son víctimas?* Disponible en [http:// revinut.udea.edu.co/index.php/revistraso/article/view/5280/4641](http://revinut.udea.edu.co/index.php/revistraso/article/view/5280/4641) consultado el 04/09/2011.

Zaikoski Biscay, Daniela (2014): *Delitos contra la integridad sexual. Consideraciones sobre el monto de la pena.* En *Revista Pensamiento Penal*

n° 165 disponible en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2014/03/app-zaikoski-monto-de-la-pena-2014.pdf> consulta del 19 de octubre de 2014.

6).- EL PERFIL DEL VICTIMARIO DE DELITOS SEXUALES ¹

Por Daniela M. J. Zaikoski Biscay

En este acápite profundizamos el análisis de los datos de las sentencias que hagan referencia al victimario de manera de poder construir un perfil aproximado del abusador.

Del material bibliográfico consultado surge un listado de características sobre el abusador que hemos querido contrastar, controvertir, reafirmar o corroborar -según el caso- con los datos que aparecen en las 232 sentencias de abuso sexual analizadas. El abordaje de carácter cuantitativo que emprendimos proveyó una visión panorámica y un acercamiento exploratorio de la situación de abuso sexual según la persona del abusador.

Así podemos preliminarmente sostener que hay aspectos en que los aportes de los distintos autores coinciden con los datos empíricos recabados y otros resultados obtenidos en esta investigación difieren y controvierten facetas del abusador sostenidos en otros estudios.

¹ Este capítulo desarrolla y amplía un artículo presentado al XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica celebrado en 2012 en Viedma, Río Negro, Argentina.

El análisis de las sentencias si bien implica un avance, sólo delimita una parte del fenómeno dado que no se abordan todas las dimensiones de la violencia sexual, ni todas las instancias por las que transcurre, como asimismo no alude a todas las disciplinas que intervienen.

Es decir, el límite o los alcances de los aportes que podemos hacer, se sustentan en los datos que pudieron extraerse de los fallos, que si bien son documentos muy valiosos, no han sido intencionalmente redactados para una investigación académica. De esta circunstancia se desprende que no hemos abordado la lectura de otro material tales como denuncias, pericias y testimonios glosados en los expedientes penales, sino sólo podemos expedirnos respecto de lo que de ellos se recoge en las sentencias.

En principio corresponde tener presente que las sentencias como documentos jurídicos emanados de quienes tienen la jurisdicción contienen varias dimensiones: versiones de sentido común, qué se dice de las mujeres y de sus cuerpos, facultades, libertades sexuales, en fin del género; cómo debe considerarse a los niños y niñas y hasta dónde puede hacerse algo con ellos (defenderlos, investigarlos, ayudarlos, creerles, culparlos); qué dice la ley sustantiva respecto de la violencia contra mujeres y niños/as, en particular y para lo que aquí interesa sobre la violencia sexual cómo se construye una realidad jurídica, mediante el interjuego de facultades y deberes procesales ².

La tensión entre garantías procesales y derechos de las víctimas surge en varias sentencias. Lo pudimos observar en una sentencia 46/2006 CC 2 SR, caso donde el hecho delictivo de carácter sexual cometido contra una niña, quedó impune por una falla de procedimiento que los operadores jurídicos que actuaron previamente a la Cámara del Crimen no pudieron o no quisieron advertir.

La Cámara interviniente declaró la nulidad de la instrucción por falta de

² Adviértase que no decimos garantías penales ni garantías procesales. Durante el trabajo en grupo realizado el primer año de la investigación tuvimos fuertes discusiones acerca de qué representaban para nosotras las garantías y a quién y qué cosa debía garantizarse. En el marco del abordaje ecológico de la violencia en general y de la violencia sexual en particular y más concretamente cuando hay niños y niñas abusados se problematiza el uso de las garantías en el proceso penal.

ratificación de los padres de la niña y a nuestro criterio hizo un uso inadecuado de las garantías al debido proceso.

Con esto no debe entenderse que no hay que garantizar nada al victimario, sólo que luego de una instrucción en la que el abusador había contado con la asistencia de su defensor particular, no prever alguna forma de saneamiento de los vicios del procedimiento llama al menos la atención respecto a qué se protege y cuál es el compromiso del derecho penal con la minoridad.

La sentencia 46/2006 CC 2 SR fue dictada cuando ya estaba vigente la ley 26061 que dice en su art. 3 in fine que cuando se contraponen los derechos de un niño/a sobre los de un adulto, prevalecen los primeros.

Sin embargo, ya había antecedentes de esa Cámara, aunque con distinta composición, en un fallo anterior de similares características (sentencia 65/2002 CC2 SR) que con mejor criterio no hizo lugar a la nulidad ya que:

No se debe olvidar que el requisito que establece la ley de fondo para este tipo de delitos (esencialmente contra la integridad sexual), lo es en beneficio de la víctima y no del imputado, por lo que si aquella, o en su caso quien la representa, convalida la iniciación de la causa, a criterio de este Tribunal, la misma se encuentra legalmente instada, por lo que no corresponde hacer lugar a ningún pedido de nulidad basada en dicho supuesto. (sentencia 65/2002 CC2 SR)

En una causa iniciada por un médico ante el abuso sexual de un anciana internada en un geriátrico por uno de los enfermeros (sentencia 361/97 CC GP) el tribunal decretó la nulidad por no constar la denuncia efectuada legalmente ni la ratificación de la anciana ni su representante legal, pero contradictoriamente puede ocurrir que si la acción la insta el propio Fiscal (sentencia 58/2000 de la CC 2 SR), la causa sea concluida sin decretar la nulidad del procedimiento, todo lo cual evidencia una serie de graves inconsistencias e irregularidades y una falta absoluta de criterio.

Si se tienen en cuenta estas dimensiones puede decirse sin temor a equivocarse que hay una realidad “real” y una realidad “ficcional”. En una encontramos a las personas de carne y hueso, sean víctimas, victimarios, peritos, operadores, testigos; mientras que en la otra está la ley: qué dice, qué

omite y cómo dice que se debe considerar cada situación.

Conectando y mediando entre ambas dimensiones se encuentran los jueces y otros operadores. Es por ello que más allá de haber analizado las sentencias para cuantificar el fenómeno y en este apartado para definir un perfil del abusador; lo que dicen las sentencias va más allá de establecer si se cometió o no un delito, contra quién, por quién y qué condena corresponde, se hallan otras valoraciones y se pone en juego los componentes del tercer nivel del discurso jurídico, tema desarrollado en otro capítulo.

En las sentencias están contenidas representaciones sociales acerca del delito, del delincuente, su víctima y las condiciones y modalidades de los hechos.

Del lado del victimario, la selectividad del sistema penal hace el resto. Nociones de clase social rondan los estereotipos de delincuente que se construyen en las sentencias.

6.a).- El perfil del abusador en cifras

Analizamos los datos que surgen de las sentencias a los fines de cuantificar aquellos aspectos que han servido para construir un *prototipo*³ del victimario.

Si bien no se tiene en la bibliografía un perfil definido del mismo, encaramos la tarea en el entendimiento que el aporte de la casuística de las sentencias puede coadyuvar a configurarlo.

Sin perjuicio de ello, tomamos en cuenta lo que señala Abelleira (s/f) en cuanto al riesgo que puede implicar la construcción generalizada de perfiles de abusado o abusador ya que impiden considerar la irrepitibilidad del fenómeno y la particularidad que conlleva para cada uno de los involucrados.

Queremos explicitar que en nuestra aproximación al tema, privilegamos dos perspectivas convergentes: por un lado la consideración de cada situación en su singularidad irrepitible, lo que nos aleja de la construcción de perfiles

³ Utilizamos la palabra en el primer sentido dado por el Diccionario de la Real Academia Española; prototipo: (Del gr. *πρωτότυπος*).1.m. Ejemplar original o primer molde en que se fabrica una figura o cosa. 2. ejemplar más perfecto y modelo de virtud, vicio o cualidad. Es decir para acercarnos a una tipología. Disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=prototipo> consulta del 11 de agosto de 2012.

generalizados tanto del abusado como del abusador; tan 'jerarquizados' en la actualidad y por otro lado, abordarla como una problemática en la que la complejidad de su sentido, deviene del análisis del entramado vincular en que se produce. (Abelleira, s/f).

En sentido similar Frías (en Giberti, 2005) dice:

Una de las cosas que se hacen muy difícil en el trabajo en la temática del abuso sexual infantil intrafamiliar es que no hay es que realmente no hay un perfil claro de los abusadores, yo he trabajado con abusadores que eran el pilar de la comunidad educativa, por ejemplo... O sea que no hay un perfil que los defina, porque si no resultaría mucho más fácil el trabajo; ... no hay un perfil que defina específicamente, que podamos decir ese allá es un abusador por que tiene la pinta típica de un abusador... (en Giberti, 2005:155).

Por otro lado, no hay que descuidar la construcción de perfiles propios del sentido común basados en mitos que tranquilizan la conciencia de las personas⁴.

Ya habíamos caracterizado al abusador como una persona que comete el delito en solitario, si bien hay ocasiones en que el delito es perpetrado por más de un individuo, que colabora con el victimario en la perpetración del hecho delictivo, ello no necesariamente implica que todos los participantes abusen o accedan físicamente a la víctima.

Por otra parte, las edades de mayor prevalencia se ubican entre 25 y 55 años, disminuyendo los delitos cometidos por personas menores de 25 y mayores de 55.

Asimismo cabe resaltar la baja proporción en la comisión de delito por parte de sujetos menores de 18 años, que resultarían absolutamente inimputables -si tienen menos de 16 años) o relativamente imputables (si tienen entre 15-18 años) conforme al Régimen Penal de la Minoridad vigente al momento de hacer esta investigación.

Este dato es interesante porque el mensaje simbólico del efecto de la pena no tiene implicancias prácticas en estos casos: sujetos inimputables por

⁴ Ver Marchiori: Víctimas Vulnerables: niños víctimas de abusos sexual. Disponible en <http://www.ilanud.or.cr/A119.pdf> consultado 04/09/2011.

ser menores de edad que no perderían su libertad ambulatoria ni irían a la cárcel no son mayoritariamente abusadores. Por el contrario son los sujetos (mayores de edad) quienes sabiendo que son imputables, perpetran los hechos. Esto nuevamente nos remite al tema del ejercicio del poder en las relaciones interpersonales. No son los más jóvenes sino los varones adultos quienes ejercen asimétricamente el poder en sus relaciones.

En cuanto al sexo del victimario, no hubo hechos delictuosos en los que se investigaran a mujeres ni en la muestra de 1995 a 2007 ni en la de 2008 a 2010.

La literatura sobre el abuso sexual sobre todo el infantil no omite esta consideración. Si bien no son muchas las investigaciones al respecto, no se descarta que el delito sexual sea cometido por mujeres y en algunos casos por las mismas madres. En La Pampa se condenó a una madre por delitos contra la integridad sexual en marzo de 2012 ⁵.

En cuanto a la orientación sexual del victimario no hemos encontrado datos que puedan atribuir la comisión de delitos sexuales a experiencias sexuales traumáticas en el pasado, es decir que ellos mismos, hayan sido abusados o sometidos a violencia sexual en otro momento de su vida y ello sea la causa de reproducir tales conductas en la vida adulta.

En cambio, hay mención en una sentencia -en la que finalmente se absolvió al acusado-, de que su víctima mayor de edad era homosexual.

Se trata de la sentencia 79/95 de la CC 2 SR. La víctima tenía 20 años y una leve discapacidad motora mientras que el victimario tenía 60 años. Conforme el análisis que hizo el tribunal el hecho no fue delito.

Durante el período analizado, hemos encontrado sentencias donde consta que la madre de los menores víctimas conocía los hechos delictuosos. No surge sin embargo, que se la investigue por participación, complicidad o concurrencia para la comisión del ilícito ⁶.

⁵ Al respecto puede verse edición del 7 de marzo de 2012 del diario El Diario de La Pampa. La literatura no descarta el abuso sexual cometido por mujeres, puede verse Finkelhor (2005 [1979]) y López (2010).

⁶ Por ejemplo en sentencia n 58/2000 de la Cámara Criminal n° 2 de Santa Rosa.

6.b).-Lugar del hecho

Para completar el cuadro de dónde se desarrolla el delito, tuvimos en cuenta con los alcances mencionados, las particularidades del lugar que eligen los abusadores.

No extraña que atento el carácter secreto y clandestino de la relación que establece el victimario con su víctima, necesite más que un lugar alejado sino más bien privado.

Las casas que se quedan solas cuando la persona encargada ⁷ de cuidar a los niños/niñas se ausenta, o aprovechar que los pequeños han quedado al cuidado del abusador hace que se posibilite la comisión del ilícito ⁸.

Lugar del Hecho	Sentencias	%
Público	30	12,93
Privado	175	75,43
Ambos lugares	2	0,86
No consta	25	10,77
	232	100

Abundan en la casuística las casas de familia, los galponcitos, los autos con que se llevan y traen a los chicos de la escuela; en menor medida los descampados y las obras en construcción. Si relacionamos el hecho de que generalmente el victimario es algún conocido, en su mayoría un vecino (27); amigo de la familia (19); concubino de la madre (47); padre (16), docente (2)

⁷ La “persona encargada” de cuidar los niños/as no es más que un eufemismo para nombrar a la madre. En sociedades machistas las mujeres son quienes se encargan de lo privado/doméstico aunque también deban desempeñarse en el ámbito público del trabajo y de la economía. La dominación está tan internalizada que esas mujeres creen en la autoridad del *pater*, su figura y función. Por eso tal vez más que investigarlas, a los jueces les baste decir cosas como esta: “El momento de la consumación, lo fue en ausencia de la madre, que según los informes ambientales y de vecinos, poco permanecía en el hogar, dejando a sus criaturas a la deriva” para recordarles por las dudas que no hayan internalizado el mandato cultural de ser buenas madres (Sentencia 3889/98 CC GP).

⁸ Es muy común leer en las sentencias que las niñas se quedaban cuidando hermanitos, o limpiando y ordenando la casa, o cebando mates a quien luego abusaría de ellas. Estas situaciones son parte de la asunción no consciente ni querida por parte de las niñas del lugar de mujeres adultas. Asimismo el hecho de ocupar un lugar de “adulta” en la familia las priva de otros derechos como el de concurrir a la escuela, jugar, mas sencillamente de su niñez.

y que los casos ocurran en familias nucleares (64 casos), o ensamblada (56) o monoparental (31) se advierte fácilmente que el victimario no tenga que irse muy lejos para abusar o violar.

Sólo en 49 casos los abusadores son extraños. En 60 casos no se menciona la relación entre víctima y victimario y en 12 directamente no hay datos. Es significativo que esta articulación: conocido o extraño/tipo de familia sea ignorada en el relato de muchas sentencias, lo que desdibuja la responsabilidad familiar si la víctima es menor de edad.

En sentido que hemos dado al lugar del hecho no sólo tiene connotación espacial; implica para la víctima pertenencia a un espacio donde se supone no la van a dañar y donde debería estar segura y cuidada sobre todo si es menor de edad; significa privacidad, secreto, clandestinidad e impunidad para el abusador, porque de alguna manera ¿quién va a sospechar?

En cambio para otras investigaciones los resultados son muy disímiles (Dell'Anno y Galan, 2007) en el sentido que han estudiado más casos ocurridos en la vía pública que en domicilios y otros lugares privados.

6.c).- Ocupación del victimario

La ocupación del victimario es un dato que interesa, porque a partir de las lecturas y en consonancia con el sentido común construido alrededor de los delitos sexuales, circula la idea de que los abusos ocurren en las clases más pobres, pero también circula la idea contraria: los abusos ocurren hasta en las mejores familias.

Para estos casos, el empleo es sin dudas un indicador de posición o clase social y podría ayudar a dar con el perfil del abusador.

En nuestra investigación, la posición social del victimario determina en la gran mayoría de los casos a la víctima y su entorno, ya que generalmente ambos se conocen o están de alguna manera vinculados.

Ocupación	Sentencias	%
Albañil	24	10,34
Jornalero	60	25,86
trabajador rural	15	6,46
Empleado	49	21,12
Comerciante	9	3,87
Jubilado	7	3,01
Mecánico	5	2,15
Desocupado	9	3,87
Estudiante	4	1,72
Pintor	4	1,72
Changarín	4	1,72
Docentes	2	0,86
Otros	27	11,63
No consta	13	5,60
	232	100

La categoría *otros* reúne un conjunto heterogéneo de ocupaciones o empleos: techistas, alambrador, policías, pensionados, vendedor ambulante, remisero, jardinero, plan trabajar, hornero, gomero, peluquero, militar, técnico electricista, chofer, parquero, artesano, gendarme, periodista, constructores, enfermero, ganadero, tractorista, parasicólogo y viajante.

No hemos encontrado sentencias donde el victimario sea un sacerdote o ministros de otros cultos, mientras sí se registran casos muy tratados desde los medios de comunicación cometidos por sacerdotes y pastores ⁹.

En el caso de policías ¹⁰, además del tratamiento penal del delito, son alcanzados por la ley Orgánica de la Policía, por lo que son sometidos a sumario administrativo y generalmente exonerados de las fuerzas.

⁹ Nos referimos al caso “Grassi” y al fallo “Avalos, Francisco Domingo s/ recurso de Casación” causa 18560 del 2011 provincia de Buenos Aires que fuera revocado por la SCJBA, órgano que ordenó dictar una nueva sentencia.

¹⁰ Causa I -184/2011 de la CC 1 SR.

Sin dudas la selectividad del derecho penal ¹¹ opera en los delitos de abuso sexual, eligiendo de entre los más pobres y poco calificados, a los usuarios del sistema. No hemos hallado sentencias donde médicos, ingenieros, abogados u otros profesionales sean perpetradores del ilícito ¹².

Entonces ¿cómo sostener desde una investigación -aunque acotada-, empírica que los abusadores pertenecen a las clases medias o altas y entre ellos hay abogados, médicos, maestros, gerentes? ¿en qué se fundan aquellos que sostienen que hasta pasa en las mejores familias?. ¿cómo entender la dinámica de “La celebración” ¹³, si de las sentencias surgen que los abusadores son pobres? ¿cómo interpretar que Vera Drake limpia la casa de una familia de clase alta cuya hija violada se hace un aborto seguro en una clínica privada y ella por hacerlos a mujeres pobres va a la cárcel? ¹⁴, en una muestra clara de que el impacto y consecuencias de la violencia sexual es distinto tanto para víctimas como para victimarios según su posición social.

En principio, ya habíamos advertido que la investigación está acotada al análisis de sentencias penales. Evidentemente, para superar esta limitación y obtener un conocimiento más profundo de la problemática del abuso sexual en

11 Llamaremos selectividad penal al resultado de la aplicación del sistema penal de forma tal que queden sometidas a proceso, encarceladas, y finalmente condenadas a penas de reclusión o prisión, personas que tienen la característica general de pertenecer al mismo grupo social mayoritario, que se corresponde con las clases sociales más bajas y que no halla correlato con las transgresiones cometidas por el individuo de otros estratos, que cuentan con mayores recursos económicos (conf. García Lois, 2011)

12 No podemos soslayar el singular caso de Jorge Corsi que fue condenado a tres años por corrupción de menores. Ver <http://www.eldiariodelapampa.com.ar> consulta del 01/02/2012.

13 La Celebración es una película de Thomas Vinterberg, expresión del manifiesto Dogma95 filmada en 1998 por Lars von Triers y Thomas Vinterberg. Se muestra cómo impacta en una familia de clase alta, la denuncia pública (en el momento del festejo de cumpleaños del padre) de abuso sexual infantil cometido por el padre sobre dos de sus hijos y cómo se manifiestan los arreglos matrimoniales y de clase social del importante empresario.

14 “El secreto de Vera Drake” es una película en la que su protagonista es una mujer de clase media-baja, que practica abortos. Trabaja como mucama para una familia acomodada cuya hija ha sido víctima de una violación y ha quedado embarazada. Entre otras cosas, muestra cómo afecta según clase social la violencia sexual hacia las mujeres, lo que hace evidente la articulación género/clase social.

general y del infantil en particular debe orientarse la búsqueda de información hacia otras instituciones, aquellas a las que las clases acomodadas acceden sea para asesoramiento o tratamiento: consultorios de abogados, establecimientos privados de salud, terapeutas, etc ¹⁵.

Podestá y Rovea (2005) sostienen que el abuso sexual se da en todas las clases sociales. Sin embargo admiten que las clases más altas se proveen de otros recursos que dificultan la visibilización del problema.

Coinciden en esa apreciación Calmels y Mendez (2007) ya que en nuestra cultura está fuertemente asociado el delito sexual, el incesto en particular con las condiciones económicas desfavorables, por lo que no hay que descartar que como dato cultural, la violencia sexual ocurra en todos los sectores sociales.

Quien se ha ocupado del tema es Intebi (2013[1998]) y si bien no nos propusimos indagar sobre esta cuestión; la autora señala que deben diferenciarse la detección del maltrato o del abuso infantil de la ocurrencia del fenómeno. El problema radica en la mayor dificultad para detectar los abusos en clases sociales más altas, donde su descubrimiento representa un mal negocio (pérdida de alumnos si la denuncia es efectuada desde un establecimiento escolar privado, pérdida de relaciones sociales o reputación laboral, etc.), lo que podría estar significando que los niños/as de las clases más acomodadas están en mayores riesgos que aquellos que pertenecen a sectores populares. Esto a su vez se relaciona con los factores de riesgo y compensación.

15 No conocemos normas en la provincia que obliguen a los profesionales del derecho o de la salud u otros ni siquiera a informar casos de violencia ni mucho menos de violencia sexual aun cuando no identifiquen a sus pacientes/clientes. Así creemos que se verá muy dificultada la posibilidad de obtener datos fehacientes sin recurrir a proyecciones o supuestos como los que creemos maneja la bibliografía consultada. El defecto que advertimos en mucha de la bibliografía consultada es que ni siquiera se mencionan la fuente de los datos que se citan. Este problema enfrenta la ley 26485 cuando manda a construir estadísticas con perspectiva de género, no sólo por que las instituciones que generan datos no recogen o no los procesan correctamente, sino porque este tipo de hechos queda oculto. Además de lo que dijimos de la cifra negra, el tema habilita a pensar en cómo funcionan los mecanismos de control social informal, cómo y por qué ante estos hechos no necesariamente se recurre a la justicia oficial: los involucrados o sus familias tienen otras maneras de resolver el conflicto, si es que puede llamarse así a su mantenimiento en secreto y a los negociaciones que establezcan los adultos cuando se trata de abuso sexual infantil

Existe un espacio al que todos los niños/as concurren que es la escuela. Esta institución puede ser un espacio de descubrimiento y visibilización de la problemática por lo que sus operadores/as deben estar alertas, ellos/as son funcionarios públicos obligados a hacer las comunicaciones correspondientes de acuerdo a lo que disponía la ley Provincial N° 1918.¹⁶

Creemos que no solo es la categoría “clase social” la que explica la violencia sexual oculta sino que el patriarcado se encarga de enrostrársela a los más pobres, para encubrir debidamente la honorabilidad de los más poderosos. El problema pasa por la articulación sexo/género. Hay mujeres y niños/as entre los más ricos. Por ello, se entiende la descomunal desproporción entre varones y mujeres víctimas de delitos sexuales (variable género), por un lado y entre pobres y ricos entre los victimarios (variable clase social), por el otro.

6.d.- Estado civil del victimario

No hemos podido establecer ninguna correspondencia entre el estado civil del perpetrador y la comisión del delito. La sexualidad legitimada en el matrimonio o en sus sucedáneos (unión, pareja o concubinato homosexual o heterosexual) no parece inhibir de manera distinta a aquellos que están casados o en pareja, son solteros o están divorciados. Tampoco el ser “padre de familia” constituye una inhibición o impedimento para cometer el delito, sea a sus propios hijos/as o a otras personas.

En la muestra con que hemos trabajado, encontramos 16 casos de abuso sexual intrafamiliar, 14 eran incestuosos cometidos por el padre y en dos oportunidades fueron imputados a padres de familias sustitutas.

¹⁶ La ley 1918 regía la violencia familiar y escolar en la provincia. En 2006 se derogó la parte de la norma que regulaba la violencia escolar. Actualmente se ha sancionado la ley 2550 de adhesión a la ley 26485 y recientemente se dictó la ley 2703 de protección integral de la Niñez y Adolescencia, en consecuencia la vigencia de la ley 1918 es residual. Sin perjuicio la ley 2703 establece que cualquier persona puede denuncia la comisión de ilícitos cometidos contra menores de edad y las autoridades deben actuar para proteger y poner a resguardo al afectad/a. Igualmente puede contribuir a un cambio social la implementación de la ley 26150 de educación sexual integral.

6.e).- Estado del victimario al momento de cometer el hecho¹⁷

Entre los supuestos que circulan, se encuentra aquel que dice que los abusadores tienen algún ‘problema’, llámese enfermedad, adicción, estado de ebriedad, compulsión, etc ¹⁸. Lo cierto es que de los casos analizados, estas afirmaciones acerca de la patologización de la conducta sexual y de imposibilidad del abusador de controlar sus impulsos irrefrenables no se evidencian, más bien confirman las justificaciones y técnicas de neutralización que esgrimen los victimarios o sus defensores, pero no patología alguna.

De las menciones que la sentencias hacen respecto de las prueba pericial siquiátrica, sicológica y médica sobre el victimario surgen los siguientes datos.

Estado del victimario	Sentencias	%
capacidad síquica normal	30	12,9
discapacidad síquica	0	-
discapacidad física	2	0,86
adicciones	3	1,3
pedofilia o tendencia o patología sexual	3	1,3
Alcoholismo	2	0,86
No consta	192	82,78
	232	100

Los datos de las 20 sentencias dictadas entre 2008 y 2010, hay una mención a patología sexual, dos casos de alcoholismo y uno de discapacidad síquica. En 15 casos no se hace mención al estado previo del victimario, con

17 Agradecemos a la doctora y sexóloga Enma Rodríguez por la información brindada sobre este punto mientras trabajábamos en el equipo durante el primer año de investigación.

18 Entre los modelos explicativos de la violencia y aplicable al fenómeno de los delitos sexuales, se halla el modelo sicopatológico que se funda en atribuir la violencia ciertas características de personalidad de los padres y cuidadores, a situaciones de alcoholismo y adicciones, pautas violentas de resolución de conflictos y transmisión intergeneracional de la violencia. Esta perspectiva ha sido refutada en tanto los abusadores no tiene las mismas características de personalidad con la víctima que con otras personas ni actúan de igual manera en el ámbito público que en privado. Por el contrario merecen buen concepto de vecinos, tiene trabajo, participan de actividades en la comunidad y sobre todo planifican la comisión del delito para no ser descubiertos, por lo que tiene plena discernimiento de sus actos. De allí que resulta ilustrativo el graffitti que alguien pintó en una pared santarroseña: “Un violador no es un enfermo, es un hijo sano del patriarcado”.

lo que puede sostenerse que su estado es normal, en el sentido jurídico de que comprende la criminalidad de sus actos. En efecto las constancias que se plasman en las sentencias de lo que los peritos siquiatras o sicólogos informan, suele sostenerse que le victimario se presenta aseado, bien vestido, hablando con actitud de colaboración, coherente y orientado en tiempo y espacio.

Si bien los elementos de la prueba pericial psicológica o siquiátrica que rescatan los jueces en las sentencias en general es mínimo, cuando existen menciones a esas pruebas, los informes presentados suelen estar estandarizados y ser parte de una rutina.

En las pericias de médicos siquiatras se usan fórmulas tales como: “persona lúcida, coherente y orientada en tiempo y espacio; con nivel intelectual promedio no obstante su hipoculturalización”; o bien “carece de síntomas de patología sicóticas pudiendo comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones”¹⁹.

Por otra parte, no hay sentencias que absuelvan o declaren inimputable al victimario en base a patologías siquiátricas o psicológicas, o porque actuó bajo efectos del alcohol u otra sustancia, lo que muestra las limitaciones del enfoque sicopatológico antes mencionado.

Durante la época estudiada (1995 a 2007), los peritos siquiatras designados en la gran mayoría de los casos fueron los del Consultorio Forense, tanto los de la Primera como de la Segunda Circunscripción Judicial, lo que hizo que no hubiera demasiadas innovaciones en los informes periciales, como si en realidad éstos no fueran más que una formalidad dentro del procedimiento.

Sin embargo en un caso, la perito médica sugirió un tratamiento ambulatorio para un abusador afectado de pedofilia²⁰ consistente en la prescripción de medicación, y que fue encuadrado por los jueces en la norma

19 En sentencias más cercanas a la fecha de este informe esta cuestión está cambiando y se encuentran más referencias a intervenciones de disciplinas ‘psi’.

20 Cortes Arboleda (en Canton Duarte y Cortes Arboleda, 2011) aborda el problema de la explicación de la pedofilia y la prevención del abuso sexual infantil. Al respecto dice que hay cuatro explicaciones: la enfermedad; desde la perspectiva sociocultural; conforme al modelo de Finkelhor y por último, también desde las explicaciones de la normalidad de la pedofilia.

del art. 34 del Código Penal argentino ²¹.

Creemos que la idea de atribuir una patología sexual opera como neutralización de la responsabilidad ante el delito. Por otra parte, conforme los estereotipos de género vigentes se supone al varón como sujeto activo sexualmente: si no lo es, está enfermo. Si está enfermo no se lo responsabiliza.

Los datos empíricos muestran que en la generalidad de los casos los abusadores son personas que no se hallan afectadas por enfermedades mentales u otras; no están bajo efectos de sustancias o alcohol. Esto funciona para contradecir la característica de seres racionales atribuida a los hombres.

6. f).- Reincidencia ²²

La reincidencia es un concepto complejo que abarca diversas cuestiones: qué delitos se registran, cómo, quién y a qué fines se registran las condenas anteriores y en su caso, para qué sirve tener la constancia en el expediente de que el victimario ya ha cometido un delito previamente al hecho por el que se lo está investigando y juzgando.

Si la reincidencia es un dato que se tiene en cuenta solo para agravar la pena del delito siguiente, quiere decir que el sistema pergeñado para la resocialización, la reinserción social del delincuente ha fracasado totalmente.

Si el registro de la reincidencia criminal sirviera para el diseño, implementación y evaluación o ajuste de las políticas criminales, otra sería la forma de tomar cuenta el fenómeno.

No creemos que la pena tenga un efecto disuasorio como tampoco en las bondades del encierro. Por el contrario creemos que hay que registrar la reiteración de hechos de violencia y de delitos sexuales contra las mujeres, niños y niñas para diseñar, planificar e implementar las políticas públicas

²¹ Sentencia 108/2001 de la CC 2 SR en la que se hace mención a la paidofilia homosexual del victimario con motivo de haber sido abusado cuando niño. El tratamiento medicamentoso fue 'acordado' con el victimario. Al respecto en otras provincias, se ha discutido a nivel parlamentario sobre la posibilidad de regular la castración química/farmacológica o quirúrgica.

²² No es nuestra intención hacer un análisis de las bondades o denostaciones que tiene la reincidencia criminal ni un análisis dogmático de la misma.

previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos tanto como las reguladas por la ley 26485. A esta altura de las circunstancias que Argentina no tenga estadísticas sobre la violencia contra las mujeres es una demostración más de cuánto la importan las mujeres a la democracia.

El registro estadístico de la criminalidad contra mujeres es un mandato que surge directamente de la Convención de Belém do Pará (art. 7 de la ley 24632) por lo que es necesario mejorar los sistemas de registro de la reincidencia ²³.

La bajísima proporción de abusadores que poseen antecedentes de condenas anteriores es producto del modo particular de entender la reincidencia. Solo es reincidente quien ha cumplido pena de prisión o reclusión de cumplimiento efectivo en establecimientos penitenciarios, por lo que aquellos casos de pena de ejecución en suspenso, suspensión de juicio o juicio abreviado, no cuentan a los fines del registro de la reincidencia.

La baja tasa de reincidencia de estos delitos se explica en que los montos de las penas son bajos. Por ello, salvo en pocas ocasiones las condenas no se cumplen en establecimiento penitenciario de manera que puedan ser registradas y computables a los fines de la reincidencia criminal.

Mediante el análisis de las sentencias fue posible establecer los casos en que los victimarios registraban condenas anteriores y por lo tanto eran reincidentes. Gracias a las normas citadas en las sentencias, las condenas impuestas y las menciones a los datos personales de los imputados se pudo detectar el porcentaje de delincuentes reincidentes de estos delitos o de otros. En algunos casos fue posible determinar por qué tipo penal habían sido condenados con anterioridad a la sentencia por delito sexual.

²³ En la provincia de La Pampa se sancionó la ley 2547 de creación de un registro de antecedentes de condenados por delitos contra la integridad sexual.

Antecedentes del victimario	Total	%
Delito contra la integridad sexual (abuso sexual)	4	1,72
Delito contra la integridad sexual (violación)	2	0,86
Delitos contra las personas	4	1,72
Delitos contra la propiedad	6	2,58
Otros	15	6,46
No tiene antecedentes	139	59,91
No consta	62	26,72
	232	100

Solo en dos casos de los hallados entre 2008 y 2010 se registran condenas anteriores por abuso sexual simple.

Con estos datos estamos en condiciones de afirmar que al menos en la provincia y en el tiempo investigado, la reincidencia -en el sentido dogmático que se le da al término en el derecho penal- no es significativa. Del universo de sentencias solo en seis casos los delincuentes fueron declarados reincidentes, registrando condenas por otros delitos sexuales.

En muy pocas sentencias se juzga la perpetración de más de dos delitos al mismo tiempo (abuso sexual y robo, abuso sexual y lesiones, abuso sexual seguido de muerte etc.). Irónicamente, en el caso de que el abusador haya debido entrar a la vivienda de la víctima para cometer el hecho delictivo no se configura precisamente el delito de violación del domicilio, sino otro tipo penal que afecta la integridad sexual de la víctima. En las causas en las que se investigan dos o más delitos, las condenas se unifican, pero esto no constituye técnicamente reincidencia.

En el caso de abuso sexual de menores, se utilizan las agravantes contenidas en el tipo penal.

También se registra un caso de abuso sexual con acceso carnal a una mujer adulta con uso de arma impropia con voto en disidencia, pero no son casos donde se considere la reincidencia ²⁴.

²⁴ Caso 5500/2002 CC GP. La joven fue violada bajo la amenaza del uso de un arma impropia (destornillador). La disidencia entre los jueces no fue respecto del hecho sino del monto de la pena.

Otra cuestión a tener en cuenta es que la sola circunstancia de que el abuso se produzca generalmente sin violencia física, máxime en el caso de los niños/as y, que los agresores sean conocidos, facilita que el abuso se repita y dure por un tiempo, sin que esto sea calificado como reincidencia a efectos de la ley penal.

A lo sumo, las sentencias mencionan hechos reiterados o que el delito fue cometido en forma continuada, o que fue cometido durante un tiempo determinado hasta que se produce la etapa del develamiento o cuando se descubre al autor *in fraganti*.

Retomando el tema de la reincidencia, lo importante a resaltar, es el número de victimarios que no tienen antecedentes penales. Debido al carácter privado y secreto que hemos expuesto para estos delitos y la elevada cifra negra, la circunstancia de no tener antecedentes penales no implica que los abusos no se hayan reiterado en el tiempo. Para ello debemos dar un sentido más amplio y en su caso modificar el artículo 50 del Código Penal ²⁵, para otorgar mayor amplitud a la reincidencia que el otorgado por el derecho penal.

En efecto esta reincidencia “ampliada” que en realidad es la reiterancia de los hechos en el tiempo, surge de los relatos de las víctimas en las sentencias cuando dicen que desde hace mucho tiempo atrás son objeto de conductas sexuales violentas atentatorias de su integridad o de las declaraciones de testigos.

En una sentencia²⁶ el imputado, finalmente absuelto, admitió haber realizado conductas de contenido sexual con todos sus otros hijos como un “juego”, pero no a ese hijo por cuyo abuso sexual se lo estaba investigando.

25 El art.50 Cód. Penal dice: “Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena...”

26 Se trata de la sentencia 7425/06 de la CC G P dictada el 21 de marzo de 2006. Integraban el Tribunal dos jueces y una jueza. Mientras que los jueces no tuvieron por acreditado que los tocamientos tuviesen intención de abusar sexualmente del menor, la jueza en voto disidente analizó la conducta del padre no en función de la intencionalidad sino si objetivamente el acto tenía o no contenido sexual ya que el carácter de impúdico o sexual ataca el bien jurídico protegido. Para la jueza si el acto produjo una indebida intrusión en la esfera de lo sexual constituye delito, no debiendo atenderse la intención de su autor.

Cuando las víctimas o sus representantes legales se deciden a hacer la denuncia surge que el hecho no es aislado, sino que se ha prolongado durante algún tiempo. En los casos analizados, en general, no más de un año hasta que se hace público.

Por otra parte, en la práctica se investiga más a la víctima que al victimario, por lo cual en las sentencias analizadas aparecen pocos datos acerca del sujeto activo. La falta de datos sobre el abusador impide que se pueda arriesgar cualquier explicación sobre el abuso sexual intergeneracional, es decir aquellos que cometen las personas que en su niñez han sido abusadas.

En otro orden de cosas, y a los fines de poner en conocimiento a los distintos organismos los hechos reiterados de violencia sexual aunque no fueran delitos y poder dimensionar el problema de la reiteración del abuso sexual, la ley 1918 vigente durante el lapso de tiempo estudiado, ordenaba a los jueces penales remitir los casos de violencia sexual cometida en la familia o grupo de parentesco a la justicia de la Familia y el Menor de la provincia, pero no hay constancias en las sentencias que deriven esos casos. Las ramas civil y penal aparecen como compartimentos estancos, que ni siquiera la ley provincial 1918 pudo revertir ²⁷.

Su articulado, principalmente los arts. 1° orden público y deberes del Estado; art. 2° competencia de los Juzgados de Familia y Menor, art. 4° brindar contención integral a quienes sufren o ejercen violencia, art.5° comunicación a los Defensores y otros funcionarios y art 6° comunicación obligatoria a cargo de funcionarios públicos; da cuenta de la clara elección metodológica de la ley 1918 basada en el modelo ecológico. Finalmente, cabe destacar que de la casuística sistematizada es posible sostener que la reincidencia en materia de delitos sexuales es más compleja y difícil de establecer de lo que parece, por lo que más vale tener en cuenta la reiterancia de los hechos a distintas personas o durante un determinado tiempo para caracterizar al victimario.

²⁷ La ley 1918 se basaba en el enfoque ecológico, que requiere tomar acciones para modificar los estereotipos culturales y desaprender las pautas violentas, por ello esta perspectiva enfatiza la necesidad de modificar la conducta del victimario.

Bibliografía

Abelleira, Hilda (s/f): *El abuso sexual infantil en la familia. Catástrofe en los vínculos. Complejidades del abordaje interdisciplinario.* En <http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/123456789/> consulta del 10/09/2011.

Calmels, Julieta y Mendez, María Laura (2007): *El incesto: un síntoma social. Una perspectiva interdisciplinaria.* Biblos Buenos Aires.

Canton Duarte, José y Cortés Arboleda, María Rosario (2011[1997]): *Malos tratos y abuso sexual infantil.* Siglo XXI Madrid.

Dell'Anno, Amelia y Silvia Ercilia Galan (2007): *Abuso sexual, Victimología y Sociedad. Una aproximación desde el Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires.* Espacio Editorial. Buenos Aires.

Finkelhor, David (2005[1979]): *Abuso sexual. Causas consecuencias y tratamiento psicosexual.* Editorial Pax México.

Frías, Carmen (2005): *Abuso sexual infantil. Abordaje desde el Trabajo Social.* En Giberti, Eva. *Abuso sexual y malos tratos contra niños, niñas y adolescentes. Perspectiva psicológica y social.* Espacio Editorial. Buenos Aires pp 135/160.

García Lois, Adrián J. (2011): *La selectividad del sistema penal.* Cathedra Buenos Aires.

Lopez, María Cecilia (2010): *Abuso sexual. Cómo prevenirlo, cómo detectarlo.* Paidós Buenos Aires.

Marchiori, Hilda (s/f): *Victimas vulnerables: niños víctimas de abusos sexuales.* Disponible en <http://www.ilanud.or.co/A119.pdf> consulta del 04/09/2011

Podestá, Marta del Carmen y Rovea, Ofelia Laura (2005): *Abuso sexual intrafamiliar. Un abordaje desde el Trabajo Social.* Espacio Editorial. Buenos Aires.

7).- ANÁLISIS DEL CONTEXTO FAMILIAR DE LAS PERSONAS ABUSADAS ¹

Por Daniela M. J. Zaikoski Biscay y Olga L. Salanueva

Como ya se apuntara en distintas partes de este trabajo, el discurso jurídico se pronuncia desde una posición de poder y en el contexto de las luchas que se dan al interior del campo jurídico, por quienes tienen el ‘derecho a decir el derecho’.

Asimismo conforme las hipótesis que formulamos, partimos del presupuesto de que la tarea del intérprete no es neutral ni avalorativa, sino que en esa función los operadores expresan ideas y valoraciones acerca de los modelos de sujeto/individuo, niñez, pobreza, género, moralidad, religiosidad, y de familia de la que provienen las víctimas y victimarios dado el contexto social en que viven y/o su nivel socio-educativo-laboral-económico, etc.

También hemos auscultado las ideas y/o representaciones sociales que los jueces tienen de la sexualidad (heterosexualidad/homosexualidad y/u

¹ Este capítulo se basa en y amplía la ponencia de Zaikoski y Salanueva “Contexto Familiar de las personas abusadas” en publicada en Actas del XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica Facultad Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam noviembre 2011 ISBN 978-950-863-162-6. Agradecemos la colaboración de las integrantes del equipo de investigación que trabajaron con nosotras en la Fundación AYUDÁNDONOS en la discusión de este capítulo.

orientaciones sexuales diversas consideradas como normales o patológicas, desviadas, etc.) y que son recogidas por ese discurso a través de la colaboración de expertos (médicos, psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales etc.) que se desempeñan como operadores relevantes en la tramitación de los juicios y en la averiguación de los antecedentes fácticos del delito.

En este capítulo profundizamos las cuestiones de las sentencias que dan cuenta del contexto en que se desarrolla el abuso sexual en la familia mediante el análisis de 16 sentencias de abuso sexual incestuoso.

Por ello y más allá de que lo que sostenga la dogmática jurídica y cómo regule el derecho la institución familiar, es decir lo que ‘debe ser’ la familia; lo importante es relevar lo que significa y qué pasa en la familia en el marco de un situación de abuso sexual infantil y cómo las ideas y representaciones sociales acerca de esa institución se plasman en las sentencias penales.

7.a.)-Descripción del problema

La situación de riesgo social por la que atraviesan grandes sectores de la población, sumado a las dificultades en el acceso a la justicia y a modelos de familia y de prácticas de la sexualidad que se mantienen vigentes, hacen que cantidad de delitos contra la integridad sexual de niños/as y mujeres queden ocultos tras el velo de mandatos sociales violatorios de los derechos humanos de las víctimas y que no propician formas adecuadas de abordaje para la recuperación o reinserción social para los/las victimarios ².

Así se ha sostenido que es sabido que hay un subregistro de las agresiones sexuales, que las víctimas prefieren en ocasiones no denunciarlas para evitar la doble victimización de la pueden ser objeto (ELA, 2009:336). Si esto es válido para mujeres adultas, más se acentúa cuando el abuso sexual es cometido contra los niños/niñas.

² Sin embargo pensamos que no todos los casos de abuso sexual se cometen o quedan ocultos por que las familias o sujetos involucrados se encuentren en situación de riesgo social o con problemas para el acceso a la justicia. Hay sectores sociales que cuentan con capital cultural, social y económico y con posibilidades reales de resguardar sus derechos que no recurren a la denuncia policial ni a la investigación judicial del delito.

Marchiori (s/f) sostiene que

La Criminología señala que existe una cifra negra, oculta de la criminalidad, esto es, los delitos que no llegan a conocimiento de las instituciones de la Administración de Justicia. Es posible pensar que el tipo de delito, la estrecha relación autor-víctima y el silencio impuesto a la víctima-niño constituyan los factores fundamentales en el número no conocido de delitos sexuales.

Esta situación que contribuye a la construcción y mantenimiento de ciertos mitos acerca de la ocurrencia del delito sexual.

Rozanski (en Giberti, 2005) afirma que en el abuso sexual infantil impera la ley del silencio, hay una cifra negra enorme, aunque agrega que a pesar de ello, hay una mayor visibilidad del problema ³.

Este autor agrega que los delitos sexuales contra niños y niñas están caracterizados por el secreto, la confusión de la víctima, la violencia, sea física o psicológica, las amenazas. Sostiene que siempre el abuso sexual infantil es responsabilidad del adulto, en clara postura de que hay que creerle al niño/a y no desvalorizar su palabra. A su vez advierte de la normalización del fenómeno y de la asimetría de poder entre ambos involucrados, en tanto el adulto es quien tiene el poder sobre el desenvolvimiento de la situación.

Checa (2003) señala las dificultades teórico-conceptuales para definir el abuso sexual infantil y fundamentalmente el carácter de sexo coercitivo. Dice que la coerción sexual es

...el acto de forzar (no intentar forzar) a otro individuo por medio de violencia, amenazas, insistencia verbal, engaño, expectativas culturales o circunstancias económicas, a participar de conductas sexuales contra su voluntad. (Checa, 2003, 106).

Ante estas consideraciones, el trabajo que proponemos no puede arribar a afirmaciones concluyentes. En primer lugar porque tomamos material documental (sentencias penales) que resulta altamente selectivo; en segundo

³ En igual sentido Hercovich (citada en Bovino, 2005): Justicia penal y derechos humanos. Editores del Puerto Buenos Aires e información del Departamento Provincial de Violencia Familiar de Jujuy en Actualidad Jurídica del 25/11/2010.

lugar, este trabajo de investigación no releva denuncias policiales ni sumarios de instrucción que investiguen una realidad que luego por distintos motivos ⁴ no llegue a debate oral en la instancia penal correspondiente y, tercero, porque es desconocida la cantidad de hechos de contenido sexual que se cometen contra mujeres y niños ⁵.

Si tuviéramos que graficar esta situación se asemejaría a una pirámide cuya base es ancha y que en los sucesivos niveles o estratos va decreciendo. En el primer nivel se hallan los hechos delictuosos de carácter sexual, en segundo lugar se encuentran los casos que se denuncian ante la policía o autoridad correspondiente. Siguen en el tercer nivel, los casos que son investigados por la instrucción penal, el cuarto estrato se compone de los casos en que los autores son procesados, más arriba están los que llegan a debate oral en las Cámaras Criminales (hoy jueces de Audiencia) y finalmente, los casos en los que el sujeto activo/victimario es condenado.

Sin embargo pensamos que, aun con estas limitaciones, podemos contribuir a tener un panorama más completo y cercano de lo que pasa en el ámbito provincial con esta problemática.

La violencia social que da cuenta de los niveles de desigualdad de nuestras sociedades, el modelo autoritario y patriarcal que se sustenta en el uso de la fuerza para dominar a los más débiles, tiene en las mujeres y los niños/as a las víctimas preferidas, por ello estos tipos de delitos -que son más comunes y frecuentes de lo que se piensa- no pueden ser abordados sino teniendo en cuenta la organización social y en especial la organización y la dinámica de la familia de la víctima, a los fines de este trabajo de investigación. La familia está enmarcada en una cultura que determina las relaciones que las personas del grupo mantienen entre sí.

El delito que investigamos origina una fragmentación del cuerpo en tanto

4 Los motivos por los cuales un caso investigado por la instrucción penal no llega a debate oral y público pueden ser varios, entre ellos, el sobreseimiento, la falta de mérito, la prescripción etc.

5 No tenemos forma de saber la casuística de hechos delictivos de índole sexual que abordan profesionales de otras disciplinas: trabajadores sociales, psicólogos, médicos etc.

espiritualidad y psiquis y su materialidad. Abelleira (s/f) no duda en denominar al abuso sexual infantil intrafamiliar como una catástrofe.

Notemos que los tipos penales contenidos en los arts. 119 y 120 del Código Penal remiten a la violencia física y simbólica de quien tiene el poder, la fuerza o la persuasión; implica la idea del daño en la salud física y mental de la víctima.

El discurso del derecho penal no ha podido a quince años de la reforma legal de la ley 25087 responder a los interrogantes jurídico-penales que plantea el modelo patriarcal de violencia contra las mujeres, niños y niñas y su afectación para la vida social y el goce de los derechos humanos⁶.

Entre los incumplimientos más notorios, podemos mencionar el art. 7 de la ley 26061 en cuanto al rol de la familia en la protección de los derechos de los niños y niñas, la caracterización de la familia como grupo natural y elemental de la sociedad y el deber de ésta y el Estado de contribuir a su amparo (arts. 17 y 19 del Pacto de San José de Costa Rica) y el art. 32 del mismo instrumento internacional que impone los deberes de la persona hacia la familia y la ley 26485.

En el lapso de tiempo analizado, a nivel provincial se hallaba vigente la ley 1918⁷ que contemplaba el maltrato sexual provocado por miembros de la familia (art. 2) y planteaba un modelo centrado en la articulación interinstitucional para mejorar la situación de los afectados.

Sin embargo del corpus de sentencias seleccionadas (16 casos de abuso sexual incestuoso) no hay ninguna constancia de que los jueces penales remitieran las actuaciones a la justicia de la Familia y el Menor como fuero especial para entender en las causas de violencia familiar de tipo sexual

⁶ En la provincia de La Pampa, por ejemplo, se ha demora la implementación de la oficina de atención a la víctima en el marco de la Fiscalía General del Poder Judicial recién puesta en funcionamiento en 2013. Esta situación claramente se contrapone a la letra de la ley en tanto existen numerosas normas positivas que acogen los derechos de los niños, niñas y mujeres, por lo que queda en claro la asimetría de posiciones entre víctima y victimario en el sistema penal.

⁷ Actualmente se encuentra vigente la ley 2550 que adhiere a la ley nacional 26485.

ocurridas en la familia tal como lo prescribía el artículo 2 que dice:

Los Juzgados de la Familia y el Menor resultarán competentes en aquellos casos en que una persona sufra lesiones o maltrato físico y/o psíquico y/o sexual y/o económico, provocado por miembros de su grupo familiar. Quedará comprendida en los hechos del párrafo precedente, toda negligencia o falta de cuidado incluyendo el abandono físico y afectivo.

La idea de la norma era la no judicialización de los casos en el sistema penal por ello para el caso que se requiriera la investigación de otras conductas disponía:

Artículo 4.- Las disposiciones de esta Ley no se oponen a la promoción de las acciones penales y/o civiles correspondientes, pues tiene por objeto brindar mediante el trabajo integral de equipos interdisciplinarios, la mayor contención a quién padece y/o ejerce violencia doméstica, la preservación de la salud de las personas y la protección de la familia.

Esta desconexión entre los organismos incluso dentro del mismo Poder Judicial, demuestra que el derecho sigue siendo un conjunto de compartimentos estancos y que la sistematicidad normativa y la interdisciplina e interinstitucionalidad que se pregona para el abordaje de la violencia se dificulta.

La existencia de nuevas normas y la persistencia de las antiguas prácticas es un tema de estudio recurrente en la Sociología Jurídica y tiene múltiples explicaciones que no podemos abordar en este informe y ello queda evidenciado en la lenta y demorada aplicación de la normativa de origen convencional internacional de derechos de niños, niñas y mujeres tanto como la adaptación de la legislación interna a sus postulados.

El discurso jurídico expresado en las sentencias recoge parte de esa dolorosa situación por la que atraviesan las víctimas de los delitos contra la integridad sexual. De allí que el análisis que proponemos, tema no investigado a nivel cualitativo en nuestra provincia, constituya un desafío y una nueva perspectiva, que puedan utilizar los legisladores y otros operadores involucrados.

7.b).- La familia: ¿qué familia?

Bourdieu (1994) plantea la familia como una categoría social objetiva que es el fundamento de la familia como categoría subjetiva. Como categoría social subjetiva, ésta es el principio de ciertas representaciones y acciones concretas que contribuyen a reproducir la categoría social objetiva. La familia es tan obvia y está tan “incorporada” que aun cuando resulta una construcción social arbitraria, aparece como natural y universal.

A través de prácticas que circulan en la familia, se instituyen ritos tales como: mantenerla unida por los vínculos y afectos, reforzar o limitar esos afectos con prácticas permitidas o prohibidas, generar solidaridades e intercambios. La familia funciona como esquema clasificatorio y de construcción del mundo social. La familia como lugar de reproducción social, es un hecho histórico y por lo tanto no universal. De allí que es posible hablar de familias.

Como organización social en la que se llevan a cabo múltiples interacciones puede ser generadora de conflictos, por eso es un mito considerar a la familia como el lugar de la paz y el amor, ya que esa imagen idealizada impide u obstaculiza en casos de violencia sexual contra alguno de sus miembros que se realice la intervención que corresponda y el pertinente abordaje.

Sin perjuicio de los manuales de derecho de familia definen de distintos modos a la familia, desde la sociología y la sociología jurídica en particular resulta difícil dar un concepto de este grupo social tan complejo.

A modo de ejemplificar esta complejidad, abordamos la idea que tienen Gerlero y Cardinaux (2000) de las amplias posibilidades conceptuales de la familia cuando sostienen que:

Hay una infinidad de conceptos sobre la familia que van desde ideas básicas y casi primarias, al considerarla producto de relaciones de parentesco integradas por ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje, hasta supuestos en que la familia es un grupo de gente que vive en una misma casa bajo la autoridad determinada, pudiéndose llegar a definiciones más abarcativas de situaciones sociales identificadas con la sociedad moderna, que consideran a la familia como el agrupamiento de personas unidas por distintos factores biológicos y/o sentimentales y/o morales y/o legales. (Gerlero y Cardinaux,

2000:127).

Por otro lado, Torrado (2003:424) ha estudiado la evolución de la familia en la Argentina a lo largo del tiempo, y destaca ... *un acentuado aumento de las familias monorapentales en detrimento de las completas: eran el 14,7% en 1980 y 17% en 1999*, con un claro aumento de jefatura femenina y una notable disminución de las familias extensas (27,3% en 1980 y 18,4% en 1999). La disminución de las familias extensas es a favor del aumento de las familias nucleares.

Las familias ensambladas las define como aquellas que emergen de la nueva dinámica de la nupcialidad, y comúnmente identificados con “los míos, los tuyos, los nuestros”. Según la autora:

Se trata de núcleos conyugales completos, en los que los hijos de la pareja (sea ésta legal o consensual) residentes en el hogar son a) hijos biológicos de uno solo de los cónyuges, o; b) hijos biológicos de ambos, más los hijos biológicos de sólo uno de ellos, o; c) hijos biológicos de ambos, más hijos biológicos de cada uno de ellos por separado (Torrado, 2003: 427).

Otra autora, que estudia a las familias, afirma que

En la estructura social argentina conviven hoy diferentes tipos de familia, la mayoría de ellas no se encuentran reguladas en el ordenamiento jurídico”, agregando que “...la familia se ha modificado no solamente en su constitución, cantidad de miembros, sino también en su conformación sexual. (Gonzalez, 2008: 745).

Esta autora utiliza tres ejes clasificatorios de los que nos interesa reafirmar el que corresponde al número de integrantes del grupo familiar, es decir el tamaño ⁸ de la familia: la familia extensa patriarcal, la familia nuclear, familia monoparental y la familia ensamblada.

La ley, como discurso social legitima una distribución determinada del poder que jerarquiza la función de los varones en la familia. Por ese camino, legitima la violencia de género y sobre los miembros de la familia. El término

⁸ Los otros ejes clasificatorios mencionados en el artículo de Gonzalez (2008) son: clasificación por ciclo de vida familiar y clasificación por legalidad del vínculo.

patriarcado ha sido utilizado para designar un tipo de organización social en el que la autoridad la ejerce el varón jefe de familia, dueño del patrimonio dentro del cual estaban la mujer y los hijos.

Las feministas han estudiado las distintas expresiones que el patriarcado⁹ ha adoptado a través del tiempo definiendo el contenido económico, ideológico, político y social que refiere al régimen de sujeción de las mujeres. Se lo define como una la manifestación e institucionalización del dominio de los hombres sobre las mujeres y niños/as de la familia ampliado al dominio sobre las mujeres en la sociedad en general, que se refuerza a través del parentesco, la heterosexualidad obligatoria de las mujeres y el embarazo forzado, que garantiza la reproducción, tal como habíamos apuntado conforme los aportes de la feministas radicales.

Como hemos visto, las autoras no han arribado a definiciones unívocas en torno a familia. En el presente y siguiendo a Billorou y Morales (Di Liscia et al, 2009:23) coincidimos en que *Es necesario renunciar a elaborar una definición universal de familia, ya que existen muchas maneras de resolver algunas necesidades humanas...*, como el amor, la compañía, el cuidado, la asistencia, que varían según el modo de producción y tiene un alto componente simbólico a la hora de ser satisfechas.

7.c).-El abuso sexual en la familia

Tal lo sostenido anteriormente, la familia como organización puede ser generadora de conflictos, algunos de ellos pueden tener contenido sexual y pueden o no salir a la luz. La familia puede ser en la práctica un entorno

⁹ Balaguer dice acerca de este concepto que "...se ha producido una ingente literatura para poner de manifiesto la imposibilidad de obtener, desde una posición científica más o menos precisa, cuál ha sido su origen histórico. Se dice que habría sido un modo de producción en el que se insertaría a su vez cualquier otro modo de producción primitivo, esclavista, feudal o capitalista. Sería entonces, el primer modo de producción que inaugura la explotación sexual. En segundo lugar, el patriarcado no como un modo de producción, sino como una organización autónoma, aunque vinculada a los modos de producción. Y en tercer lugar, se apunta la posibilidad de que el patriarcado no sea un hecho histórico sino simulado" en Balaguer (2005:24).

disruptivo ¹⁰.

En la relación de abuso sexual, que es una relación violenta que reconoce el uso del poder asimétrico, se deben tener presentes las variables de sexo y edad de las personas involucradas.

Abelleira (s/f) dice:

Uno de los obstáculos más significativos que demoró y sigue demorando el ocuparse de esta problemática, es que enfrentar la invisibilidad histórica del problema, implicó e implica cuestionar la idea de familia de la modernidad de fuerte pregnancia religiosa, como un lugar idealizado donde los padres ejercen funciones de cuidado y sostén hacia los hijos, donde se transmite afecto y se enseñan los límites y normas que van a permitir la construcción de la subjetividad, de un entramado vincular apuntalado en el reconocimiento de las diferencias sexuales y generacionales, regulado por el tabú del incesto y en estrecho intercambio con el entorno social.

Teniendo en cuenta las variables sexo (mayor incidencia del delito en mujeres) y edad (mayor incidencia en menores de edad) de las víctimas, construimos el instrumento de relevamiento de datos incluyendo rubros o ítems que nos permitieran cuantificar por sexo y edad a víctimas y victimarios.

Recordamos que hemos trabajado sobre 232 sentencias de las tres Cámaras Criminales de la provincia de La Pampa.

Según los datos recolectados en 193 sentencias hubo mujeres involucradas como sujetos pasivos del delito (83,19%) en el período estudiado (1995-2007).

Hubo 29 casos de abuso sexual a varones (12,50%), en 4 sentencias hubo víctimas de ambos sexos y en 6 no consta este dato ¹¹.

¹⁰ Según Benyakar (2003) un entorno disruptivo está caracterizado por la ruptura de las reglas de juego como consecuencia de la ineptitud y hasta la caducidad de algunas normas escritas o consuetudinarias que organizan la vida social, la inversión del sentido de las institucionales sociales que se tornan incapaces de cumplir con las funciones para las cuales fueron creadas; la incertidumbre patológica y la desconfianza de todo y todos que se apodera de los sujetos y una percepción distorsionada de la realidad y de sí mismos que sume a las personas en profundo desconcierto.

¹¹ Nuestro estudio refirma otras investigaciones ya desarrolladas. El Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (2009) apunta que en la provincia de Buenos Aires hubo en 2007 un 63 % de víctimas de delitos sexuales menores de edad de sexo femenino, mientras que las mayores de edad de igual sexo ascendían al 26%. Los varones víctimas menores llegaban al 10 % y los varones mayores de edad víctimas de estos delitos apenas mostraban un 1%. Esto es concluyente respecto a la mayor prevalencia del delito en niñas y eventualmente mujeres

Para nuestro trabajo clasificamos la familia de la víctima en: nuclear, monoparental, ensamblada y otros tipos de familia. Desarrollaremos seguidamente cómo impacta el tipo de familia de la víctima, para abordar luego el contexto de facilitación o no de la comisión del delito.

7.d).- Los datos de las sentencias

7.d.1).- Tipo de familia según la víctima

Tipo de familia de la víctima	Total	%
Nuclear	64	27,58
Ensamblada	56	24,13
Monoparental	31	13,36
Otros	13	5,60
No consta	68	29,31
Total	232	100

En el 27,58% de las 232 sentencias la víctima proviene de una familia nuclear, hay 56 casos de familias ensambladas, se hallaron 31 casos de familias monoparentales y 13 casos corresponden a otros tipos de familias.

En 68 sentencias no hay información, es decir el 29,31% de los casos, lo que resulta un dato muy importante para resaltar.

Esta omisión en el material documental con el que hemos trabajado, puede estar indicando que los operadores no dan importancia a este dato -familia de la víctima- porque no pueden enfrentarse con la idea de una familia en cuyo seno se cometa un delito sexual.

Esta representación puede estar basada en el mito de que el victimario es un desconocido ¹² para la víctima del abuso, cuando en realidad generalmente

adultas, es decir hay un riesgo cierto de sufrir estos ataques, dentro o no de la casa, perpetrado por un familiar o no, por el solo hecho de ser mujer.

¹² Aun cuando el libro contenga datos muy interesantes, hablar del “sátiro” como potencial abusador y sostener que es un riesgo extremo dejar a los niños solos, no hace más que reforzar lo que se quiere negar. (Ver Lopez, 2010:147).

está relacionado de algún modo con ella, es parte de la familia o es un conocido y avala la idea de sacralidad de la familia como grupo social.

7.d.2).-Relación entre víctima y victimario

En lo que hace a la relación entre la víctima y el victimario, sumando las categorías de vecino, amigo concubino y padre, tenemos que en 109 sentencias se constata que es conocido de la persona abusada, podemos agregar la categoría docente.

Relación entre Víctima y victimario	Sentencias	%
Extraño	49	21,12
Vecino	27	11,64
amigo de la familia	19	8,19
concubino de la madre	47	20,26
Padre	16	6,90
Docente	2	0,86
Otros	60	25,86
No consta	12	5,17
Total	232	100

De estos datos rescatamos dos cuestiones. En primer término, los 16 casos de abuso incestuoso y los abusos cometidos por personas que mantienen un vínculo muy cercano de conviviente de la madre (47 casos) habilitan a pensar que la familia no es el mejor lugar en el mundo y que como grupo social genera y vive el conflicto.

Evidentemente en la familia se dan relaciones de poder que posibilitan la violencia de género y generacional ¹³.

13 El incesto no constituye delito autónomo en el código penal argentino, el parentesco entre víctima y victimario es un agravante según la interpretación del art. 119 ley 25.087. El art. 119 dice: Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo, cuando esta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión

En segundo lugar en 60 casos no surge expresamente de las sentencias el vínculo de la víctima y victimario, con lo cual debe hacerse un minucioso análisis de los fallos y sobre todo remitirse a las normas aplicables (por ejemplo, los agravantes previstos para el tipo penal).

El hecho de que no conste el vínculo entre víctima y victimario puede no ser necesario en los casos de violencia sexual entre adultos (17 casos ¹⁴), pero no puede soslayarse cuando hay niños/as porque ese tipo de vínculo es en la generalidad de los casos el que permite que el abuso se lleve a cabo.

Es por ello que si triangulamos los datos de los dos últimos cuadros es decir tipo de familia y vínculo entre víctima y victimario, hay un 25% de padres (16/64) que cometen abuso sexual mientras que hay 84% (47/56) de concubinos que cometen la conducta típica.

No puede con esta sola investigación, concluirse que el concubinato favorezca, implique o sea la causa de la mayor cantidad de casos de abuso sexual infantil intrafamiliar, con estos datos no estamos en condiciones de afirmar si el tipo de familia constituye un facilitador de esta modalidad de violencia ¹⁵.

Por el contrario deberían llevarse a cabo estudios de envergadura acerca de la incidencia del tipo de familia con la probabilidad de que ocurra un evento de agresión sexual, es decir qué tipo de controles sociales operan en el padre y en el concubino y en su caso -si actúan diferencialmente sobre cada tipo de vínculo- como para detectar y comprobar semejante hipótesis.

cuando el abuso, por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía. En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:... b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guardia. El código civil en el art. 166 incs. 1º, 2º, 3º y 4º establece los impedimentos para contraer matrimonio, relacionados con relaciones incestuosas.

14 En Punto 12.d) se consignó que hubo 15 casos de víctimas mayores de edad y 2 sentencias donde había víctimas mayores y menores de edad.

15 Podestá y Rovea (2005) afirman sin mayores explicaciones que los niños insertos en familias ensambladas son más vulnerables a ser abusados, por sus padrastrós (pág 71), lo que a nuestro juicio requiere de investigaciones que corroboren esta situación.

Otro dato que quisimos confirmar es el grado de acompañamiento familiar que tiene la víctima. Por ello relevamos en el material documental, quienes hacían la denuncia.

Este acto procesal generalmente se hace en la comisaría como casi la totalidad de los hechos delictivos (ELA, 2009).

Como dijimos, el delito es de acción privada lo que significa que para que sea investigado debe ser denunciado por el/la damnificado/a o, sus representantes legales, si es una persona menor de edad o sujeto a tutela o curatela. Esto es la regla salvo escasas excepciones ¹⁶.

Cuando la víctima es mayor de edad, forma parte de su decisión hacer o no la denuncia, ya que poner en conocimiento el hecho delictuoso implica quedar expuesta a revisiones, citaciones, repetir el relato, ser objeto de peritaciones sobre el cuerpo, etc.

Aun cuando pensemos que la decisión puede estar condicionada por los sentimientos de vergüenza, miedo a represalias, también puede ser una forma de preservar la intimidad y hacer el proceso de resubjetivización sin recurrir a la justicia ¹⁷.

7.d.3).- La persona que efectúa la denuncia

El problema surge cuando un niño o niña es sujeto pasivo de estos delitos. ¿Quién denuncia?, ¿qué pasa si el victimario es familiar? ¿cómo se entera el Estado?, ¿cómo actúa el Estado?.

Según la ley 26061 hay personas obligadas a denunciar hechos de vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes ante las autoridades administrativas (art. 30) y la obligación de recibir y tramitar una denuncia

¹⁶ Ver lo que dijimos de los procesos en los que se resolvió o rechazó la nulidad por falta de denuncia.

¹⁷ Para el caso español y para la violencia doméstica, Larrauri (2008) brinda posibles explicaciones de por qué una mujer denuncia la violencia doméstica que sufre y luego la retira, que podrían ser aplicables al caso de directamente no denunciar. La actitud de denunciar y después no poder seguir todo el trámite y las secuelas que ello implica es considerada como irracional, y lo irracional se criminaliza; no es coherente que se le pida que denuncie y después que el sistema penal se desentienda o no de las respuestas que la víctima necesita, por otro lado el sistema penal no siempre es el objetivo final de la víctima de violencia

en los mismos casos, cuando sea efectuada por el niño, niña o adolescente o cualquier persona. Como hemos dicho precedentemente, en el ámbito local, la ley 1918 prescribía la obligación de comunicar el maltrato contra niños, entre los que estaba incluida la violencia sexual.

Creemos que estas leyes -que obligan a denunciar o a comunicar el hecho delictivo a las autoridades administrativas, policiales o judiciales- pueden contribuir a desdibujar el modelo cerrado y privatista del delito que plantea la normativa penal. Al hacer obligatoria la denuncia, disminuyen como consecuencia, las posibilidades de los familiares de un menor de mantener en secreto el delito y queda cuestionado el carácter de delito de instancia privada.

Pensamos que ante la falta de ratificación de los padres o representantes legales del menor víctima, debe primar el derecho del niño/niña a ser oído, por lo cual en tales circunstancias se lo debe necesariamente empoderar a fines de que se respete su voluntad y se proteja su interés superior.

En nuestro ordenamiento provincial está prevista la figura del Asesor de Menores en las leyes orgánica del Poder Judicial (Ley 1675) y en la ley de organización del Fuero de la Familia y el Menor (Ley 1270), ambas vigentes en el período de tiempo abarcado por las sentencias estudiadas.

Actualmente la ley n° 2574 de Organización del Poder Judicial en La Pampa es más clara al respecto y ordena más detalladamente los deberes, funciones e incumbencias de los Defensores (civiles y penales) y de los Asesores de Menores respecto de los niños, niñas y adolescentes. Además se halla la figura del defensor del niño y la niña en la recientemente dictada ley 2703.

Según los datos recolectados la mayor cantidad de denuncias es efectuada por familiares de la víctima.

Quien denuncia	Sentencias	%
La víctima	39	16,81
Familiar de la víctima	161	69,39
Docente	1	0,46
Guardador	3	1,29
Otros	6	2,58
Agentes de salud	4	1,72
No consta	18	7,75
Total	232	100

De acuerdo a la normativa vigente, se presupone que en los casos en que denuncia un docente o agente de salud, luego el representante legal de la víctima hace la ratificación correspondiente, pero a partir del art 3 de la ley 26061 ello ya no sería así, siendo que la instancia privada del delito es algo a favor de la víctima no del delincuente.

Como ya señaláramos hemos hallado un caso en que un agente de salud hizo la denuncia, y luego el proceso fue anulado por ante la Cámara Criminal 2 de Santa Rosa, porque faltaba la ratificación de los padres de la niña. En el caso -sentencia n° 46/2006- el supuesto abusador era pariente de la menor y también el caso de la anciana internada supuestamente abusada por un enfermero (sentencia 361/1997 CCGP).

Aunque no podamos hablar de un solo tipo de familia sino de distintas formas de organización familiar, las familias se siguen organizando en torno al parentesco, que es la base del rol y, del lugar que cada miembro ocupa¹⁸ en ella.

Cuando ocurre un hecho de abuso sexual infantil, se quiebra esa organización y da lugar a la inversión de las cargas, deberes y responsabilidades: si eran los adultos quienes tenían la carga de cuidar y la responsabilidad de atender a los miembros inmaduros, el abuso sexual desarticula esos roles sin que sea posible para los niños/niñas víctimas -dado su vulnerabilidad- restituir

18 Insistimos en que la teoría feminista ha dado lugar a un intenso y aun no cerrado debate del lugar de las mujeres en la familia, abriendo paso a que se cuestione el lugar de otros miembros de ese grupo social, como los niños/as, adolescentes, discapacitados, ancianos, invisibilizados por el patriarcado.

las cosas a su estado anterior.

El hecho de denunciar al padre del niño o niña abusado o a su concubino, nos lleva a tratar de abordar brevemente el rol de la madre de la víctima, para analizar el conflicto familiar que se desencadena y la reconfiguración de esa familia, no solo para la víctima sino para ella misma.

Como dice Intebi (2013[1998]) aun en los casos en los que el abuso es irrefutable, el camino de los adultos no abusadores no es sencillo.

La madre en el caso que se ponga del lado del hijo/a abusado después que decide hacer la denuncia debe no sólo afrontar sus propias dificultades internas sino que deberá vérselas con problemas económicos, de descreimiento de familiares, amigos y compañeros de trabajo.

Ante el develamiento de los hechos abusivos, es frecuente que las parejas se separen o que las hijas dejen el hogar paterno....Dejar el hogar familiar con sus hijos resulta una decisión sumamente dura de sostener, más aún cuando los ofensores dejan de aportar a la economía familiar; a pesar de que pregonan a quien quiera oírlos cuánto aman y extrañan a sus hijos. (Intebi 272/273).

Igualmente y como hemos desarrollado en el punto 9.d) cuando analizamos la representación social acerca del hombre proveedor, estas circunstancias no explican por qué las madres ocultan, niegan el abuso sexual o retrasan su develamiento y el hacer pública la cuestión de la violencia sexual sobre sus hijos cuando los hombres, parejas o maridos no hacen mayores contribuciones a la economía familiar. Sin dudas la cuestión es muy compleja que excede las consideraciones de sustento económico.

En referencia al incesto, Finkelhor (2005[1979]) caracteriza las familias como sumidas en una situación de aislamiento, con roles confusos de las madres que no pueden proteger debidamente a sus hijos ya que están sometidas a violencia ellas también, y ensaya ciertas explicaciones: que la madre al abdicar de sus funciones maternas contribuye al incesto o en general, a la victimización sexual; las madres contribuyen tanto a que las niñas resistan como a que sean vulnerables a los ataques sexuales y por último cuando las madres no muestran un modelo de autoprotección ante la violencia, no proveen a las hijas

de información o no las supervisan adecuadamente, aumenta la posibilidad de victimización sexual.

De manera similar Podestá y Rovea (2005) caracterizan a aquellas familias que facilitan el abuso sexual y ensayan un perfil aproximada de las madres.

Compartimos con Teubal (s/f) que:

El lugar central que en la cultura detenta la figura materna como responsable principal de la crianza de los hijos, hace que sea objeto frecuente de un escrutinio poco comprensivo de la problemática del ASI (Abuso sexual infantil) de sus hijos victimizados por parte de una amplia gama de profesionales y organismos implicados en la intervención, lo cual abre la discusión referida a la madre como posible víctima también.

Esta autora sostiene que las explicaciones fundadas en la familia disfuncional, o las teorías que interpretan su conducta desde conceptualizaciones sicoanalíticas, invisibilizan al agresor. A estas apreciaciones hay que agregar lo que dice Rozanski (en Giberti, 2005): la responsabilidad es siempre del abusador.

En otro orden, es posible que la madre sea objeto de victimización secundaria, aquella que ocurre al ingresar al ámbito de las instituciones. La madre es la mediadora ¹⁹ entre el niño/a y los sistemas de intervención estatales, sea la policía, los médicos forenses, los operadores jurídicos y otros expertos, y no tiene por qué estar familiarizada con procedimientos institucionales extraños y distantes ni por qué entender las lógicas del campo jurídico. Nuevamente podemos hacernos la pregunta que hace Larrauri: ¿por qué pedirle a la madre que denuncie cuando no tiene garantías de que alguien la ayudará a salir de la situación de sumisión en la que se encuentra junto a sus hijos abusados? ²⁰

19 En el caso 9/2009 CC 1 SR la madre si bien hace la denuncia ante la policía, luego vuelve a ese organismo a retirarla, alega tener problemas de epilepsia y que no puede con todo, que quiere que el caso se cierre.

20 Hay que recordar no solo la subsistencia de la división público-privado, sino que es muy reciente la previsión de prestaciones en caso de violencia familiar y de género, como las ayudas

Podemos entrever este tipo de situaciones en aquellos casos que las madres pidieron ayuda a organismos asistenciales, tal vez no por violencia sexual sino por otros antecedentes de conductas violentas; y sin embargo no fueron advertidas ni las instituciones pudieron ver el riesgo que representaba la situación ²¹.

En otra sentencia (14/2009 CC 1 SR) se deja constancia que la madre de la niña abusada se dirigió al Centro de Orientación a la Víctima, causa 37/2010 CC 1 SR en la que previamente había intervenido el equipo técnico de la Seccional Séptima de la Policía o 73/2010 CC 1 SR en que intervino la Defensoría Oficial en virtud de la comunicación obligatoria de la ley 1918 y donde consta que la madre y los niños estuvieron alojados en un hogar de contención.

Como puede observarse, en las sentencias más recientes dentro del período seleccionado se mencionan distintas intervenciones de organismos dedicados al abordaje de la violencia familiar y contra las mujeres, lo que revela que al menos desde las respuestas institucionales las mismas se han diversificado, lo que no significa que haya mejorado la intervención de los organismos estatales y de la sociedad civil ante tan complejo fenómeno.

Bibliografía

dispuestas en el art. 3 inc. h e inc. k; art. 10 parag 2 de la ley 26485.

²¹ La intervención de organismos dedicados al abordaje de la violencia puede verse en la sentencia causa 36/2010 CC 1 SR, en la que se menciona la intervención del Centro de Apoyo Escolar, el equipo del Centro de Orientación a la Víctima, una sicóloga, agentes de la seccional Séptima de Policía (Comisaría Tutelar del Menor). Cómo la familia es intervenida por las lógicas del Estado es tema de la obra de Donzelot (1998) y se halla detallado en Nicolini (2011).

Abelleira, Hilda (s/f): *El abuso sexual infantil en la familia. Catástrofe en los vínculos. Complejidades del abordaje interdisciplinario.* Disponible en <http://dSPACE.uces.edu.ar:8180/dSPACE/bitstream/123456789/consulta> del 10/09/2011.

Balaguer, María Luisa (2005): *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género.* Ediciones Cátedra. Madrid.

Benyakar, Mordechai (2003): *Lo disruptivo. Amenazas individuales y colectivas: el psiquismo ante guerras, terrorismos y catástrofes sociales.* Biblos. Buenos Aires.

Billorou, María José y Morales, Mónica (2009): *Género, memoria y capacidades de las mujeres.* En Di Liscia, María Herminia B. et al. *Ciudadanía y derechos de las mujeres. Conceptos introductorios y propuestas de actividades.* Edulpam. Santa Rosa. pp 13/49.

Bourdieu, Pierre (1994): "El espíritu de la familia" "L'esprit de famille", págs. 135-145 *Raisons pratiques sur la théorie de l'action.* Editions du Seuil, 1994. Traducción de María Rosa Neufeld.

Checa, Susana (comp) (2003): *Género, sexualidad y derechos reproductivos en la adolescencia.* Paidós Buenos Aires.

Donzelot, Jacques (1998): *La policía de las familias.* Pre-Textos. Valencia.

Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (2009): *Informe 2008 sobre Género y Derechos Humanos del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género.* Biblos Buenos Aires.

Finkelhor, David (2005[1979]): *Abuso sexual. Causas consecuencias y tratamiento psicosexual.* Editorial Pax México.

Gerlero, Mario y Cardinaux, Nancy (2000): *Sociología Argentina.* Editorial Docencia -Fundación Hernandarias. Buenos Aires.

Gonzalez, Manuela (2005): *Desafíos el derecho frente al proceso de reinención de la familia.* En *Anales Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP* año 3 n° 36 pp 745-761.

Intebi, Inés (2013 [1998]): *Abuso sexual en las mejores familias.* Granica. Buenos Aires.

Larrauri, Elena (2008): *Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial.* En *Laurenzo, Patricia y otras. Género, violencia y derecho.* Editores del Puerto Buenos Aires. pp. 249/262

Lopez, María Cecilia (2010): *Abuso sexual. Cómo prevenirlo, cómo detectarlo.* Paidós Buenos Aires.

Marchiori, Hilda (s/f): *Victimas vulnerables: niños víctimas de abusos sexuales".* Disponible en <http://www.ilanud.or.co/A119.pdf> consulta del 04/09/2011.

Nicolini, Graciela (2011): *Judicialización de la vida familiar. Lectura desde el Trabajo social.* Editorial Espacio. Buenos Aires.

Podestá, Marta del Carmen y Rovea, Ofelia Laura (2005): *Abuso sexual intrafamiliar. Un abordaje desde el Trabajo Social.* Espacio Editorial. Buenos Aires.

Rozanski, Carlos (2005): *Obstáculos Institucionales de la intervención en casos de abuso sexual infantil. Algunas respuestas.* En Giberti, Eva. *Abuso sexual y malos tratos contra niños, niñas y adolescentes. Perspectiva psicológica y social.* Espacio Editorial. Buenos Aires. pp 79/101.

Teubal, Ruth (s/f): *Las madres frente al abuso sexual infantil intrafamiliar de sus hijos ¿son víctimas?* Disponible en [http:// revinut.udea.edu.co/index.php/revistraso/article/view/5280/4641](http://revinut.udea.edu.co/index.php/revistraso/article/view/5280/4641) consultado el 04/09/2011

Torrado, Susana (2003): *Historia de la Familia en la Argentina Moderna (1870-2000)* Ediciones de la Flor. Buenos Aires. Argentina.

8).- ANÁLISIS CUALITATIVO DE LAS SENTENCIAS DE DELITOS SEXUALES

Por Daniela M. J. Zaikoski Biscay

Para visualizar y vincular adecuadamente el tema del discurso jurídico y la persistencia de las prácticas de los operadores, aun cuando haya cambios legales, organizamos el análisis de los documentos sistematizados y que forman en corpus de esta investigación tomando algunas de las cuestiones más relevantes que surgen del relato de los hechos y del derecho aplicable en las sentencias seleccionadas.

Nos interesamos en aquella casuística que permitiera hacer patente los objetivos planteados, por lo que organizamos los resultados como sigue: la indagación acerca de la honestidad de la víctima, el consentimiento, resistencia o voluntariedad manifestadas al momento del hecho delictuoso y en su caso la (in)experiencia sexual previa, el carácter privado del hecho delictuoso y la instancia privada, la veracidad o tendencia a la fabulación en el caso de los niños/niñas, las situaciones donde hay retractación y su interpretación, la naturalización del uso del cuerpo de los niños/as en una sentencia paradigmática y la consideración de la violencia familiar en la comisión de delitos sexuales.

Las sentencias ¹ cuyas partes se transcriben expresan los modos en que se evidencia la resistencia al cambio legal, porque justamente no ha operado el cambio cultural y cómo el discurso jurídico no toma en cuenta otros sujetos de derechos en la medida que las mujeres y los niños/as siguen sin ser debidamente atendidos y protegidos, siguen sin tener autonomía sobre sus decisiones más si se trata del propio cuerpo.

8.a).- La indagación acerca de la honestidad de la víctima:

Es posible detectar a partir del análisis del discurso jurídico la persistencia de los operadores de atribuir ciertos caracteres a la víctima tales como el ser honesta, ser buena mujer, provocadora u otros; cuando en los mismísimos fundamentos de la ley 25087 se explicaba que se cambiaba la condición de ser honesta por el derecho a la integridad sexual, siendo la honestidad un concepto moral que adjetivando la sexualidad de la víctima en realidad demostraba el carácter machista del discurso jurídico.

En 2003 cuatro años después de la reforma introducida por la ley 25087 una sentencia habla de la honestidad de la víctima:

Es indudable que este tipo de ilícitos contra la honestidad se caracteriza esencialmente por la ausencia de testigos presenciales de los mismos, por lo que quien debe juzgar las conductas humanas, debe tomar en cuenta otros tipos de factores que coadyuvados entre sí, nos establece con claridad lo efectivamente sucedido. (textual sentencia 127/04 CC2 SR).

En otra sentencia (101/2005 CC 2 SR) se lee:

El bien jurídico protegido por el tipo penal, es en general el pudor público y en particular el del sujeto pasivo, que se ve involucrado en un suceso sexual sin su consentimiento, configurándose de ese modo un ataque a la libertad sexual.

¹ Las sentencias se identifican con el número, año y el organismo que la dictó. Así CC1SR significa Cámara Criminal 1 de Santa Rosa, CC2SR Cámara Criminal 2 de Santa Rosa y CC1GP Cámara Criminal 1 de General Pico.

¿Cómo puede tener pudor público un sujeto pasivo en particular?. ¿Es indivisible el pudor público?, el pudor ¿es un bien colectivo? ¿Por qué entonces la ley lo protege individualmente en cada caso en particular?

En la sentencia 3527/2007 CC GP se investigaba un abuso simple cometido contra una mujer con retraso mental leve de 42 años. En fallo dividido, el disidente dice:

el hecho que he tenido por probado, me resulta más grave y más disvalioso que una violación de las previstas en el inc 1° del art. 119CP. En efecto, la víctima en este caso, requería una mayor protección que una niña normal, menor de doce años. Pero (nombre de la víctima) tiene mucho más que 12 años y la ley no previó esta afectación de un bien jurídico, en una lamentable desactualización. Con la omisión, queda desprotegido un bien jurídico tutelado (la libertad sexual) en algunos supuestos, realmente graves, frustrándose la indiscutible aspiración ética del derecho. (3527/2007 CC GP

La mayoría dio por sentado que la señora discapacitada mental leve sabía lo que había hecho y por mayoría absuelven, luego de un reproche ético al imputado.

En un caso de corrupción y facilitación de la prostitución (sentencia 38/2005 CC 1 SR) los jueces retoman las declaraciones de una testigo que dice que.

...conocía la joven desde niña, como una persona de buenas costumbres, integrada en una familia de trabajo y mientras estuvo en ese ámbito, jamás escuchó que estuviera relacionada con la prostitución...

Esta idea sirve para integrar con otras pruebas los fundamentos de un fallo condenatorio al imputado. Nos preguntamos qué hubiera pasado si la joven no hubiese provenía de una buena familia, en su caso ¿qué es una buena familia?

En otra causa de abuso sexual agravado con acceso carnal y aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente (sentencia 122/2002 la CC2 SR) se dice:

Además, algunos testimonios que fueron también incorporados a la

causa como los de (nombres de los testigos) a fs , no llegan a desmentir la situación que vivió la menor víctima, sino que por el contrario son afirmativos del carácter apocado, de la timidez de la misma y de otra circunstancia que se considera importante, cual es que (nombre de la niña) nunca tuvo novio, lo que avala en cierta medida sus afirmaciones de que con el único que tuvo relaciones sexuales fue con el imputado. (sentencia 122/2002 la CC2 SR).

Lo que deja en evidencia que el resultado hubiese sido distinto si la chica hubiera tenido novio, es decir experiencia sexual, cuestión que hubiera puesto en dudas su honestidad.

En la sentencia 3327/96 CC GP se debatía la comisión del delito estupro (art 120 antigua redacción) cometido por un padre en perjuicio de su hija de 13 años hasta los 14.

Para el juez preopinante han quedado probados los constantes acosos del padre, la convivencia de ambos por algún tiempo como ‘pareja’. También hace mención a los reiterados e infructuosos intentos de rectificación que ha tenido la víctima. Lo que decide a absolver al imputado es la comprobación de la experiencia sexual de la víctima previa a estar con su padre, por lo que:

Resulta obvio que no cabe tener por acreditada, con la certeza requerida, la inexperiencia sexual (honestidad) de (nombre de la víctima) al momento de mantener relaciones sexuales con su padre. (sentencia 3327/96 CC GP).

El fallo contiene la disidencia de uno de los camaristas, quien afirma que si bien la víctima había mantenido relaciones previas a las que mantuvo con su padre, ello no puede ser considerado como experiencia sexual y tener “*aptitud para que una niña- adolescente de 13 años se convierta en mujer deshonesta*”.

El magistrado sigue diciendo que:

Por lo demás contrariando la que viene siendo la opinión mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia, opino que, si hoy atribuimos el concepto de honestidad un campo restringido a la nula práctica sexual, la figura del art.

120 sería inaplicable. Importaría, además, negar los conocimientos aportados por la Psicología de la Adolescencia y los que provee la experiencia común acerca de la anticipación con que las niñas acceden a los juegos sexuales a partir de estímulos mass-mediáticos... El concepto de honestidad no excluye una cierta experiencia sexual, cuyos límites son difíciles de establecer... Dicho esto, juzgo que (nombre de la víctima) era una niña honesta cuando fue accedida por su padre.(sentencia 3327/96 CC GP).

Resaltamos que faltaban tres años para que la reforma del Título III del Código Penal tuviera lugar y ya se estaba dando cuenta de la evolución en la aplicación del concepto de honestidad. Sin embargo aun cuando este juez en minoría falla condenando al padre, no hace alusión al incesto.

La experiencia/inexperiencia sexual (castidad, virginidad, pasividad/ actividad sexual) es el dato central para los operadores, cuando en realidad lo que es realmente trastornante para la joven es el incesto paterno filial, justamente lo que queda invisibilizado.

8.b).- El consentimiento, resistencia o voluntariedad manifestadas al momento del hecho delictuoso y en su caso la (in)experiencia sexual previa.

Indicativo de que el cambio legal no se condice totalmente con el cambio social, y que las prácticas se mantienen inalterables, es la recurrente consideración de que la violencia sexual sigue tratándose de actos que tiene que ver con la penetración, el acoso, los forcejeos y que lo que se sigue cuidando (en el caso de ser atacadas y vulneradas) no es la integridad y la libertad sexual de la víctima sino sus cavidades corporales.

El tipo penal tal cual se halla redactado conforme la ley 25087 no supera el hecho de que la sexualidad está ubicada ² en algún lugar del cuerpo de las personas: si se es mujer (honesto podríamos agregar) la violencia tiene que estar orientada a vulnerar y acceder a la vagina -el paradigma tangible de la sexualidad femenina- y en una jerarquía inferior, la boca y el ano. Si se es varón,

² Al respecto puede verse Asúa Batarrita (ob cit) quien analiza sentencias de tribunales españoles y afirma que para los jueces hay cavidades femeninas más o menos importantes.

ya lo veremos al analizar los casos de abusos entre hombres, las cavidades que hay que defender del ataque son las dos últimas, pero parece que la orientación sexual del sujeto pasivo también influye en la forma y medida de la protección del bien jurídico: integridad sexual.

La idea de defensa del cuerpo mantiene la connotación instrumental de la violencia (mediante sometimientos, castigos, amenazas, que sean ultrajantes o graves) y a la violencia hay que contrarrestarla con resistencia. De ahí que persistentemente sea requiera que la víctima demuestre que se opuso a la propuesta del abusador/violador. Si no lo hace, si no resiste heroicamente (debe rasguñar, patear, morder a su agresor) tal vez porque piensa que otros bienes están en juego, esa actitud paradójicamente puede ser leída como consentimiento³.

No hay una lectura que integre en la investigación de abusos sexuales la situación de sumisión, paralización y terror a que pueden ser sometidas las mujeres y los niños/niñas en especial, ni consideraciones acerca de la víctima en estado de vulnerabilidad, de indefensión o con disminución física o síquica⁴. Incluso hay una ignorancia u omisión de contemplar la situación de violencia familiar extendida en el tiempo para ‘medir’ cuánto puede resistirse una víctima. Generalmente se piensa que siempre la víctima algo pudo hacer.

La importancia que se da a la resistencia de la persona que sufre la violencia sexual aparece en distintas sentencias.

A preguntas concretas formuladas en la audiencia de debate, la víctima al relatar su resistencia, tuvo dudas sobre la existencia de un principio de penetración... no estando probado ni el coito vestibular...[el imputado] debe ser condenado como autor del delito de acceso carnal abusivo en grado de tentativa. (sentencia 6991/2005 CC GP).

Es decir, que si la víctima resiste y evita un mal mayor, el que se beneficia

³ Esta situación de la tensión entre elegir entre la vida o rendir la vagina es analizada por Hercovich (1997) quien lamenta que esta opción puede llegar a ser definitiva para exculpar a los violadores.

⁴ Ver al respecto Marchiori (1998).

con una pena menor por calificarse el hecho como tentativa es el varón ⁵.

La idea de la resistencia heroica es tan fuerte que parece ser un acto exigido a la víctima aún después de su muerte. En la sentencia 90/2005 CC 2 SR dictada seis años después de la reforma legal, se condenó al agresor como autor penalmente responsable de los delitos de abusos sexual con acceso carnal en concurso real con homicidio calificado a pena de prisión perpetua. La víctima tenía 15 años y el victimario 26.

En la ocasión los jueces dijeron:

Quedó probado que también sometió sexualmente a la víctima. Los informes médicos son concluyentes sobre la violencia sexual; ésta producida mediante acceso carnal en la vagina. Esta acción del autor se produce evidentemente luego de que la víctima recibió los golpes de aquel, y estando en estado de total inconciencia. Ello surge claramente del informe médico sobre (nombre del imputado) que da cuenta que el mismo no presentaba lesiones de resistencia de la víctima. (90/2005 CC 2 SR).

Si la joven estaba en *estado de total inconciencia* cuando fue accedida, ¿Por qué a los jueces les parece importante resaltar que el imputado no tenga lesiones indicativas de la resistencia de la víctima? No era necesario comprobar si ésta se resistió o no. De ese modo, obtener evidencias y corroborar su resistencia, lo que se logra es que persista la idea de que los delitos sexuales solo tienen que ver con el sexo, y no con la violencia hacia las mujeres.

El relato de la sentencia confirma la incapacidad de los operadores de ver el caso como un proceso que se integra con varias etapas o partes. Había quedado probado el móvil del homicidio y la violación con el testimonio de una amiga de la víctima que dijo haber escuchado al imputado decir: “*vos conmigo no vas a jugar y no me vas a tomar el pelo*”. Sin dudas el antecedente del homicidio fue la violencia de género.

Una medida para juzgar la relación entre resistencia/consentimiento -para los operadores son las dos caras de la misma moneda- es ser o no conocida del

⁵ En la sentencia 13/2003 CC 2 SR el voto minoritario propone la condena del acusado por delito de abuso sexual tentativa porque la acción no pudo ser realizada ya la víctima tenía un tampón. Finalmente se condenó por abuso sexual con acceso carnal a seis años de prisión, ya que el voto mayoritario entendió que el uso del tampón no obstó a la penetración.

victimario.

Si bien esta cuestión la abordaremos en el acápite dedicado a víctimas adultas de delitos sexuales, solo adelantamos que hay un tratamiento diferencial cuando mujeres adultas son abusadas o violadas por desconocidos que cuando lo son por conocidos, parejas o ex parejas; como si en el primer caso la integridad sexual debiera estar mejor protegida que en el segundo. En la muestra que analizamos hay pocos casos de mujeres adultas, no hemos encontrado casos entre las 232 sentencias analizadas de mujeres casadas o en pareja que denuncien a sus compañeros, lo que da cuenta del persistente ocultamiento de la violencia sexual en el matrimonio y en la pareja ⁶.

Como contrapartida al *deber de resistirse* y la imposibilidad de hacerlo más patentemente reflejado en ocasiones en que niños y niñas son víctimas de delitos sexuales, circula un particular sentido de entender el comportamiento infantil y una especial consideración acerca de lo que -sobre todo las niñas- son capaces de hacer.

Así en la sentencia 3891/1998 CC GP se expone sobre el reproche penal que hay que hacer a un sujeto pasivo varón que se ha *confundido* creyendo que su víctima tiene más edad que la que establece el del tipo penal.

Se responsabiliza a la niña de doce años de dar a entender supuestos deseos amorosos para justificar la conducta del imputado de 23 años:

En efecto (nombre de la niña) con el candor propio de su corta edad, narra la forma en que, en el aposento, del novio de su hermana mayor, inició un diálogo afectuoso y motivante con éste último, pasando suavemente al sutil plano de la seducción, siempre presente entre los sexos, más aún cuando se trata de jóvenes y en el ambiente cargado de significación. La acción se desarrolló rápidamente, con caricias, recibidas hasta el momento en que 'despertó', percatándose del alcance que ya los hechos tenían, saliendo de la situación de la mejor forma que pudo. Sus cortos años, necesitaron de sus mayores- eficaz recurso para resolver una posible culpa- y éstos por razones poco explicadas, se decidieron por la denuncia del caso ante la prevención. Entiendo que este recorrido, deja las cosas resueltas acabadamente: no se han reunido los elementos del tipo intimidado, ya que no hubo de modo alguno intimidación o fuerza en la perpetración del hecho. Hubo simplemente seducción. (sentencia 3891/1998 CC GP).

⁶ Al respecto puede consultarse Beatriz Fontana (2004).

La larga transcripción que hacemos condensa la representación corriente y socialmente legitimada de la hipersexualización del cuerpo femenino y la erotización de la niña, la culpabilización por seducir a un hombre -que por supuesto es un ser pensante y racional- e implica un interrogante hacia los padres, quienes no se sabe por qué denunciaron si el hecho se desarrolló en tono de amoroso y seductor. El varón mayor de edad, no solo queda absuelto sino que según este razonamiento nada tuvo que ver con la vulneración a la integridad sexual, nada perdió la seductora niña.

La sentencia 26/2004 CC 2 SR también involucra a un joven de 23 años y a una niña de 11. Allí si bien se condena al imputado, se hacen menciones al carácter voluntario de los hechos de contenido sexual.

Los jueces, por un lado dejan en claro que el consentimiento es ineficaz por la edad de la víctima; pero por el otro se encargan de reforzar esta idea, como si fuera necesario remarcar que un sujeto menor de 12 años no puede dar consentimiento. *“La voluntariedad de la relación no existió al decir de (nombre de la niña) pues dijo que fue llevada por la fuerza”*. De la manera que está redactado el tipo penal ¿hay que resistirse?

Lo importante aquí es el contenido objetivo de la edad del tipo penal, ¿qué hubiera pasado si no la hubiera llevado por la fuerza? ¿cómo hubieran justificado que igualmente el consentimiento no es válido?. Y siguen: *“La relación fue consentida, pero el imputado estaba en conocimiento de la edad de la víctima”* con lo que se oscurece y soslaya la relación asimétrica de poder entre un mayor de edad y un menor.

También son numerosas las sentencias en las que el imputado comete un *error* respecto de la edad de la víctima. Es habitual que se describan rasgos corporales femeninos y se los destaque como más desarrollados que los que corresponden al promedio para justificar el accionar de los imputados. Normalmente esta argumentación forma parte de los fundamentos de la defensa, como si la edad caracterizara las relaciones voluntarias y consentidas o las violentas y en situación de subordinación.

Aun cuando el imputado se *confundió* de edad, y el Tribunal condenó, no se puede pasar por alto la incoherencia de condenar por abuso sexual con acceso carnal y a la vez decir que las relaciones fueron voluntarias de parte de una niña de doce años.

Conforme se recreara el hecho, el Tribunal tuvo por cierto el acceso carnal del sujeto activo con la menor víctima, en varias ocasiones, y que dichos actos fueron voluntarios por parte de ambos, evidentemente en el marco de una relación sentimental que los mismos no ocultaban. (sentencia 27/1999 CC 2 SR).

Y siguen diciendo:

También se dio crédito a las afirmaciones del imputado en cuanto a su creencia de que la menor tenía al menos doce años de edad, ya que ésta nada dijo al respecto y su apariencia física en cuanto al desarrollo de sus signos sexuales secundarios (al decir de la ginecóloga), así lo podría denunciar; lo llevó al error a (nombre del imputado) en ese aspecto. (sentencia 27/1999 CC 2 SR).

En otra sentencia (7012/2005 CC GP) los jueces convalidan el supuesto de que la menor de 12 años consintió la relación sexual la que no ocurrió con violencia, y para determinar el tipo penal aplicable (art 120CP) justifican que el encartado no podía saber a ciencia cierta la edad, máxime si la niña estaba cerca de cumplir los 13 años y que se trata de personas que viven en ámbito rural:

...donde predominan las uniones precoces, siendo común el desconocimiento de las edades de cada uno, frecuente el desarrollo engañosos y habitual de las mujeres, un entorno más o menos primitivo del que no surgen pautas claras de conducta, pudo haber existido un error inevitable sobre el punto, que por el beneficio de la duda, ha de discernirse en favor del apuntado. (sentencia 7012/2005 CC GP).

Es insostenible pensar que de conocer la verdadera edad y en su caso pedirle la partida de nacimiento, el imputado no accedería sexualmente a su víctima. No se tiene en cuenta que tal como está definido el tipo penal, se protege la libertad y la integridad sexual de las personas para decidir con quién mantener relaciones sexuales, por lo que con este tipo de decisiones se sigue ocultando la responsabilidad de los sujetos activos detrás de estos supuestos errores.

Cabe resaltar la diferencia que hacen los jueces entre niñas de un ámbito u otro (urbanas y rurales) para distinguir indebidamente como lo hacen, como si unas merecieran un tipo de protección y otras por el medio en que viven fueran merecedoras de otro.

En el caso 110/2001 CC 1 SR en imputado alega como argumento desincriminante la seducción y provocación de la niña de 12 años, cuestión que no es atendida por los jueces ante la evidencia de la paternidad del hijo de la víctima quien había quedado embarazada.

Estas explicaciones son posibles porque aunque el tipo penal proteja la integridad sexual, la interpretación que hacen los operadores se funda en el interjuego de violencia/resistencia que debe existir para que haya abuso sexual.

La protección a la integridad sexual de la niña brilla por su ausencia ya que la interpretación de los comportamientos sigue radicando en las consideraciones de moral sexual que la ley quiso desterrar.

8.c).-El carácter privado del hecho delictivo y la instancia privada

Hasta hace relativamente poco tiempo los niños/niñas tampoco eran sujetos de derecho y todavía hay que hacer un esfuerzo para que la Convención sobre Derechos del Niño y la ley 26061 sean efectivamente aplicadas. Recientemente se dictó en La Pampa la adhesión a esta última ley, mediante la ley provincial 2703.

Asimismo, los tecnicismos legales que suelen tenerse en cuenta cuando se trata de proteger los derechos de los adultos imputados, que han cometido delitos sexuales en perjuicio de menores de edad, son realmente lamentables. En el caso de niños/as víctimas de delitos sexuales pudimos observar que existe una tensión irresuelta entre garantizar los derechos constitucionales al imputado y los derechos que le corresponden a aquellos.

Así ocurrió en el caso de la sentencia n° 46/2006 CC 2 SR en la que se investigaba la comisión de un delito sexual contra una niña. Los camaristas acogieron el planteo de nulidad de la defensa del imputado basado en que al ser un delito de acción privada, debía constar en el expediente la denuncia

de los representantes legales de la niña. Como tal acto procesal no había sido efectuado ni se había ratificado la denuncia realizada por un agente de salud de establecimiento público, el delito quedó impune, aun cuando la fiscal efectuó la correspondiente acusación. No consta en la sentencia que la niña haya sido oída ni tan siquiera mención de alguna participación en el juicio a tono con la Convención de Derechos del Niño.

Cabe resaltar que al momento de la sentencia estaba vigente la ley 26061 que dice en su art. 3° in fine: *Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros* y estaba vigente la Convención de Belem do Para que ordena los Estados investigar y sancionar los crímenes basados en la violencia de género ⁷.

El carácter de delitos concernientes al ámbito privado se patentiza en que históricamente las mujeres y los niños/niñas quedaron fuera del pacto social y fueron objeto de tutela, sea por el *pater* o directamente por la regulación del Estado ⁸ y ello se revela en sentencia n° 46/2006 CC 2 SR antes comentada. Los jueces agregan que el padre de la niña ha manifestado que: *es su decisión mantener a resguardo lo más posible a su hija, teniendo en cuenta todo lo que está pasando con su enfermedad, no quiere exponerla más todavía* ⁹ y resaltan

⁷ No se duda que el imputado tiene derecho a un juicio justo, tanto como la niña a que el hecho no quede impune. Aquí el discurso jurídico desarrolla acabadamente la lógica binaria que lo caracteriza: condenar o absolver, mientras que el deber legal que les correspondía a los jueces era integrar de algún modo la ratificación de los representantes legales a la causa para defender el superior interés del niño. En tal sentido debe resignificarse y armonizarse los derechos de cada uno atento lo que dispone la última parte del art. 3 de la ley 26061. Desde la victimología como desde los estudios de género no se impulsan sanciones ni la vulneración de garantías constitucionales de los imputados Advertimos en esta sentencia que los rituales jurídicos y las prácticas acendradas de los operadores dificultan la aplicación de nuevas leyes y inaplican el paradigma de derechos del niño.

⁸ Dice Graziosi: “En el campo del derecho civil y del derecho penal, por el contrario la presencia regulada de lo femenino ha asumido el sentido, por un lado de una limitación de las libertades; por otro, de una regulación de los deberes específicos de las mujeres” (Ruiz, 2000:137)

⁹ Si cuando existe la posibilidad de una confrontación de derechos patrimoniales entre un menor y su representante legal, el Código Civil ordene designar un tutor ad-litem, debería usarse esa figura cuando hay derechos lesionados del menor y sus padres o representantes no hacen la denuncia o no la ratifican.

que la madre cuando concurrió al juzgado de instrucción no expresó allí su intención de formalizar ninguna denuncia ¹⁰. Habría que preguntarse si como víctima secundaria del delito cometido contra su hija, esa mamá sabía cuáles eran sus derechos.

Entre las consideraciones que los operadores hacen acerca de lo privado o de la privacidad e intimidad en que se cometen los delitos sexuales, en la sentencia 127/2004 CC 2 SR se puede leer: *Es indudable que este tipo de ilícitos contra la honestidad, se caracterizan esencialmente por la ausencia de testigos presenciales...*, lo que impulsa a sostener que todavía los operadores piensan que lo privado es el valladar a la intervención del Estado.

Respecto a por qué estos delitos son de instancia privada, los jueces dicen la sentencia 65/2000 CC 2 SR que:

...sin lugar a ninguna duda, el motivo que se ha tenido en cuenta, es la evitación del 'strepitus fori', el acrecentamiento del escándalo que puede llegar a causar el proceso, pudiendo el mismo causar una lesión mayor a la ya irrogada por el delito, al pudor, al ámbito de intimidad de la víctima. (sentencia 65/2000 CC 2 SR).

El problema aquí es la incompatibilidad entre integridad sexual e intimidad.

Sin perjuicio de cualquier desarrollo argumentativo que ensayen los operadores jurídicos lo cierto es que como dicen Baigún y Zaffaroni (2010) el principio de la instancia privada ha consagrado una prerrogativa a favor de la víctima y nunca podría convertirse en una garantía acordada al imputado.

El tema de la privacidad y de la instancia privada se relaciona fundamentalmente con la representación social que se tiene de la familia, por lo que también resultan importantes las alusiones a este grupo social.

10 De todos modos es errática la jurisprudencia sobre el alcance del art 72CP, ya que en otros casos las distintas Cámaras Criminales han dado curso a los debates (segunda parte del procedimiento penal) y han tenido por ratificada la denuncia del ilícito con la sola continuación de la acción penal por el Fiscal. En el caso 361/97 de la CC GP los jueces declararon la nulidad de la instrucción por vicios en la ratificación del ilícito. Se trataba de una enferma mental mayor de edad, supuestamente abusada por un enfermero del Hogar de Ancianos y su representante legal no había ratificado la denuncia. En otro caso, 65/2000 la CC2 SR no hizo lugar al planteo de nulidad efectuado por la defensa del imputado por falta de ratificación.

Si bien son más numerosas las regulaciones referidas a la institución familiar en el Código Civil, el Código Penal también contiene modelos de familia ¹¹ y para el derecho la familia es un reducto donde no interviene el Estado, aun cuando se vulneren bienes protegidos por el ordenamiento estatal.

Por ejemplo, la idea de mujer honesta, casta y pura que subyace a la configuración de los delitos sexuales y el comportamiento sexual en caso de adulterio, no puede ser entendida si no se consideraba que es el varón quien tiene el control social (delegado por el Estado) sobre la mujer y la progenie, de ahí que deba asegurar el origen de su descendencia y que el control de la honestidad sea un asunto privado.

El Estado encarga al pater el control social informal sobre las mujeres, es decir, permite controlar y sancionar los comportamientos que vulneren normas sociales o que no cumplan con las expectativas asociadas a un determinado género o rol. Aunque la familia sea considerada un espacio privado no por ello deja de estar sujeta a múltiples regulaciones (Donzelot, 1998).

Las mujeres están excluidas de la condición de ciudadanas en muchos aspectos y su palabra tiene menor valor social. Siguen siendo confinadas a un lugar: lo privado/doméstico en el que son indiscernibles; y con una función: la reproductiva, por ello el derecho penal parece no alcanzarlas y cuando lo hace es más riguroso que con los varones.

En igual sentido Baratta plantea que:

El derecho penal es un sistema de control específico que se ocupa de las relaciones de trabajo productivo y, por lo tanto, de las relaciones de propiedad, de la moral del trabajo y del orden público que las garanticen. En el ámbito de la reproducción, de las relaciones de pareja, de la procreación, de la familia y la socialización primaria, en otras palabras, el orden privado, no es objeto de control por parte del derecho penal, que equivale a decir el poder punitivo público. (Baratta en Ruiz, 2000:116).

Esta cuestión, además de remitirnos a la dicotomía público/privado, nos plantea la función simbólica que se le atribuye al derecho penal.

¹¹ La referencia a un tipo de familia estuvo dado por la tipificación del adulterio cuya configuración era distinta si lo cometía un varón o una mujer.

La normativa sobre los derechos de las mujeres y los niños/as trata de desacralizar esta noción iusprivatista de la familia, la idea de transformar lo privado en tema de discusión en la esfera pública refiere a lo que Fraser (1997) ha llamado la concepción posmoderna del ámbito público que estaría caracterizada por la inclusión en la agenda pública de temas hasta entonces invisibilizados u omitidos ¹².

8.d).- La veracidad o tendencia a la fabulación en el caso de los niños/niñas

Un rasgo revelador de la persistencia de prácticas judiciales contrarias al sentido de las leyes 25087 y 26061 se encuentra en las veces en que los operadores jurídicos ponen en entredicho las palabras o la versión de los hechos que dan los niños/niñas, a tal punto que en numerosas sentencias analizadas, se toma en cuenta para decidir a favor o en contra de sus intereses, la corroboración pericial de que ellos no fabulan.

El sesgo es evidente porque en otro tipo de delitos no se hacen semejantes alusiones a la veracidad con que se conduce la víctima o si ésta fabula. Nadie se le ocurriría peritar a la víctima de un robo o una estafa para asegurarse que no miente, simplemente se le cree.

En cuanto a cómo se analiza el testimonio de la víctima, parece que se necesita corroborar y dar fuerza a los dichos de la niña con la versión que de los hechos dan otros actores como la madre y la maestra, como se puede observar en este relato:

Analizando las pruebas obrantes en la causa, tenemos que la versión nos da el encartado, se encuentra desvirtuada, no solo con las manifestaciones de la denunciante, sino por los dichos propios de la menor que corroboran los dichos de su madre. Por otra parte, de las expresiones de la maestra de la menor, surge claramente que ésta cuando volvía a la escuela después del fin de semana, se comportaba de una manera que indudablemente demostraba que había tenido

12 Si bien la problemática excede el marco de esta investigación, creemos que el límite de lo que es politizable (en el sentido de volverse público) es discutible. Si todo se vuelve público estaríamos en un estado orwelliano en la que la intimidad no tendría lugar, pero utilizar el argumento de la intimidad para no investigar delitos cometidos en la familia, contra personas vulnerables es inaceptable.

problemas en su casa durante el descanso semanal. (sentencia 77/1995 CC 2 SR).

¿Por qué se realizan exhaustivas indagaciones acerca de la posible fabulación y mendacidad de niños/niñas abusados y no se aplican estos cuestionamientos a un denunciante de robo, accidente de tránsito o daño? La respuesta a este interrogante se relaciona con la forma en que el discurso de los operadores (des)trata a los sujetos más vulnerables y cómo circulan las ideas, las verdades y el poder en el campo jurídico.

En la sentencia 65/2000 CC2 SR se afirma:

Teniendo en cuenta lo expresado supra y las pruebas que fueron meritadas, el Tribunal considera que la menor (nombre de la niña) ha sido veraz en sus afirmaciones y que los hechos sucedieron tal como lo relata y que la postura exculpatoria esgrimida por el encartado, ha quedado desvirtuada en la causa.... (65/2000 CC2 SR).

En otro documento se dice:

Las versiones de los menores víctimas –que como se dijo en esencial son coincidentes- resultan creíbles pues tanto a su madre como al Juez de Instrucción le dieron la misma versión y por otra parte dicha credibilidad se ve avalada por el informe del médico siquiátra... (sentencia 96/2001 CC 2 SR).

Nuevamente se observa la necesidad de reforzar el testimonio de la víctima con otros elementos no para integrarlos sino para sostener los dichos de los niños/niñas.

8.e).- Las situaciones donde hay retractación y su interpretación

Si bien de los datos de las sentencias analizadas surge que no se demora más de un año entre la fecha de la denuncia y la del fallo, los documentos dan cuenta de cómo es vista la retractación o en su caso el cambio de versión de los hechos. Esto último nos lleva a situar la vivencia del delito sexual en un tiempo y lugar y con unas consecuencias determinadas en la experiencia de vida de la víctima.

Hemos hallado entre los fallos analizados, aquellos que toman en cuenta la retractación de la persona abusada como parte de la inverosimilitud de la versión del sujeto pasivo, y por ende no dan cuenta de las relaciones asimétricas de poder que se dan en las familias y que hacen que la retractación a veces sea la moneda de cambio para mantener los vínculos familiares, como decir borrón y cuenta nueva.

Además no es menos importante que durante la investigación los períodos o fases del ciclo de violencia se sucedan y puede ser que las víctimas sean influidas por otras personas del entorno para cambiar la versión de los hechos. Cabe recordar que en función de los montos de las penas los sujetos activos muchas veces quedan en libertad hasta que se realice el debate, por lo que en muchas ocasiones siguen conviviendo con la persona que han abusado.

En la sentencia se tiene en cuenta que:

(la menor) se negó a dar ningún tipo de explicación, una vez que le fuera leída su anterior declaración. Admitió haber concurrido a esta Cámara a hablar con el prosecretario, pidiendo 'levantar la denuncia'. Por último, lo único que expresó fue que quería que su padre quedara en libertad. (sentencia 5899/2003 CC GP)¹³.

En la sentencia 4509/2000 CC GP se sostiene:

Efectivamente (nombre de la víctima) a fs ... se retractó de su primera declaración aduciendo que fue instigada porex pareja de su padre para que invente toda la historia del abuso sexual... Esta versión fue sostenida por la víctima en la audiencia de debate ante preguntas del Tribunal, sobre si lo denunciado inicialmente había sucedido o no, respondió firmemente que no". "La retractación de fs... sostenida firmemente en la audiencia de debate por la supuesta víctima, crea, a mi entender, una duda razonable sobre la existencia o no del hecho. (sentencia 4509/2000 CC GP).

El voto en disidencia en la misma sentencia hace otra interpretación de

13 No consta que el tribunal haya ordenado ninguna ayuda terapéutica o de otro tipo en este caso para sostener a la víctima en sus dichos ante la situación de tener a su padre detenido, teniendo en cuenta que ya estaba en vigencia la ley 1918 tampoco existen constancias que algún organismo del Poder Judicial haya intervenido a estos fines. La elaboración que hacen las víctimas de lo sucedido tampoco cuenta para el Tribunal. Lo importante es que la víctima se desdijo. Recién en 2013 aparece una sentencia (12/13 del TIP) donde se dice que al relato de las víctimas no puede exigírsele rigurosa lógica.

la retractación:

En los delitos de abuso de menores, como lo hemos visto en más de una ocasión al juzgarlos, el menor, que en un esfuerzo supremo, ha conseguido zafar del sometimiento de que era objeto, luego al tener que afrontar aun el descreimiento de otros familiares y aún más las consecuencias sobre él mismo proyectadas, opta por escuchar los consejos para que se retracte. (sentencia 4509/2000 CC GP).

Este juez expresa que hay otros elementos de prueba acreditativas del hecho y se muestra más sensible a la situación de dominación que viven los niños y niñas que hacen público los hechos delictivos. Vemos así, los usos que se pueden hacer de la articulación público/privado para evitar la revictimización.

En la sentencia 7302/06 CC GP directamente ante las inconsistencias de la víctima, el Fiscal no formula acusación, pero tampoco consta que se haya empoderado a la víctima durante la secuela del juicio ni que nadie hubiera ayudado a su mamá. Se trataba de una niña abusada por su padre y por su hermano y los jueces terminan diciendo que:

Pues bien estamos, estamos ante un ejemplo de lo contrario, porque son variados y múltiples los defectos que rodean las sucesivas declaraciones de la supuesta afectada. Así, cambió sus dichos, no dio razones ni aportó detalles, silenció nombres bajo la forma de apodos y lo que es más grave, dijo ante este Cuerpo que mintió, acusando a su hermano de ser responsable de su embarazo, para potenciar dramáticamente sus afirmaciones. No solo esto es grave como conducta moral sino que además, representa un indicador terminante del nulo valor de sus afirmaciones. (sentencia 7302/06 CC GP).

En esta causa tampoco hay indicios de que se haya realizado alguna apoyatura o empoderamiento a la joven ni consta que se haya realizado un examen genético para descartar el abuso intrafamiliar ante la evidencia del embarazo.

En la causa 7687/2007 CC GP no pudo obviarse la situación familiar que vivía la niña como para dejar de analizar ese dato ante su retractación. Para decidir por la absolucón, los jueces dejan constancia de que la niña de 10 años, no pudo precisar fecha ni hora del hecho, se desdijo y negó todo con naturalidad, que lo hizo por celos porque el victimario estaba de novio con su

abuela, por lo que el Fiscal no acusa y como consecuencia los jueces absuelven.

8.f).- La naturalización del uso del cuerpo de los niños/as en una sentencia paradigmática

En la sentencia 7425/2006 de la CC GP encontramos un ejemplo de cómo se naturaliza el uso y abuso del cuerpo de los niños y cómo están legitimadas en la cultura ciertas prácticas contrarias al ideal de la ley de respetar y proteger la integridad y libertad sexuales de las personas. La protección de los derechos de los niños / as brilla por su ausencia.

El caso se trata del padre imputado de abuso sexual calificado por el vínculo cometido en perjuicio de uno de los hijos que al momento del hecho tenía 10 años. El victimario ya había sido sobreseído por hechos similares cometidos en perjuicio de otros hijos y quedó constancia de que

En su declaración indagatoria el inculpado niega los dichos de (nombre del hijo) agregando que es al único al que nunca le tocó el pito o la cola ya que con sus otros hijos y su nieto es algo que hace en forma natural como un juego. (sentencia 7425/2006 de la CC GP).

El fallo absuelve al imputado aunque se registra un voto en disidencia. El problema de los jueces de la mayoría se circunscribe a lo estrictamente probatorio.

Sorprendentemente la absolución se basa en la siguiente discordancia: mientras los testimonios de las maestras dicen que el niño les había contado que el padre lo tocaba por arriba de la ropa, el profesor de educación física había testimoniado que lo tocaba por debajo de las prendas.

Ante tamaña ‘contradicción’ -que parece no poder ser subsanada con un careo o alguna otra prueba-, para los jueces

...no surge indubitable la connotación sexual dolosa, impúdica o libidinosa por parte del encartado. Más allá de la crítica que pueda merecer el ‘jugar’ tocando rápidamente la zona genital de sus hijos o nietos, como lo refiere, no existen los elementos necesarios para tipificar el delito imputado”.... “Descrito así los hechos (y más allá de si existen o no pruebas suficientes para darlos por ciertos), no existen elementos de juicio que permitan atribuirle al proceder del imputado una intención de abusar sexualmente del menor, más

allá de lo desaconsejables o impropios que resulten este tipo de tocamientos por parte de los progenitores”... “la circunstancia de que al tiempo de ser examinado (2006), presentara síntomas de haber sufrido abusos sexuales no prueba en modo alguno que ellos hayan sido producidos por (nombre del padre) mediante los hechos que motivaron esta acusación, ni que haya actuado en esta ocasión con la intención de abusar de su hijo. (sentencia 7425/2006 de la CC GP).

Son realmente asombrosas e impresentables las argumentaciones esgrimidas por los jueces de la mayoría para exculpar al imputado, desautorizar a testigos y peritos y salvar al padre.

La ley 25087 no habla de que en los delitos sexuales haya que probar la intención del autor para condenar, lo que se preserva es la integridad de la víctima y si el hecho existió, fue abusivo, ‘*impropio y desaconsejable*’ en términos de los jueces, se dio en una relación de autoridad entre el padre y el niño, pues hay delito.

La jueza que vota en disidencia justamente alude a que no es indispensable la finalidad libidinosa ni el abuso debe estar guiado por la intención de satisfacer impulsos sexuales de quien lo comete sino que:

...si el acto tiene objetivamente por sí mismo un sentido sexual o impúdico, igualmente ataca aquel bien, aunque el agente no haya querido...Adviértase, por tanto que el concepto de abuso no solo hace referencia a la ilegalidad del lacto, sino también y fundamentalmente a su indebida intrusión a la esfera de lo sexual... el límite determinativo del abuso deshonesto está dado por la duda acerca de la objetividad del ultraje y no por la duda acerca de la intención ultrajan te del agente... el aspecto subjetivo está referido a la víctima, no al ofensor. (sentencia 7425/2006 de la CC GP).

Seguidamente la jueza dice que con los testimonios y las pruebas periciales infiere que:

...la conducta desarrollada por el encartado se encuadra tipificada en la figura contemplada en el art 119 del CP y que la misma ha producido en la víctima daños psíquicos, que conforme los profesionales asistentes del niño, será muy gravoso repara. (sentencia 7425/2006 de la CC GP).

Da por hecho que el padre realizaba tocamientos y que éstos

...producían en la víctima las lógicas reacciones de una mente perturbada por los sucesos a que era sometido por su progenitor; a quien ama, por instinto no le tiene miedo, pero que altera la comprensión que de los valores morales tiene una persona a la edad en que protagoniza (nombre de la víctima) los hechos acontecidos. (sentencia 7425/2006 de la CC GP) ¹⁴.

8.g).- la consideración de la violencia familiar en la comisión de delitos sexuales

Sin perjuicio de dedicar un acápite a los delitos sexuales cometidos contra mujeres adultas, en este punto adelantamos las consideraciones que se plasman en las sentencias acerca de las violencias que viven las familias.

En el caso de los delitos sexuales cometidos contra niños y niñas, es inusual el uso de la fuerza física ¹⁵ para cometer el hecho, ya que el imputado logra acceder al cuerpo de la víctima en base a la relación de autoridad, confianza y prevalencia de la que goza. La clandestinidad típica del delito, el hecho de ser pariente, padre, hermano, abuelo, concubino de la madre o de la abuela, vecino o conocido de su familia, hacen que no siempre se requiera de violencia física. Sí es usual encontrar en el relato de las sentencias menciones a antecedentes de violencia familiar ejercida por los imputados sobre todos los miembros de ese grupo.

Que no siempre sea necesario la fuerza física, no significa -como lo confunde la sentencia 3891/1998 CC GP- que haya seducción y se erotice a la niña, como hemos dicho. Por el contrario son situaciones caracterizadas por la violencia síquica, el temor, la subordinación, el sometimiento económico; pero

¹⁴ No tenemos constancia que el fiscal del caso haya apelado esta sentencia, lo que si queda en claro es el desafecto de los magistrados a la particular situación de un niño sometido a prácticas sexuales por su propio padre y la inutilidad de las reformas legales si los operadores no se van a apropiarse de las ideas en las que está inspirada la nueva norma. Habían pasado siete años desde la modificación del tipo penal. Tampoco hay que descontar que la ‘diferencia la hace una mujer, jueza sustituta en ese momento. No es motivo de este trabajo, pero es sumamente interesante la propuesta de investigación de Malleson respecto a si las mujeres en la magistratura hacen la diferencia o no.

¹⁵ En otras relaciones tampoco es necesario el recurso a la violencia física como tampoco es esperable la *resistencia*. Por ejemplo en el caso 74/2001 CC 2 SR en la que se condena a un entrenador de fútbol. Aquí seguramente la relación estaba basada en la confianza y en el trato que es dable esperar del entrenador y el niño alumnos de la escuela de fútbol.

estos procesos donde hay que componer un complejo escenario de relaciones violentas, no es fácil de hacer para los operadores jurídicos.

En la sentencia 58/2000 CC 2 SR se da cuenta de la situación de violencia familiar. El imputado del delito era padre de una de las víctimas y padrastro de la otra, ambas hijas de su concubina. Se deja constancia que una de las niñas se resistía:

Que ella se resistía, pero él la agarraba de 'prepo' y no pudo determinar si en esas oportunidades pudo penetrarla, porque a raíz de la resistencia de la misma, le era difícil hacerlo, aunque ella sentía mucho dolor. Que la misma actitud tenía su padrastro con su hermana. Que su madre sabía todo ello, pero en lugar de defenderlas, estaba de parte de su concubino y ambos (madre y padrastro) las golpeaban".... "tanto su madre como (nombre del imputado) la preparaban, le decían lo que tenía que decir cuando iba a Familia y Menor... (58/2000 CC 2 SR).

En causa 49/2003 CC 2 SR, también se deja constancia en varias partes del fallo de los episodios de violencia familiar.

Si bien el imputado manifiesta que

...vive con la denunciante, habiéndose casado con ésta hace dos años. Que cuando se juntó con (la madre de la víctima) la víctima tenía tres o cuatro años... Nunca tuvo problemas con (nombre de la víctima) ni con ninguno de los hijos de la denunciante. (49/2003 CC 2 SR).

sin embargo, uno de los niños dice:

Que (el victimario) le pegaba a todos como así también a su mamá, pegándole al dicente cuando éste se portaba mal... no entraba al dormitorio cuando (el victimario) estaba con su hermana, porque imaginaba lo que podía estar pasando... (49/2003 CC 2 SR).

En cambio la madre de los niños se encuentra en una situación tal que ha internalizado la violencia a la que está sujeta tanto como para decir:

...nunca vio nada y tampoco sospechó... que hubo oportunidades en que fue víctima de maltratos físicos por parte de aquel....expresa que se separó de su marido durante aproximadamente cuatro meses, volviéndose a juntar... que luego de juntarse no volvió a tener problemas de convivencia y además sus hijos tiene buena relación con (nombre del imputado) (49/2003 CC 2 SR).

En otro caso la madre también se encuentra en una situación de violencia, tanto como para sostener:

...abusaba de la hija delante de ella, y no denunció esos hechos porque su marido es muy violento y le tenía mucho miedo...se pone violento cuando bebe en demasía...recalcó que abusaba de la niña al principio a las 'perdidas', pero últimamente lo hace cada fin de semana... (sentencia 38/2000 CC 2 SR).

Aquí la paralización de la madre es total. Tomando el relato de la niña, la sentencia dice:

Destacó que cuando abusaba de ella estaba presente la madre, y ello ocurría en su casa. Dijo que su padre la agarraba, le decía que se saque la ropa, que vaya a la cama, después cierra todo, y su mamá se queda mirando porque no puede hacer nada. (sentencia 38/2000 CC 2 SR).

La naturalización de la violencia a que son sometidas los miembros de la familia y la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los chicos, llega al extremo en algunos casos: en la sentencia 7540/2006 CC GP el hermano de la víctima dice que el imputado le pegaba a su mamá y a él: *una vez le pegó pero no recuerda por qué fue. Que no lo quiere por lo que le hace a su hermana* y en la sentencia 85/2000 CC2 SR el imputado niega el abuso sexual y dice: *Que con su hija no se llevaba bien y que algunas veces tuvo que pegarle para que entendiera, pero que bajo ningún concepto realizó el acto que se le imputa.*

Evidentemente la intención parece no ser tanto *pegar* sino *poner en su lugar* a cada quien, poner los límites y que quede claro quién manda.

En la sentencia 122/2002 CC 2 SR se condena al agresor tanto por el abuso sexual agravado por la situación de convivencia preexistente como por el delito de amenazas, aunque no es común que cuando del relato surge la comisión de otras conductas tipificadas penalmente, se haga la respectiva instrucción penal.

Lo mismo pasa en causas 29/2000 CC GP y 7540/2006 CC GP y en la antes mencionada sentencia 38/2000 CC 2 SR en que también se condena por lesiones. En la sentencia 68/2005 CC 2 SR se condena por abuso sexual con

acceso carnal agravado como delito continuado en concurso real con amenazas con armas ¹⁶.

Otra práctica que parece pasar desapercibida son los reconocimientos filiales que se hacen de los niños por quienes son los concubinos o maridos de las madres pero no son sus padres biológicos. Esta casuística no es vista como una forma de violencia contra niños/niñas, y sin dudas son casos en los que el derecho a la identidad de los niños/niñas es vulnerado.

El estado civil es asumido por un extraño y en los casos de abuso agravado por el vínculo o de aprovechamiento de la situación de convivencia, los jueces no hacen un reproche penal al imputado ¹⁷. No caben dudas que éstas son prácticas propias del sistema patriarcal que delimita el parentesco, los hijos se tratan como si fueran parte del patrimonio y se emplaza a los niños/as en un estatus familiar que puede no ser el verdadero; se transgrede el principio 3° de la Declaración de Derechos del Niño ¹⁸.

Tampoco surge de las sentencias que se investiguen las fugas de las niñas/os del hogar ante situaciones de violencia, las que al menos como dato de la realidad aparecen en dos sentencias (29/2000 y 121/2002 ambas de la CC 2 SR). Puede ello deberse a que el fuero competente que investiga las fugas o la desaparición de personas menores de edad es el de Familia y el Menor, pero por lo menos alguna relación entre los expedientes debiera haber. El campo jurídico se presenta taxativamente compartimentado.

¹⁶ Analizamos el uso de armas y una particular interpretación de los jueces en el acápite dedicado a los delitos sexuales de adultas.

¹⁷ Podría ser pasible del delito de supresión o sustitución de estado civil e identidad.

¹⁸ En una sentencia que queda fuera del lapso temporal escogido en esta investigación y que fue dictada recientemente en 2013. Se trataba de un abuso sexual contra una niña, que quedó embarazada del concubino de su hermana. El imputado y la hermana de la víctima crían al niño nacido mientras que la niña abusada fue institucionalizada. Se lee en el texto de la sentencia que la niña abusada le debe decir 'hermanito' a su propio hijo cuando lo puede ver. Una crítica a las intervenciones del estado y a la judicialización de la familia puede verse en Nicolini (2011) y una referencia a los procedimientos de 'secuestro' y 'restitución' como operaciones terapéuticas puede verse en Calmes y Mendez (2007). Estas autoras hablan de la dificultad de crear estrategias intermedias entre la endogamia familiar (dejar el niño/a abusado en la familia) y la institucionalización estatal-jurídica.

Como corolario de este acápite, más allá de las imprecisiones y ambigüedades de la ley 25087 y lo que ésta quiere poner en discusión corroboran la idea de que de tanto en tanto se ponen en cuestión las reglas de juego que se utilizan en el campo jurídico, es decir ante ciertos cambios sociales y ante la mayor conciencia de la dignidad y derechos de las personas, es el propio discurso jurídico que se ve interpelado y conmovido por fuerzas externas.

Lleva tiempo y un gran esfuerzo interpretativo hacer que las palabras de la ley se transformen en prácticas aceptadas y legitimadas por los operadores jurídicos. Es importante destacar que pasados varios años de la ley 25.087 se siga pensando, actuando y sintiendo por parte de los jueces y otros funcionarios judiciales con los esquemas basados en: la “honestidad”, en la “vestimenta provocativa”¹⁹, en la “hora de la noche propicia para...”, “que hacía sola en ese lugar” y otros por el estilo, que solo denotan la pobreza moral de quienes así se manifiestan.

Para comprender estos aspectos del discurso jurídico, la teoría de género ha hecho aportes al análisis de los fundamentos del derecho, tema que desarrollamos en el punto siguiente.

Bibliografía

Asúa Batarrita, Adela (2008): El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias Jurisprudenciales. En Laurenzo, Patricia y otras. Género, violencia y derecho Editores del Puerto Buenos Aires. pp 101/136.

Baigun, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl (2010): Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. T 4°. Editorial Hammurabi. Buenos Aires.

Baratta, Alessandro (2000): El paradigma de género desde la cuestión

¹⁹ En la sentencia 6/1999 CC 2 SR se alude a que la víctima del abuso sexual perpetrado en la calle, a la salida de una confitería, vestía una pollera. En la sentencia 13/2003 la víctima que fue agredida sexualmente en el patio de su casa, vestía pantalón joggins. También en la sentencia 20/2000CC 2 SR se dan detalles de la vestimenta de una mujer que a las 5,30hs de la mañana estaba levantándose para ir al trabajo cuando fue abordada dentro de su casa por un desconocido que intentó abusar de ella. Pareciera que estos detalles son fundantes para descubrir el delito, dependiendo de qué ropa lleve la víctima se mide la intensidad de la vulneración del bien protegido.

criminal hacia la cuestión humana. En Ruiz, Alicia E. C. Identidad femenina y discurso jurídico. Editorial Biblos. Buenos Aires. pp 99/134.

Calmels, Julieta y Mendez, María Laura (2007): *El incesto: un síntoma social. Una perspectiva interdisciplinaria. Biblos Buenos Aires.*

Donzelot, Jacques (1998): *La policía de las familias. Pre-Textos. Valencia.*

Fontana, Beatriz (2004): *De vergüenzas y secretos. Consideraciones sobre la violencia sexual en la pareja. Editorial Espacio. Buenos Aires.*

Graziosi, Marina (2000): *Infirmas sexus. La mujer en el imaginario penal. En Ruiz, Alicia E. C. Identidad femenina y discurso jurídico. Editorial Biblos. Buenos Aires. pp 135/177.*

Hercovich, Inés (1997): *El enigma de la violación sexual. Biblos. Buenos Aires.*

Malleon, Kate (2008): *La justificación de la igualdad de género en la magistratura: por qué la diferencia no funciona. En Revista de la Universidad de Palermo http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a8n1.html consulta del 23 de octubre de 2013.*

Marchiori, Hilda (1998): *Criminología. La víctima del delito. Editorial Porrúa México.*

Nicolini, Graciela (2011): *Judicialización de la vida familiar. Lectura desde el Trabajo social. Editorial Espacio. Buenos Aires.*

9).- LOS CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL CONTRA MUJERES ADULTAS EN LA MUESTRA SELECCIONADA

Por Daniela M. J. Zaikoski Biscay

De acuerdo al relevamiento de sentencias, entre 1995 y 2007 se registraron 15 delitos sexuales a mujeres adultas y dos hechos que involucraron a más de una víctima.

Respecto de este dato objetivo, pensamos que no se debe soslayar: en primer término, el carácter de instancia privada del delito sexual, máxime si se trata de adultas quienes pueden ‘elegir’ hacer o no la denuncia; en segundo lugar, el impacto que puede tener la cifra negra del delito en general y del delito sexual cometido contra adultas en particular y en tercer lugar, la escasa casi nula visibilización de la violencia sexual dentro de la pareja o el matrimonio.

Sea como sea entendida la violencia sexual contra las mujeres, el problema no es tanto la legislación (leyes de violencia de género, tipificación de nuevos delitos, modificación al tipo penal de la violencia sexual) sino más bien, se requiere la aplicación de la perspectiva de género, para poder hacer efectivos los derechos dispuestos en las normas y corresponde exigir un esfuerzo para lograr la modificación de los patrones culturales subsistentes.

Dentro de los patrones culturales, los mitos juegan un rol de ostensible

importancia a la hora de convalidar y legitimar la violencia sexual contra mujeres adultas. Rodríguez (2001) analiza las creencias falsas que circulan y que se resisten a ser modificadas.

Existe toda una gama de prejuicios que se despliega para justificar la violencia machista: que los varones violan porque pierden el control, que a las mujeres las atacan en lugares oscuros, callejones etc.; que la víctima provoca a su agresor o que las mujeres nunca hacen lo suficiente para evitarlo.

En ese sentido, las sentencias que analizamos a continuación mantienen estereotipos de género, que jerarquizan o convalidan la posición de los victimarios y desoyen las voces de las mujeres por lo que no hacen más que omitir la interpretación y aplicación de los nuevos paradigmas contenidos en las normas.

Lo que falta es tener perspectiva de género. Para Maffia:

...la perspectiva de género torna visibles las desigualdades e inequidades existentes entre hombres y mujeres por razón de su sexo y reconoce que esta desigualdad no es un producto de la naturaleza sino una construcción social, y por lo tanto, puede ser modificada. (en Rodríguez, 2007:9)

Si como hemos dicho, los procesos por los cuales se oscurecen las demandas de las mujeres son operaciones de deshistorización, cargadas de una enorme violencia simbólica; la perspectiva de género puede ofrecer una pauta para desenmascarar las estrategias que despliega el discurso dominante plasmado en gran parte en el discurso jurídico.

En el caso 3527/97 CC GP se investigaba la comisión del delito de violación contra una adulta discapacitada. Víctima y victimario eran conocidos. Dado que no pudo saber qué grado de deficiencia mental tenía la víctima, aunque la deficiencia mental era notoria a simple vista y a pesar que los jueces dijeron que el varón tenía rasgos sicopáticos, el hombre fue absuelto y mereció solamente un reproche moral, absolutamente impropio del sistema jurídico.

Según los jueces no quedó probado que la víctima se resistiera ni los jueces tuvieron en cuenta que una víctima adulta pero con una comprensión mental de una niña de 11 años, es vulnerable.

...creo que (el imputado) actuó con una especie de conocimiento eventual al respecto, se representó la probabilidad de existencia de un acentuado grado de inferioridad mental en la víctima, pero no le importó en absoluto. Es elocuente el marcado desprecio, por sus semejantes, que esta actitud del acusado comporta, pero no es suficiente para atribuir responsabilidad penal... El eterno conflicto del hombre: El fuerte aprovechándose del débil. Más allá de todo reproche penal, existe el reproche ético...Cada cual en este escenario sabrá en qué lado está el bien, a quien hay que reconfortar y a quién reprobar; amonestar, corregir...(sentencia 3527/97 CC GP).

Es cierto que cada cual sabe de qué lado estar, solo que los jueces no eligieron estar del lado del más débil.

La jurisprudencia es de lo más desconcertante. En otro caso, el de una mujer adulta mayor, internada en el hospital y que fuera accedida por un sujeto desconocido que había ingresado al nosocomio, los jueces si bien condenan al agresor sexual, insisten con la resistencia que en esas circunstancias de postración no pudo oponer la víctima (sentencia 63/2000 CC 1 SR).

A diferencia del caso anterior en que los involucrados se conocían, en éste son desconocidos. Otra distinción de la sentencia 63/2000 CC 1 SR es la situación en que se halla la víctima: parece ser que la enfermedad y debilidad física tiene distinto peso que la debilidad o deficiencia mental, a la hora de resolver.

En otras dos sentencias en las que se trataba de la investigación del delito de abuso sexual con acceso carnal, el problema que se presenta es la opción por la aplicación del tipo en grado de tentativa.

En la sentencia 20/2000 CC 2 SR, durante el ataque, la víctima argumenta tener sida por lo que el agresor -que era menor de edad- solo provoca tocamientos propios del tipo penal de abuso simple. La condena que se fija es menor y se basa en circunstancias ajenas a la intención del delincuente que lo hacen desistir. El tipo no requiere averiguar la intención, sino comprobar objetivamente la vulneración a la integridad sexual.

En el otro caso resuelto en la sentencia 13/2000 CC 2 SR hay disidencias acerca del tipo penal aplicable y por mayoría de votos condenan por abuso

sexual con acceso carnal.

La víctima del delito tenía puesto un tampón, y esa circunstancia sirve de apoyo a la tesis minoritaria de que el acceso no pudo ser efectuado como lo requiere el tipo penal, que exige la consumación. La cuestión a dilucidar para este juez era cuánto había penetrado el miembro viril en la vagina de la víctima.

Sea como fuera, más o menos penetración, lo que merece verdadera atención en ambos casos es que se les impuso a las víctimas un acto de contenido sexual contra su voluntad.

Ambos causas -20/2000 CC 2 SR y 13/2000 CC 2 SR- están basados en hechos cometidos luego de la reforma de la ley 25087, pero la libertad y la integridad sexual no son objeto ni siquiera de mención en las sentencias.

Como ya habíamos señalado, es escasamente visibilizada la violencia sexual en el matrimonio o en la pareja. No hay casos de esposas que denuncien a su marido como agresor sexual. En cambio sí hemos encontrado casos donde mujeres ex parejas de sus victimarios los denuncian y la justicia no les otorga importancia o descrea de lo que a las mujeres les pasa.

En la causa 3/97 CC 1 SR se investigaban los delitos de violación en grado de tentativa en concurso con lesiones leves. No se tuvo por acreditado la violencia sexual debido a las distintas versiones que sobre el hecho hizo la denunciante. A pesar de que se acreditaron las lesiones en varias partes del cuerpo con prueba pericial médica, tampoco se condenó al agresor por esta conducta.

En tanto la sentencia divagó por cuestiones totalmente accesorias referidas a una discusión entre la partes y a una fiesta a la que habrían concurrido, parece que no hay problemas con que un hombre entre a la casa de la ex pareja, la desvista y la golpee.

En la sentencia 7708/2007 CC GP se investigaban tres ilícitos cometidos en tres oportunidades distintas contra la víctima: abuso sexual con acceso carnal, lesiones graves y violación del domicilio. Los involucrados habían vivido en pareja por lo cual los hechos podrían haberse enmarcado en la ley 1918 como violencia familiar perpetrada por algún miembro del grupo familiar (arts. 2

y 3 Ley 1918). Tener presente los antecedentes de violencia familiar hubiera permitido ver la entrelínea del caso y el sometimiento de la mujer.

A pesar de que se comprobó la relación sexual los jueces sostuvieron:

Si bien es cierto que pudo no haber existido deseo de realizar el acto en el fuero íntimo de la denunciante, lo cierto es que la relación con su ex pareja, con la que convivió por un tiempo prolongado, no fue resistida ni siquiera con expresiones que dejaran claro su falta de consentimiento. (sentencia 7708/2007 CC GP).

Las lesiones graves acreditadas en la misma causa quedaron sin sanción, ya que no hubo acusación al respecto. La acusación se formuló por lesiones leves. ¿Un error del Fiscal?

La violación de domicilio no pudo ser acreditada porque los únicos que la alegaron fueron terceros que declararon como testigos.

Los operadores no pudieron/quisieron percatarse del perfil violento del imputado, ni del ciclo de violencia o del estado de terror en que se encuentran las víctimas de violencia de género. ¿Si vivieron por largo tiempo, por qué no seguir así un poquito más? Pedir ayuda ¿para qué?.

Por último en otra causa, 86/2002 CC 1 SR ocurren hechos similares. La pareja se había separado, él la fue a buscar desde un pueblo hasta la capital, ella viajó con él hasta una pequeña localidad. Allí él la sometió sexualmente pero los jueces consideraron que a pesar del uso de un cuchillo para amenazarla, haberla encerrado en un galpón, haber alejado a un posible testigo que llegó hasta el galpón debido a los gritos de auxilio de la víctima, no hubo relación sexual forzada.

Del relato de la sentencia surge que el imputado mantuvo relaciones sexuales ‘normales’ con la víctima. Evidentemente el concepto de normalidad que tienen algunos jueces debe ser puesto en discusión.

Por otra parte, de la misma sentencia surge que después del episodio de violencia sexual, la señora se enojó y empezó a golpearse contra un ropero. Si la señora se autoinflingió golpes, ¿por qué condenaron al imputado por lesiones leves?. Incomprensible. ¿No se podía inferir que las marcas de violencia física

de la víctima eran más compatibles con el ataque sexual que con los golpes contra el ropero?

En los casos de violencia sexual en la que víctima y victimario son personas desconocidas entre sí, la justicia aparece ser más proclive a creer en el relato de las mujeres.

Hallamos las causas 18/1998 CC 1 SR y 66/1999 CC 1 SR.

En la primera dos individuos hicieron salir de un auto a la víctima quien se encontraba con su novio. La alejaron del vehículo y mientras uno de los sujetos la amenazaba de uso de armas, el otro la sometió sexualmente. Además despojaron al joven de algunas pertenencias.

Respecto a la violencia sexual, los jueces pusieron énfasis en que el relato de la víctima fue coherente y que ésta no pudo resistir, por ello condenaron a los agresores.

En el segundo caso, el hecho comenzó a desarrollarse en el centro de la ciudad cuando un sujeto abordó a una señora que volvía del supermercado con su hija de tres años. Después de recorrer un largo trayecto ¹ caminando durante el cual amenazó por la espalda a la mujer con un objeto envuelto en una campera, llegaron a un descampado en el otro extremo de la ciudad y el sujeto trató de violarla, delante de la niña.

Luego el hombre logró escapar y gracias al relato de la señora y el actuar de unos señores que la encontraron cerca del hecho, logran aprehender al presunto violador. Los jueces al momento del debate oral tomaron en cuenta el evidente estado de shock en que se encontraba la víctima, la prueba pericial y la declaración de los testigos a quienes les pareció que la señora no mentía, ya que vieron sus ropas llenas de yuyos. En consecuencia condenan por violación en grado de tentativa.

¹ Por lo que surge de la sentencia el trayecto recorrido obligadamente y bajo amenaza del agresor fue de al menos cinco kilómetros. Nunca se pudo saber con qué objeto fue amenazada la señora. La sentencia deja constancia que una testigo vio y saludó a la señora cuando cruzaba una avenida, pero la testigo no supuso que caminaba bajo amenaza.

Teniendo en cuenta los aportes de la perspectiva de género² los operadores del derecho pueden poner en cuestión la idea de que los vínculos entre mujeres y varones son relaciones naturalizadas, estereotipadas y rígidas detectando los problemas y pueden desde su lugar proponer soluciones.

El movimiento de mujeres, la mayor consideración acerca de los derechos de las mujeres y la aplicación de la perspectiva de género, hicieron que la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires ordenara revisar el fallo “Avalos, Francisco Domingo s/Recurso de Casación”³ causa 18.560 del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires o que en la provincia de La Pampa el Tribunal de Impugnación Penal disponga el cumplimiento de la Convención de Belem do Para y ordene a los jueces de instancias inferiores instruir y conocer debidamente las casos de violencia contra las mujeres⁴ o para que la *probation* no proceda en casos de violencia de género⁵ aunque su aplicación y uso todavía resulten excepcionales. Los aportes de paradigma victimológico y de protección de los derechos humanos de las mujeres son lenta y demoradamente apropiados por los operadores jurídicos.

Estas sentencias, en que los hechos se comenten contra mujeres adultas entre conocidos o no, suponen, como dice Estrich (2010) la construcción de dos categorías: es verdadera violación cuando el agresor es un desconocido y si no, compartiendo los argumento los Fontana (2004), cuando la violencia es marital o en la pareja está tan oculta y es tan vergonzante que los operadores no

2 El uso del enfoque de género establecido en el art. 7 inc d) de la ley 26485 y por el que deberá estar presente en todas las medidas, en la ejecución de disposiciones normativas, articulando interinstitucionalmente y coordinando recursos presupuestarios ha permitido la construcción doctrinaria y jurisprudencial de fallos notables como L.N.P y L.M.R

3 Se trataba de un pastor acusado por abuso sexual con acceso carnal agravado por ser ministro de un culto en concurso ideal con dos hechos de promoción de la corrupción de menor de edad calificado por intimidación, todos en concurso real. El Tribunal de Casación Penal reduce la pena porque absuelve del delito de corrupción. La Suprema Corte de Buenos Aires revisó el fallo y mandó a dictar una sentencia nueva a otro tribunal conforme surge de www.pensamientopenal.org.ar/una-sentencia-anulada-por-discriminatoria recuperado el 26/02/2012.

4 Fallo “Robledo, Roberto Ricardo s/ recurso de impugnación” legajo 280/2011.

5 Fallo “Calle Aliaga, Marcelo s/Recurso de Casación” CNCP 30711/2010. También caso Góngora de la Corte Suprema de Justicia dela Nación.

pueden comprender el caso en las norma de protección a la integridad sexual de las mujeres.

Bibliografía

Estrich, Susan (2010): Violación. En Di Corleto, Julieta. Justicia, género y violencia. Libreria. Buenos Aires. pp 57/84.

Fontana, Beatriz (2004): De vergüenzas y secretos. Consideraciones sobre la violencia sexual en la pareja. Editorial Espacio. Buenos Aires.

Maffia, Diana (2007) Prólogo. En Rodríguez, Marcela V. (Directora): Reformas judiciales, acceso a la justicia y género. Ciepp y Ediciones del Puerto Buenos Aires Argentina pp I y II.

Rodríguez, Marcela (ed) (2001): Violencia contra las Mujeres y políticas públicas. Tendiendo un puente entre la teoría y la práctica. CNUAH Unifem y Campaña de las Naciones Unidas por los derechos de las Mujeres. Centro Municipal de Vicente Lopez. Olivos.

10).- LAS REPRESENTACIONES SOCIALES DE LOS OPERADORES JURÍDICOS

Por Daniela M.J. Zaikoski Biscay

La lectura de las sentencias nos ha permitido observar cómo los operadores construyen la imagen de las mujeres, de los niños y niñas y cómo funcionan las garantías de los derechos de los distintos sujetos en el tránsito por el sistema penal.

Según Jodelet (1986) las representaciones sociales son imágenes que condensan un conjunto de significados, son sistemas de referencia que permiten interpretar lo que sucede. Son categorías que sirven para clasificar a las personas, los fenómenos, se pueden establecer los hechos a partir de las representaciones sociales.

Aquí lo que interesa es que este concepto remite a la dialéctica permanente entre lo social y lo individual, a la idea de que la cotidianidad es un proceso y dado que es social, puede transformarse. Concierno dice la autora, a cómo aprehendemos los acontecimientos de la vida diaria, refiere al conocimiento espontáneo o de sentido común.

El discurso que se elabora a partir de las representaciones sociales, al igual que el conocimiento de sentido común, se comunica a través del

sistema educativo y de la tradición. Es conocimiento elaborado y compartido socialmente, además es un conocimiento práctico.

La representación social se define por sus contenidos: informaciones, imágenes, opiniones, actitudes y se relaciona con un objeto, un acontecimiento. Por otro lado, en la representación social de un individuo, de la familia, de un grupo se representa a algo o a alguien.

En el terreno del derecho, pareciera que el carácter técnico de lo jurídico desplaza el conocimiento de sentido común. Parece que el derecho circula socialmente con más fuerza que éste, pero en realidad ambos se entrecruzan y yuxtaponen reforzándose mutuamente, generando representaciones sociales¹ acerca de: La organización familiar y las mujeres, la imagen de una mujer vengativa o rencorosa, los delitos sexuales y la sexualidad y el hombre proveedor que abusa y viola mientras la mujer trabaja.

En lo que sigue desarrollamos cómo se forman y circulan esas representaciones sociales en el relato que surge de las sentencias.

10.a).- La organización familiar y las mujeres

En el marco del grupo familiar, las mujeres tienen un rol tradicionalmente asociado a lo reproductivo, en el sentido de ser las personas encargadas de la socialización como mecanismo de mantenimiento del *statu quo*, aun cuando salgan a trabajar y sean proveedoras. A su vez, la sexualidad gira alrededor de la maternidad y es vista como la situación normal. De allí que las llamadas *figuras de la madre* de Tubert (1996) se describan como la forma que cada cultura en cada momento construye el ideal de mujer madre y qué lugar le da en esa comunidad.

Abelleira (s/f) plantea el caso del rol de la madre o de quien ocupe su lugar: prefiere hablar de participación antes de complicidad; la madre puede estar destituida de su función parental por la propia dinámica de violencia

¹ Sin perjuicio que éste no es un trabajo sobre representaciones sociales estrictamente, compartimos con Arruda (2010) que la teoría de las representaciones sociales y el feminismo nacen en una coyuntura histórica donde se quiebran paradigmas científicos muy acendrados y ambos proveen de nuevas herramientas a distintos campos de conocimiento

existente en la familia. La postura de la autora comprende la necesidad de un reacomodamiento de todos los integrantes de la familia.

Teubal (s/f) apunta:

El lugar central que en la cultura detenta la figura materna como responsable principal en la crianza de los hijos, hace objeto frecuente de un escrutinio poco comprensivo de la problemática del ASI (abuso sexual infantil) de sus hijos victimizadas por parte de una amplia gama de profesionales y organismos que están implicados en la intervención, lo cual abre la discusión referida a la madre como posible víctima también.

Así como se construye un determinado perfil de buena mujer, surge también el de la otra, que puede ser la figura de la prostituta, o para el caso la figura de la mala madre, como la contracara de la primera.

Dado que como habíamos dicho, el control social informal sobre el ámbito privado/doméstico lo tienen los hombres, si surge algún problema con la esposa o la madre, estos se solucionan por la vía de la medicalización (intervención de siquiatras, médicos, operadores sociales) antes que por la vía represiva, más que una desviación se trata de una debilidad o una patología.

A pesar de los cambios, el hogar es el primer ámbito de reclusión, allí se enmarca la vida cotidiana, asimilada a lo privado y al hogar. Éste puede convertirse en un espacio de violencia invisibilizada por otros discursos, incluso el normativo. De las sentencias surgen datos descriptivos de las casas, de las habitaciones, del orden del hogar. También de la situación de hacinamiento o promiscuidad que terminan convirtiéndose en elementos que prescriben o justifican ciertas intervenciones estatales sobre la familia.

A modo de ejemplo, en la sentencia 3525/1997 CC GP se condena al guardador de las niñas y concubino de la madre por violación calificada y se justifica la intervención de las agencias estatales. Allí se menciona que

La oportuna intervención del Servicio de Violencia Familiar ... permitió revertir una situación altamente victimizante....La actuación de las asistentes sociales avocadas al caso, dio ocasión a la toma de conciencia de la problemática del grupo familiar por parte de la madre de la víctima... la que en un principio era refractaria a aceptar que ella y sus hijas se encontraban inmersas en un gravísimo problema de violencia familiar... (sentencia 3525/1997 CC GP).

Los padres fueron sometidos a tratamiento por parte del Servicio, al haberse advertido grados de alcoholismo, como así también agresividad...era una familia nómada por cuanto no tenía domicilio fijo...Esta situación, continuó diciendo la testigo,, la puso en conocimiento del Departamento de Violencia Familiar... (sentencia 5/2000 CC 2 SR)

En estos casos puede observarse los alcances de la intervención social en las familias y cómo se extiende el control social a través del uso de los informes o testimonios que elaboran las agencias y que son incorporados en las causas penales, lo que no siempre equivale a un mayor beneficio ². De todos modos a fines de evitar los procesos de revictimización es importante que las intervenciones de la policía, de los equipos técnicos, de las oficinas de violencia familiar sean amigables. Una intervención indiferente revictimiza y agrava la fractura síquica que puede tener la persona implicada como sujeto pasivo del delito.

Por otra parte, la imagen que tiene el derecho penal de las mujeres es dicotómica: si son activas es posible que la violencia sexual no sea violación; si no denuncian son pasivas y convalidan un sistema que en general no responsabiliza al agresor. Después de más de diez años de vigencia de la ley 25087 las sentencias aún mantienen estas representaciones ancladas en imágenes de buena mujer, sumisa, casta, madre y esposa.

Con esto queda claro que la Mujer es una creación ideal, mientras que las mujeres de carne y hueso -según quiénes sean, qué información posean, con qué capital social y cultural cuenten, los medios que tengan a su disposición y la tolerancia o fortaleza que presenten frente a los procesos de victimización- son las que quedan atrapadas o protegidas según el caso, por el derecho penal, sus ritos, sus códigos, sus operadores, sus instituciones.

En la sentencia 29/2000 CC 2 SR se sostiene a partir de una pericia siquiátrica que: *la señora, sometida a la orden de su esposo, si bien se muestra más permeable, se encuentra con serias limitaciones para enfrentar por sí*

² Para un estudio sobre las intervenciones estatales en la familia puede verse Nicolini (2011).

sola la problemática. La señora quiere (proteger o atender o cuidar a sus hijas) pero no puede; y en consecuencia no es una buena madre. Si se utilizara la perspectiva de género, en vez de obediencia se vería sumisión y violencia hacia esa mujer.

La buena madre es fundamentalmente abnegada, capaz de entregar lo que no tiene por su progeñe. Difícilmente se la ve como sometida a las violencias que ejerce el victimario en la familia. Hemos transcripto partes de relatos de sentencias en que las madres *nada* pueden hacer.

En la sentencia 31/2005 CC 2 SR queda patente la situación de violencia en que se encontraba la madre ya que queda constancia que cuando la llamaban a la escuela e iba con su marido no hablaba, pero cuando concurría sola se explayaba y contaba que con aquel discutían y que el mismo le pegaba a ella y a los chicos. De lo expuesto, puede ver que no se trata de una imposibilidad material o de una inhabilidad parental (aunque por supuesto las hay), sino que deben buscar un lugar de escucha sensible, sobre todo si después hay que volver a la misma casa a cohabitar con el violento.

En cambio, el juzgamiento que se hace de la madre queda sintetizado:

El momento de la consumación, lo fue en usencia de la madre, la que, según los informes ambientales y de los vecinos, poco permanecía en el hogar, dejando a las criaturas a la deriva... como dato destacable a partir de la ya mencionada pericia socio-ambiental a cargo de ..., se advirtió un total desorden familiar afectivo y material... con roles alterados que tanto detectaron la citada asistente social, como el perito sicólogo... (sentencia 3889/1998CR GP).

Lo más terrible es que en otra parte de la sentencia los jueces dicen que los hechos se cometieron cuando la señora estaba internada. ¿Cómo va poder estar en su casa cuidando a los niños si estaba internada?, ¿por qué adjudicarle una responsabilidad que de ninguna manera tiene oportunidad de cumplir?

En otro caso, en el que se obtiene la condena del autor, también se deja constancia de las ausencias de la madre, quien viajaba al Hospital de Santa Rosa y al Hospital Garrahan para la asistencia médica de uno de sus hijos (sentencia 8/2007 CC 1 SR). Si bien no se la culpa del hecho, queda evidenciado la serie

de dificultades que tienen que afrontar las madres y la situación de desamparo que sufren.

También hay relatos en las sentencias que hemos transcripto en que las mujeres creen estar asistidas por su parejas proveedoras y que, si se mira más detenida y profundamente, son ellas las que se encargan de la manutención del hogar, por lo que tienen internalizada la relación de sometimiento.

Hay madres que se sorprenden porque no sabían qué estaba pasando, otras que se ponen del lado del victimario y otras que creen cuando se enteran.

En la sentencia 3525/1997 CC GP se condena al guardador de las niñas y concubino de la madre por violación calificada. Allí se menciona que la madre era refractaria a reconocer el problema que vivían con sus hijas: *Por un tiempo optó por apoyar a su concubino y desconocer lo que (nombre de la víctima) y su otra hija en conflicto pretendían comunicarle. No las escuchaba, y si oía algo, no les creía.*

El relato se centra en detallar cómo fue cambiando la reacción de la mujer, la importancia que tuvo el hecho de escuchar de su propia pareja que ésta había tenido relaciones con su hija y cómo la intervención de las asistentes sociales hizo que empezara a creer en el relato de la niña. Ese es el momento en que según los jueces, la madre

...hizo la opción correcta, sabiendo que perdía algunas cosas en la alternativa, pero conseguía lo más valioso: el enriquecido afecto de sus hijas y una nueva vida, alejada del laberinto de violencias en el que había vivido. (sentencia 3525/1997 CC GP).

Estas manifestaciones son parte de una batería de recursos argumentativos ajenos a lo estrictamente jurídico, que remiten a una forma particular de entender la familia y la relación parental. La familia y la figura de la madre están esencializadas, forma parte de lo que *debe ser*. No se entrevé el carácter social de la relación que el grupo tenía, la madre puede cambiar porque las relaciones parentales se construyen, son sociales. Para rematar el carácter moral de la relación que se debe tener con los hijos y dejar clara la opción que hay que hacer los jueces dicen, atendiendo a sus representaciones sociales:

Expuso claramente sus tribulaciones y sus dudas al Tribunal, las que tuvo como mujer y como madre, antes de elaborar el duelo y esclarecer sus ideas. El proceso le llevó un tiempo, pero ya sabe con certeza quién la engañó a ella y maltrató y humilló a sus hijas y dónde está lo valioso: e la verdad, aunque duela y en el afecto sincero. (sentencia 3525/1997 CC GP).

La familia es representada de muy disímiles maneras. Hay sentencias en que las familias presentan irregularidades que ameritan sustituirlas en la crianza de los niños/as (sentencia 5/2000 CC 2 SR) cuestiones que están a cargo de organismo del Estado como la Dirección Familia y Niñez, Dirección de Violencia Familiar o directamente por disposición del Juzgado de la Familia y el Menor con activa intervención de trabajadores sociales quienes dictaminan según se les solicite, lo que nos remite al control social y cómo las agencias del Estado intervienen, tal como lo señalábamos más arriba.

Para demostrar que las madres también pueden contener a sus hijos en momentos cruciales en la sentencia 3518/1997 CC GP los jueces dicen:

(la niña) desconfiaba de su madre, en tanto pensaba que la iba a culpar por lo sucedido, pero que después de hablar y contar lo vivido, ya no desconfía más, porque su mamá le explicó que ella no tiene la culpa. (sentencia 3518/1997 CC GP).

En otro orden de cosas, en las familias también se ubica al padre. En estos delitos su participación es la de un actor de reparto, salvo que sea el victimario. Acompaña a hacer la denuncia, va al hospital, es consultado por la madre cuando hay que ir a la policía y es el que increpa al victimario cuando es un conocido o el vecino quien ha cometido el hecho.

En un sentencia se rescata su participación en tanto se le adjudica la voluntad de expresar que los representantes legales no ratificarán la denuncia efectuada por el médico, decisión que toma para proteger a su hija (sentencia 46/2006 CC 2 SR) con lo que se decreta la nulidad de las actuaciones.

Lo cierto es que existen falsas ideas en relación a las familias, a sus armonías y conflictos que en los tiempos actuales no puede servir de excusas para ocultar a madres golpeadoras, padres violadores o poner a ese grupo

humano como fundante de la solidaridad y el amor humano. De hecho en dos casos de niños ³ que estaban bajo el cuidado de familias de contención también se produjeron abusos (sentencias 6707/2005 CC GP y 6691/2005 CC GP).

10.b).- La imagen de una mujer vengativa o rencorosa

También en las representaciones sociales se sostiene aquellas imágenes de la mujer como un ser que debido a su irracionalidad y pasionalidad está llamado a lograr lo que se propone por cualquier medio (Larrauri, 2008). Así los imputados (a quienes siendo hombres les corresponde la parte jerarquizada de la dicotomía sexual y por lo tanto son seres racionales) recrean la imagen de la mujer rencorosa o vengativa, ‘que se las cobra’ contra ellos, cuando intentan neutralizar la responsabilidad por los hechos delictuosos. En estos casos la mujer, generalmente madre de las víctimas inventa o crea una situación para perjudicarlos.

En la causa 45/2003CC 1 SR se deja constancia que:

Preguntado por qué motivo cree que sus hijas manifestaron ser abusadas sexualmente por el deponente, expresó que lo ignora, suponiendo que la madre de las chicas le puede haber preparado una trampa, desconociendo los motivos. (sentencia 45/2003CC 1 SR).

En otro caso conforme surge de la sentencia 6543/2005 CC GP en la que se reproducen las excusas del imputado:

Pretender sostener técnicamente la puerilidad de la defensa material de (nombre del victimario) en la clásica teoría del complot familiar para sacarlo de la casa, me parece un camino defensivo equivocado...⁴ (sentencia 6543/2005 CC GP).

En una sentencia de abuso sexual intrafamiliar cometido por el padre contra la hija de 4 años se deja constancia que: *El acusado negó su autoría en*

³ En el caso de la sentencia 6691/2005CC GP el niño era discapacitado. Cuando llega a la mayoría de edad denuncia el ilícito, pero los jueces no tuvieron por acreditados los hechos porque durante la convivencia el niño no había comentado nada.

⁴ Encuadraría en la tipología de mujer instrumental de Larrauri (2008) que denuncia para quedarse con la casa.

el hecho imputado y atribuyó la acusación, a una fabulación de la menor, a instancias de la madre. (sentencia 6601/2004 CC GP).

10.c).-Los delitos sexuales y la sexualidad

La homosexualidad también es construida como una representación social desviada o indeseable de la sexualidad. Los tipos penales han sido contruidos para sancionar las conductas sexuales violentas de los heterosexuales.

Hemos encontrado en la muestra dos sentencias referidas a la homosexualidad.

En una de ellas (sentencia 79/1995 CC 2 SR) el hecho de ser adulto y no resistir el ataque sexual de otro adulto lleva a pensar que se es homosexual y que entre los homosexuales no hay violación posible. La persona sometida a un acto sexual es representada como la parte femenina de la relación sexual y su palabra e imputaciones en el juicio no tienen valor.

Hay que asegurarse que la víctima pudo resistir. De ahí que sean necesario revisar el cuerpo del varón supuestamente violado quien, según en perito médico:

... tiene la fuerza muscular de los miembros superiores conservada, al igual que la movilización del tronco, excepto que tiene una disminución en la flexión de la columna en forma manifiesta, pero advierte que (nombre de la víctima) se moviliza en forma correcta, de manera tal, que tiene los medios adecuados para oponer resistencia a cualquier tipo de violencia ejercida sobre su persona y por lo tanto resistirse al acceso carnal. (sentencia 79/1995 CC 2 SR)

Por otra parte, el perito siquiatra dice que no observa en ambos sujetos tendencia evidentes de homosexualidad o desviación de las conductas sexuales y los jueces completan: *...no obstante lo expresado por el forense, no registrar rasgos de homosexualidad, tampoco debe descartarse que haya accedido voluntariamente a mantener relaciones sexuales...* (recordemos que se movilizaba bien como para poder resistirse).

La conjugación de los discursos médico y jurídico, la representación social de la homosexualidad como desviación de la sexualidad normal (para los

jueces habría un solo modo de manifestar la sexualidad: la heterosexualidad) y que el encartado era una persona ‘intachable’ según los dichos de los testigos, orientan el caso hacia una solución prevista: la absolución del imputado.

En otro documento se trataba de la supuesta corrupción del padre hacia el hijo menor. Lo que se intenta averiguar es si:

... (el imputado) con su accionar incitó a su hijo a que se corrompa en una desviación de la sexualidad, como podría ser en este supuesto, la homosexualidad....Ahora bien, se debe partir de la base que no se llegó a consumar el acto sexual ‘contra natura’, ya que indudablemente y a los efectos de establecer lo explicitado ut supra, resulta esencial la diferencia, teniendo en cuenta que son situaciones (si ha existido o no penetración), que influyen o por lo menos pueden influir de manera diferente en la psiquis del menor víctima....Es indudable que no resulta posible determinar si en el futuro, el menor (nombre) a consecuencia de lo vivido podría llegar a tener problemas relacionados con la sexualidad... (sentencia 38/2005 CC 2 SR).

Cabe preguntarse qué es *contra natura* para los jueces: ¿el acto sexual incestuoso en sí mismo o la circunstancia de que como es un niño no tenga vagina? En este caso no sería también *contra natura* hacerlo con una hija mujer. Por dónde pasa la desviación: ¿por el padre o por el hijo? ¿La hija no tendría problemas con su sexualidad si fuera abusada por la vagina, por la boca o *contra natura*? ¿Solo tendrían disfunciones sexuales los hijos varones incestuados? Las representaciones sociales que circulan del sentido común no tienen demasiadas diferencias con aquellas que circulan en otros ámbitos que al menos debieran ser más eruditos y menos prejuiciosos. Queda en claro en estas sentencias que la sexualidad es cuestión de orificios, ciertas partes del cuerpo, daño físico y una normalidad/normalización sexual que la violación viene a alterar.

En la sentencia 122/2002 CC 2 SR se retoma el dictamen de la perito sicóloga en cuanto dice que: *La menor evidencia angustia y ansiedad por la situación vivenciada, probablemente esta situación va a afectar el desarrollo de su sexualidad.*

También en la sentencia 33/1999 CC 2 SR se da cuenta de la afectación en el desarrollo de la sexualidad a partir de un hecho abusivo. El perito siquiatria apunta que la niña: *Muestra aparentes secuelas en el área de la sexualidad de*

tipo pos traumáticas y los jueces recogen tales apreciaciones y dicen:

... el autor efectuó tocamientos de indudable contenido libidinoso en el cuerpo de la menor sobre todo en la zona genital, contando la misma con once años de edad. Dicha acción resultó absolutamente abusiva y deshonesta, habida cuenta, precisamente de la edad de la menor y la circunstancia de la relación estrecha entre ambos protagonistas (el imputado es padrino de la víctima), y puede repercutir desfavorablemente en aquella en cuanto al sentido de la sexualidad. (33/1999 CC 2 SR).

Para condenar por corrupción de menores agravada en forma reiterada los jueces dicen:

...se estima que se dan las circunstancias tipificantes el ilícito sostenido por la acusación, atento a la naturaleza de los actos del actor efectuados sobre las menores, en algún caso, estando ambas presentes o efectuadas simultáneamente a las dos, los que evidentemente, poseen la entidad como para desviar la sexualidad de las menores, no solo por su corta edad, sino por las características de aquellos, que indudablemente excedieron de lo normal. (sentencia 5/2000 CC 2 SR).

10.d).-El hombre proveedor que abusa y viola mientras la mujer trabaja

La idea de que el hombre por serle asignada la esfera pública y del mercado es el proveedor de la manutención del hogar y la familia es también una representación social alejada de la realidad. A decir verdad la sumisión aprendida de las mujeres en situación de violencia las hace sentir que le deben algo al marido, pareja o concubino.

Hemos detectado numerosas causas en que las mujeres salen a trabajar y el hombre se queda en la casa, y no justamente a hacer las tareas domésticas. Su modo de proveer al cuidado de los niños y niñas no parece ser muy convencional.

Si bien el testimonio de (nombre del testigo) y de (nombre del testigo) en la Audiencia de Debate, en lo central no comprometieron al imputado, evidentemente y como lo sostiene el informe de la Dirección de Familia del Ministerio de Bienestar Social, existió de parte de dichos testigos por la relación con los involucra dos, una actitud de ocultamiento ya que la prioridad económica y laboral están por encima de todo”... “no prosiguió la denunciante dicho trámite, por lo ya especificado en cuanto a priorizar la cuestión económica

y laboral del jefe de hogar; habida cuenta de la gran cantidad de hijos que tiene. (sentencia 78/2001 CC 2 SR).

En la sentencia 49/2004 CC 1 SR se justifica la retractación de la niña en una clara manipulación para no perjudicar al esposo de su madre. Así según el relato que se hace de los hechos, la niña tuvo una primera versión inculpatoria que el Tribunal toma para condenar, y luego se retracta.

La licenciada (nombre de la perito) consideró que esta nueva versión estaba directamente vinculada al aspecto económico familiar; en cuanto (nombre del imputado) era el sostén del grupo, dato que, en las entrevistas aparecieron como motivadores del cambio para favorecer al sujeto a juicio. (sentencia 49/2004 CC 1 SR).

En la sentencia 45/2003 CC 1 SR se deja constancia que la mujer “*siempre se las arregló sola con sus hijos, ya que nunca tuvo ayuda económica para mantenerlos*”. Sin embargo su pareja cada tanto se instalaba en su casa y cometía los abusos cuando ella iba al trabajo.

Al analizar el carácter privado del delito surgen también menciones a que los hechos se cometen cuando la madre sale a trabajar o a llevar a los niños/as al hospital, con la seguridad de que se quedan solos con sus víctimas durante su ausencia y sabiendo de antemano que durante esos lapsos no serán molestados. Es el caso de los hechos relatados en la sentencia 6543/2005 CC GP, 8/2007 CC 1 SR, entre otras.

A veces el retraso en denunciar se debe a que la madre no sabe adónde ir después de dar intervención a la policía. La causa 177/2008 CC 1 SR da cuenta de esta situación. La señora después de advertir cambios en la conducta de su hija, dice que tardó en radicar la denuncia debido a que no tenía adonde ir, a sabiendas que cuando lo hiciera debería retirarse de la vivienda del abusador.

Bibliografía

Abelleira, Hilda (s/f): *El abuso sexual infantil en la familia. Catástrofe en los vínculos. Complejidades del abordaje interdisciplinario.* Disponible en <http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/123456789/> consulta del 10/09/2011.

Arruda, Angela (2010): *Teoría de las representaciones sociales y teoría de género.* En Blazquez Graf et al (2010). *Investigación feminista. Epistemología, metodología y representaciones sociales.* UNAM, México. pp 317-337

Jodelet, Denise (1986): *La representación social: fenómenos, conceptos y teoría.* En S. Moscovici: *Psicología Social II. Pensamiento y vida social. Psicología social y problemas sociales.* Paidós. Barcelona, Buenos Aires, México. pp 496-494.

Larrauri, Elena (2008): *Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial.* En Laurenzo, Patricia y otras. *Género, violencia y derecho.* Editores del Puerto Buenos Aires. pp. 249/262

Nicolini, Graciela (2011): *Judicialización de la vida familiar. Lectura desde el Trabajo social.* Editorial Espacio. Buenos Aires.

Teubal, Ruth (s/f): *Las madres frente al abuso sexual infantil intrafamiliar de sus hijos ¿son víctimas?* Disponible en <http://revinut.udea.edu.co/index.php/revistraso/article/view/5280/4641> consultado el 04/09/2011.

Tubert, Silvia (ed) (1996): *Figuras de madre. Feminismos.* Ediciones Cátedra. Madrid.

11).- CARACTERIZACIÓN DEL NIÑO ABUSADO SEXUALMENTE EN LAS SENTENCIAS DE LAS CÁMARAS CRIMINALES DE SANTA ROSA, DURANTE LOS AÑOS 2008, 2009 Y 2010 ¹

Por Anabel Surin

En este capítulo damos cuenta de los resultados de la investigación en lo que refiere al abuso sexual infanto-juvenil y su caracterización a partir del análisis de las sentencias de las cámaras criminales de la ciudad de Santa Rosa, La Pampa durante los años 2008 a 2010.

En tal sentido, algunas consideraciones vertidas en artículos anteriores vuelven a reiterarse aplicadas a este nuevo corpus documental pero enfocadas en el tema que nos convoca.

Consideramos conveniente aproximarnos a dos conceptos fundamentales con los que vamos a trabajar, por un lado cómo define la niñez la Convención de los Derechos del Niño define a la niñez en su artículo 1°:

¹ Capítulo desarrollado a partir de la ponencia “Caracterización del niño abusado sexualmente en las sentencias de las Cámaras Criminales de Santa Rosa, durante los años 2008, 2009 y 2010” publicada en Actas del XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica nov 2012 ISBN 978-950-673-992-8.

“Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Por otro lado, y sin perjuicio de los conceptos que ya se han expuesto, agregamos el concepto de abuso sexual infantil como lo ha definido la Organización Mundial de la Salud (OMS) que lo define como el hecho de:

...involucrar a un niño en actividades sexuales que no llega a comprender totalmente, a las cuales no está en condiciones de dar consentimiento informado, o para las cuales esta evolutivamente inmaduro y tampoco puede dar consentimiento, o en actividades sexuales que transgreden las leyes o las restricciones sociales. El abuso sexual infantil se manifiesta en actividades entre un niño/a y un adulto/a, o entre un niño/a y otro/a que, por su edad o por su desarrollo, se encuentra en posición de responsabilidad, confianza o poder. Estas actividades –cuyo fin es gratificar o satisfacer las necesidades de otra persona- abarcan pero no se limitan a: la inducción a que un niño/a se involucre en cualquier tipo de actividad sexual ilegal, la explotación de niños/as a través de la prostitución o de otras formas de prácticas sexuales ilegales y la explotación de niños/as en la producción de materiales y exhibiciones pornográficas”.

Sobre este marco de trabajo ² expondremos diferentes datos que resultan de las sentencias analizadas, las características de las familias de los niños/as abusados sexualmente que pudieron institucionalizar la experiencia traumática del abuso sexual, aproximarnos a la temática de la revictimización sufrida por niños/as que transcurren por un proceso penal y por ultimo dar cuenta de los resultados cuantitativos de la investigación: los tipos de delitos que se juzgan, las penas impuestas a los victimarios, el carácter de la condena, en este caso si dichas penas son aplicadas en suspenso o si por el contrario son de efectivo cumplimiento.

² No podemos dejar de señalar que como dice Cortes Arboleda (Canton Duarte y Cortes Arboleda, 2011) resulta difícil conceptualizar el abuso sexual infantil por varias razones, entre ellas cómo se define la niñez en los distintos países, que son según las prácticas históricas las relaciones sexuales. La autora señala que la sinonimia entre abuso sexual y trauma, vejación, explotación reflejan más bien la perspectiva de los adultos e implican daños, cuando en realidad se omite la perspectiva del niño/a que no siempre puede conllevar daños visibles.

11.1).- El entorno familiar y el niño/a abusado sexualmente

Como ya apuntamos precedentemente, consideramos la familia como un grupo, como una ‘organización social’. Al escuchar el concepto de familia, la primera imagen o la primera idea que se nos forma es la de familia que hemos tenido y más corrientemente, lo que se ha denominado la familia tipo: papá, mamá, hermanos, en lo posible un varón papá y una mamá mujer. Esta idea representa lo que se llama el estereotipo de familia y en otra parte de este trabajo es la que hemos caracterizado como familia nuclear.

Pero en los últimos años se han ido produciendo modificaciones en la composición y la concepción de lo que son ‘las familias’. Aunque esos cambios no son totales ya que ciertos estereotipos siguen arraigados (modelo patriarcal, donde el varón se ocupa del sostenimiento de la familia ³ en el ámbito de las cuestiones públicas y la mujer se avoca a las cuestiones privadas del hogar, sumado en la actualidad a su trabajo o profesión), no podemos desconocer que el concepto de ‘familias’ se ha ampliado y ha ido variando con los años ya que nos encontramos frente a familias ensambladas, familias monoparentales, familias de parejas homosexuales, legitimadas por la nueva ley de matrimonio igualitario 26.618 y el creciente ejercicio intercambiable de los roles parentales, entre los más notorios.

La familia como organización social tiene diferentes funciones en las distintas sociedades y a través del tiempo: asegurar el cuidado, alimentación, satisfacción de las necesidades básicas del niño/a, facilitar al niño/a junto con las instituciones educativas la socialización, siendo imprescindible la familia en las primeras etapas de la vida, es por ello que cumple una función básicamente de cuidado y protección.

Realizamos esta descripción de la familia porque nos interesa hacer notar que el Abuso Sexual Infantil se produce en la generalidad de los casos en el ámbito intrafamiliar, tal como ha quedado corroborado antes y lo que surge de las sentencias correspondientes a los años 2008-2010.

El abusador es generalmente un familiar o conocido del niño/a, es una

³ Esta idea del hombre proveedor se analizó en el capítulo anterior.

persona cercana a su entorno, fundamentalmente confiable o que busca ganar la confianza. En escasas ocasiones es un desconocido, por lo que esa cercanía con el niño/a hace a la oportunidad. Esta situación choca con lo que más arriba definimos como las funciones de la institución familiar, ya que se le encomienda la contención de los niños/as por un lado y por el otro esa vulnerabilidad que caracteriza al niño/a es aprovechada por el victimario para cometer los abusos.

Consideramos que gran parte del rechazo que genera en la sociedad este tipo de delitos se produce en esa dicotomía que existe en la figura del cuidador/victimario, en la tensión que se produce entre el abusador y la figura de lo que el derecho ha denominado ‘el buen padre de familia’⁴.

Funcionan como modelos a seguir cuando se quiere significar o hacer referencias a las obligaciones, deberes y facultades que una persona tiene en una relación jurídica de cualquier tipo, un modelo a seguir, es decir el modelo de padre que cuida de su familia y la sostiene sobre todo como mencionamos antes, en el ámbito público.

Como se ha apuntado más arriba, los casos de abuso sexual infantil intrafamiliar, no suelen ser hechos aislados y su prevención y atención requiere de adultos significativos para el niño/a.

Normalmente, se genera un proceso de participación entre víctima y victimario, donde el niño/a sufre diferentes sentimientos de culpa, angustia, cambios en el carácter, retraimiento, se manifiesta generalmente un bajo rendimiento escolar, desarrollando lo que desde la psicología se ha llamado “disociación”, que consiste en desarrollar un mecanismo de defensa para poder continuar con sus vidas, no siendo así, conscientes del horror en el que viven.

La literatura sobre el tema afirma que los niños/as abusados sexualmente también presentan conductas hipersexualizadas para la edad, trastornos en el sueño o en la alimentación, o no presentan directamente ninguno de estos

⁴ Podría decirse que la idea de buen padre o buena madre funcionan como tipos ideales, como los construye Weber. Son conceptos indeterminados que se caracterizan según las geografías y los tiempos.

síntomas, lo cierto es que pueden darse como no ⁵, ya que así como no hay un perfil del abusador, tampoco lo hay de forma matemática del niño abusado.

11.2).- El abuso sexual como forma extrema de maltrato infantil

En la literatura se da cuenta de que existen diferentes formas de maltrato del cual un niño/a puede ser víctima, uno de los cuales es el Abuso Sexual Infantil (ASI).

Según Bringiotti (en Giberti, 2009:212) hay tres formas activas básicas del maltrato infantil son: el maltrato físico, el maltrato emocional y el ASI como formas activas de maltrato y dos formas pasivas: el abandono físico y abandono emocional.

La dificultad radica en definir estos tipos de maltrato y hasta donde llega el denominado ‘poder de corrección’ ⁶ que poseen los padres y adultos sobre los niños/as hijos/as, teniendo en cuenta que éstos son sujetos de derechos con poder de decisión dentro de lo que se ha llamado ‘capacidad progresiva’ y no una propiedad de aquellos de la que puedan disponer.

También en esta cuestión entra en juego la constitución de la subjetividad de cada niño/a con respecto a la tolerancia o no de la violencia o naturalización de determinadas situaciones que se viven en su ámbito familiar, ya que la víctima tiene que poder codificar como una situación anormal lo que está vivenciando para poder reaccionar en la medida de las posibilidades ante esa situación, entendiendo que son los mayores quienes deben estar alerta y los que tienen discernimiento para comprender la anormalidad de la situación

El problema entonces es que si el niño/a tiene naturalizada la situación de maltrato no va a presentar signos visibles de rechazo ante lo vivido, no solo en

⁵ En las sentencias más viejas casi no hay registro de la intervención de las disciplinas ‘psi’ o ‘sociales’ por ello la mención de sintomatología de los niños está ausente. Estas sentencias en general trabajan más sobre el testimonio de la víctima que sobre pruebas que puedan aportar los peritos.

⁶ Para advertir el carácter histórico de los poderes de corrección puede verse Herrera, Marisa y Spaventa, Verónica: ‘Vigilar y castigar ...:el poder de corrección de los padres’. En Revista de la Universidad de Palermo disponible en http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-10/10Jurica02.pdf, consulta del 21 de octubre de 2013.

situaciones de abuso, sino en cualquier otro tipo de maltrato ⁷.

Estas situaciones de maltrato o de abandono (físico o emocional) son las que propician o facilitan el ASI, ya que si de por si los niños/as son un grupo vulnerable, estos hechos los deja aún más desprotegidos: serían los más vulnerables de los vulnerables.

En ocasiones el perpetrador es el sostén económico de la familia, o es quien proporciona la vivienda a la familia del niño/a abusado, y es entonces donde se entremezclan cuestiones que hacen que se retrase el pedido de ayuda o la denuncia por no poder resolver esa situación de dependencia con el abusador, perpetuándose en el tiempo la situación de abuso sexual del niño/a. O simplemente el niño/a recurre a un adulto contándole lo que sucede y este desecha la posibilidad de que sea verdad por creer que el niño/a esta fabulando o falseando la verdad.

11.3).- ¿Qué nos muestran las sentencias?

En cuanto a las 20 sentencias de la Cámara en lo Criminal Uno de la ciudad de Santa Rosa, La Pampa, que abarcan los años los años 2008, 2009 y 2010 y en las que se investiga la comisión de abuso sexual infantil, se desprende que:

a).-Como dato revelador, las 22 víctimas de delitos contra la integridad sexual de las sentencias de abuso sexual dictadas en el transcurso de ese lapso son menores de 18 años, 20 niñas y dos niños.

b).-En 15 casos de los 20 casos analizados el Abuso Sexual Infantil tuvo el carácter de **intrafamiliar**. En 4 de los 5 casos restantes el perpetrador era un amigo de la familia o un vecino, mientras que solo en un caso el hecho fue cometido por desconocido.

c).-En 10 de los 20 casos analizados, las sentencias dejan constancia que la familia (ya sea nuclear, monoparental o ensamblada) tenía antecedentes

⁷ De esto puede inferirse la complejidad del diagnóstico del abuso sexual, ya que como dice Intebi (2013) hay distintos tipos de indicadores, más o menos específicos para corroborar la situación.

de **violencia familiar**, y en tres de esos 10 casos los jueces destacan que la violencia se exacerbaba por el consumo excesivo de alcohol, justificando de ese modo la sentencia dictada cuando en realidad el consumo de alcohol u otras sustancias es un disparador, un factor de riesgo que puede tener factores que lo compensen. En dos de esos 10 casos con hechos de violencia familiar, los organismos pertinentes institucionalizaron a los niños/as en familias de contención.

d).-La violencia intrafamiliar se expresa con la modalidad de violencia física (golpes tanto hacia la víctima abusada como hacia otros integrantes de la familia); en otro caso la violencia se manifiesta en el suministro de pastillas somníferas que el victimario utilizaba para facilitar los abusos. También se reiteraron en diferentes casos el aislamiento social que forzosamente el abusador ejercía sobre sus víctimas negándole el contacto con amistades o familiares.

e).- En cinco casos el abusador es reincidente o registra algún antecedente de abuso sexual previo, en uno de los casos con la madre de la víctima.

f).- En cuatro de los casos, las sentencias destacan precariedad habitacional en que se encontraban las víctimas, dejan constancia de que dormían en la misma habitación que el abusador en un caso, o compartiendo los tres niños/as abusados la misma cama. En otro de los casos la familia vivía en una pieza que un familiar le había prestado, este último resulta ser el abusador de la niña, y la sentencia deja constancia que la madre demora en formalizar la denuncia por no tener adonde ir.

g).-En la mayoría de los relatos de las víctimas que se plasman en las sentencias se desprende que tras el hecho abusivo, el victimario ha tratado de silenciar al niño/a con amenazas directas de maltrato, con compensaciones económicas (regalos) o por dinero.

11.4).- Dificultades en la detección del abuso sexual. Preconceptos acerca de estos delitos

Siguiendo a Podestá y Rovea (2005:58) existen gran cantidad de mitos alrededor del abuso sexual infantil (ASI), algunos de ellos son:

a).-**Abuso como hecho extremadamente infrecuente**: si bien no existen estadísticas generales acerca de los delitos contra la integridad sexual y la cifra negra es muy elevada, el abuso sexual infantil no es infrecuente. Por el contrario, puede sostenerse que es un problema de enorme magnitud que por alguna razón se intenta minimizar.

b).-**La familia es siempre un lugar seguro**: de las causas analizadas por las autoras mencionadas, en un 50% de los casos el abusador es el padre biológico, en un 30% es el padrastro, y el resto se reparte entre abuelos, tíos, padrinos, hermanos, primos o allegados íntimos a la familia. Entre las víctimas el 80% son niñas. Los datos que hemos podido observar en las veinte sentencias que conforman el corpus de la investigación se corroboran datos semejantes, ascendiendo a 20 el número de niñas víctimas de abuso sexual.

c).-**Sólo sucede en las familias asociadas con la pobreza, la marginalidad y el alcoholismo**: el abuso sexual se da en todas las clases sociales, con la diferencia que en las clases sociales más bajas se llega con mayor frecuencia a la denuncia, esta franja poblacional está más expuesta a la intervención de los organismos públicos. Por ello, la develación es más frecuente ya que por lo general las víctimas son atendidas en centros de salud barriales o guardias de hospitales, donde la intervención del estado es más visible. Además, los niños/as concurren a escuelas públicas, las que generalmente develan el maltrato y el abuso. En cambio, las familias de mayores recursos socio-económicos, transitan por lo general instituciones privadas, ya sean de salud o educativas, que tienden a mantener el silencio tratando de conservar al cliente o paciente, lo que podría emparentarse en el caso de los agentes de salud con el secreto profesional.

d).-**Este tipo de abuso, ocurrido en el seno de la familia, es rápidamente denunciado**: por el contrario, son aisladas las denuncias realizadas sucedido el abuso por primera vez. Generalmente en casos donde el victimario no pertenece al círculo íntimo o cuando el abuso no es intrafamiliar, la denuncia se produce más rápidamente. La denuncia se demora por la coerción que el abusador ejerce sobre la víctima en los casos de abuso intrafamiliar o sobre algún miembro de

la familia. Estos, sobre todo las madres deben reacomodar su vida después del develamiento.

e).-**Las madres, cuando se enteran lo comunican inmediatamente:** el descubrimiento del abuso constituye un shock traumático para la madre. Hay que tener en cuenta que se está frente a una persona que atraviesa una de las situaciones más desgarrantes y caótica de su vida, la gama de reacciones va desde la incredulidad por la revelación de algo inconcebible, hasta la resignación pasiva, ya que es probable que ella haya pasado por la misma experiencia en su infancia. En tal sentido, desde la psicología, se sostiene que son madres que “facilitan” el abuso de sus hijos habiendo vivido este tipo de experiencias traumáticas en su niñez ⁸, reactualizan en su rol materno la discapacidad para proteger al niño/a. En la investigación llevada adelante, en tres de los casos se pudo observar que la madre había sufrido hechos de abuso intrafamiliar en su infancia.

f).-**Las víctimas, al guardar el secreto, están consintiendo la relación:** la víctima se acomoda a la situación, entrampada en un vínculo donde confunden maldad con bondad, afecto con amor fingido. Esta situación es definida por Summit como síndrome de condicionamiento y aprendizaje de la impotencia o indefensión. Lo que se dijo sobre el consentimiento es aplicable respecto del abuso sexual en niños/as.

g).-**Los niños cuando relatan los hechos están fabulando:** como venimos diciendo, ni en la más amplia imaginación infantil alcanza para sustentar los relatos de las víctimas de los hechos de abusos. Lo principal para empezar a prevenir la comisión y la impunidad en este tipo de delitos es creer en los niños/as ⁹. Este punto tiene directa relación con el modo en que se toma testimonio al niño/a abusado. Así depende del entrenamiento técnico de quien

⁸ Conf. Finkehlor, ob cit.

⁹ En este sentido, puede observarse que las sentencias más nuevas (2008/2010) tienden a tener más en cuenta el relato de los niños/as abusados/as que las más viejas (1995/2007), lo que puede estar indicando que las nuevas tecnologías para tomar el testimonio como por ejemplo la Cámara Gesell, está dando resultados. También que en general hay más conciencia de la dignidad de las personas y que los niños/as son sujetos de derechos especialmente vulnerables que hay que proteger.

esté a cargo de esta etapa procesal o bien en la policía o efectores de salud ¹⁰.

h).-**Los niños no tienen conciencia de lo sucedido y no les produce daño**: las situaciones traumáticas vividas por el niño/a no se olvidan a lo largo de toda su vida, el niño/a desarrolla conductas de acomodación para seguir adelante.

i).-**Los niños provocan a los adultos**: valiéndose de este argumento los abusadores tratan de justificar su conducta, responsabilizando a las víctimas de su accionar. En la investigación llevada adelante, se analizó un caso donde el defensor particular del victimario consideró que no estaba demostrado en autos el delito (se investigaba el abuso sexual con acceso carnal reiterado como delito continuado) ya que el código exige inexperiencia de la víctima y dolo. Alegando que, aun si hubo contacto sexual, la joven (14 años) vivía en **promiscuidad total**, por ello no hay aprovechamiento doloso de la situación. Otro de los casos, si bien no se acusa directamente a la víctima, el abusador se justifica en la prostitución que ejercía la madre de la niña.

11.5).- El relato del niño/a y el proceso de revictimización

Salanueva y Gonzalez (2008:14) dicen que:

...se entiende por 'revictimización' la innecesaria y reiterada reproducción del hecho delictivo por la víctima, ante operadores jurídicos y no jurídicos en las diferentes etapas judiciales con el consecuente daño en la vida de la persona.

Lo más grave de este proceso son las repercusiones psicológicas de una psique en formación como es la de un niño/a, ya que significa volver a vivenciar el hecho abusivo teniendo que exponerlo ante personas totalmente desconocidas y que no siempre cuentan con las herramientas para comprender el discurso de un niño/a. Además, el paso del tiempo trae el olvido de ciertos detalles que quizá si se mencionaron en los primeros relatos, contradicciones que luego son utilizadas para quitarle validez a la principal prueba contra el abusador.

10 Cantón (en Canton Duarte y Cortes Arboleda, 2011) explica el proceso de evaluación del abuso y detalle los tipos de entrevista.

En tal sentido, no sólo los relatos reiterados producen la revictimización, sino también los exámenes médicos - ginecológicos, los niños/as en las sentencias analizadas, son revisados por al menos dos médicos forenses, realizándoles exámenes totalmente invasivos en su cuerpo, tratando de encontrar evidencias para probar el abuso. Estas prácticas también producen en la víctima el efecto mencionado.

En la investigación pudo observarse, que desde los diferentes profesionales involucrados (psicólogos, psiquiatras y asistentes sociales) se pretende en reiteradas oportunidades proteger a los niños/as de la victimización secundaria, dejando en claro la innecesaridad de una nueva declaración ya que basta con las existentes en la causa, o indicando que enfrentar al victimario con la víctima en un debate oral aparejaría graves consecuencias psicológicas además de los sentimientos de amedrentamiento, vergüenza, temor que podría producir (y que de hecho produce) en el niño/a transitar por esa situación.

Pero a la par que existen profesionales que tienen en cuenta el denominado ‘interés superior del niño’ por sobre la causa penal; abogados del imputado tratan de desechar el testimonio del niño/a como prueba fundamental para incriminar al abusador ¹¹, no teniendo en cuenta estos operadores jurídicos que esas contradicciones son producto de la edad de la víctima, como afirman quienes han estudiado la niñez en sus diferentes etapas. Existen situaciones que los niños/as, sobre todo los más pequeños, no tienen posibilidad de inventar o fabular, ya que nunca las han vivenciado, son cuestiones relacionadas con la sexualidad que por su corta edad están por fuera de su campo de experiencia.

Ante esto nos preguntamos hasta qué punto se llega tratando de defender

¹¹ Al respecto son numerosas las técnicas de neutralización que utiliza el victimario y su defensa técnica. Hay una asimetría de poder no solo en la relación entre abusador y abusado/a, sino entre las consideraciones que el sistema punitivo tiene para con el victimario y con la víctima. Ambos son sujetos de derechos, a ambos el sistema jurídico les proporciona garantías a sus derechos, pero en la práctica esta igualdad no es efectiva. En ninguna de las sentencias del período 2008 a 2010 se alude ni siquiera tangencialmente a los instrumentos internacionales sobre los derechos de las víctimas, como por ejemplo La Declaración sobre principios fundamentales de justicia para víctimas de delitos y abuso de poder (ONU, 1985) o las Directrices de Justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos del Consejo Económico y Social (ONU 2005).

las garantías del debido proceso de la parte demandada, ¿no existe debido proceso para la víctima? ¿No se tiene en cuenta al niño/a? ¿Realmente lo consideran un sujeto de derecho tal cual lo establece la Declaración Universal de los Derechos del Niño? ¿No es especular con la situación de total asimetría en que se encuentra la otra parte? Creemos que lo que se busca es aumentar la impunidad que de por sí caracteriza al Abuso Sexual Infantil.

Una de las herramientas que colabora en este tipo de delitos sobre todo, para evitar de alguna manera la revictimización es como ya apuntamos la **interdisciplinariedad**. Son muchas las características que hacen complejo al delito, pero una de ellas es que no existe un perfil claro del abusador, es por esto que se necesita de las diferentes miradas profesionales para poder detectar las situaciones de abuso.

La colaboración interdisciplinaria permite valorar adecuadamente el testimonio del niño/a, ya que en ciertas oportunidades los operadores judiciales suelen poner en duda la credibilidad del testimonio, alegando que por su edad cabe la posibilidad de que sea un producto de su imaginación, o que el niño/a haya sido influenciado por adultos en conflicto. Pareciera que de a poco se está logrando articular distintos saberes, al menos por las cada vez más reiteradas contribuciones que hacen otras ciencias.

Como se sabe el delito de abuso es de instancia privada, tiene que ser iniciado con la denuncia de la víctima o su representante. El testimonio de la víctima es una prueba fundamental ya que al ser un delito que ocurre generalmente en un ámbito de ‘intimidad’ es muy difícil que exista otra prueba concluyente; es decir, ese testimonio es el que va a impulsar el aparato estatal para encontrar al culpable y juzgarlo, por eso es tan importante la valoración que se hace de esta prueba.

11.6).- El relato se convierte en prueba. La importancia del testimonio y el problema de la retractación

Según plantea Berlinerblau (2005:71) es frecuente en estos casos de abusos que se solicite por parte de los operadores jurídicos que el perito asesore

sobre la credibilidad y la competencia del niño durante la entrevista, refiriéndose a la veracidad y precisión del niño al exponer sobre los hechos sucedidos.

Todas estas características que plantea la autora y que hacen a la credibilidad del testimonio del niño/a son objeto de los argumentos de los peritos en los casos analizados al realizar sus informes luego de entrevistar al niño/a víctima de ASI. Las características del relato que favorecen a la credibilidad del niño/a y lo que éstos cuentan resulta ser en general:

a).-un conocimiento sexual inapropiado para la edad, relatado con espontaneidad, y con un lenguaje propio de los niños/as desde un punto de vista infantil;

b).- una descripción detallada, un relato consistente y mantenido básicamente en el tiempo, generalmente contando la historia por partes, más que todo de una vez,

c).- un relato verosímil: historia plausible y físicamente posible dentro de manifestaciones afectivas compatibles con lo explicado,

d).- una descripción de circunstancias típicas y características de una situación de abuso sexual, como son las amenazas, presión, seducción, coerción.

Summit estudió casos de niños y padres en situaciones comprobadas de abuso sexual, habiendo elaborado la teoría del ‘Síndrome de acomodación al Abuso Sexual Infantil’ (Intebi 2013 [1998]:150) donde describe cinco patrones conductuales que aparecen en el relato del niño/a abusado en el siguiente orden: secreto, desprotección, atrapamiento y acomodación, revelación tardía, conflictiva y retractación.

En el curso de la investigación hemos observado cómo los niños/as se retractan, cómo cambian la versión de los hechos para no ‘traicionar’ a los victimarios, y cómo los operadores toman esta conducta, como incoherentes y corroborantes de la falacia del abuso, cuando justamente se trata de advertir la trama violenta en que está sumido el niño/a.

Estos patrones conductuales han sido retomados por los operadores jurídicos en varios de los casos analizados, siendo la retractación de los dichos de la víctima el principal patrón revelado.

a).- **Secreto (requisito para que ocurra el abuso)**: es la fuente tanto de temor como de la promesa de seguridad que facilita al abusador la perpetuación del delito. Para sostener el secreto el abusador utiliza fórmulas amenazantes.

b).- **Desamparo o Desprotección (requisito)**: el hecho de que el perpetrador es a menudo alguien en una posición de confianza y aparentemente cariñoso es lo que aumenta el desequilibrio de poderes y el desamparo en que se encuentra el niño/a. Se traduce en el sentimiento que experimenta la víctima al ser atacada por la persona de la cual espera una natural protección.

c).- **Atrapamiento y acomodación (consecuencia del abuso)**: tiende a desarrollarse un patrón compulsivo adictivo, el cual continúa hasta que el niño alcance autonomía o hasta el descubrimiento de la situación de abuso. La única opción saludable que le queda al niño es aceptar la situación y sobrevivir. Estos mecanismos de acomodación del niño/a son denominados trastornos disociativos que le permiten sobrevivir a la situación de abuso, sobre todo a aquellas reiteradas a lo largo del tiempo.

d).- **Revelación tardía, conflictiva y no convincente (consecuencia)**: los casos tratados, informados o investigados son la excepción no la norma. La revelación del abuso surge como consecuencia de un conflicto familiar determinante, del descubrimiento incidental por una tercera parte, o puede llegar a ser el resultado de la educación de la comunidad por parte de las agencias de protección. La víctima de abuso incestuoso tiende a permanecer en silencio hasta que llega a la adolescencia y es capaz de desafiar la autoridad de los padres. El adulto promedio no puede creer que la víctima de abuso sexual durante la niñez haya podido tolerar el incesto sin denunciarlo inmediatamente, o que un padre aparentemente normal pudiera ser capaz de vejaciones sexuales repetidas a su propia hija, es por esto que la revelación tardía resulta poco convincente.

Contrariamente a lo que se cree, la mayoría de las madres no tienen conciencia del abuso sexual en curso. Muchas veces, es tal la violencia que el matrimonio o la vida en pareja demanda una confianza ciega y negación para la sobrevivencia. Una mujer no confía su vida y su seguridad a un hombre a

quien cree capaz de abusar a sus propios hijos. Los indicios ‘obvios’ sobre el abuso sexual son generalmente obvios sólo en una mirada retrospectiva. La madre reacciona ante las acusaciones de abuso sexual a su marido/pareja con incertidumbre y negación.

e).- **Retractación (consecuencia)**: el niño/a que denuncia una situación de abuso descubre que los temores y amenazas que subyacen al secreto son ciertas. Su padre lo abandona y califica de mentiroso, su madre no le cree y culpa del estado de confusión en que ha sumergido a la familia. A menos que haya un apoyo especial para la víctima y una intervención inmediata para forzar la responsabilidad del padre, el niño/a seguirá el curso ‘normal’ y se retractará de su denuncia, reforzando las expectativas de los adultos de que no se puede confiar en las palabras ni relatos de los niños/as, aliviados porque ya no tendrán que tomar las drásticas decisiones que tanto pánico les producían.

Del análisis de las sentencias surgen tres casos donde hubo retractación de la denuncia efectuada, pero debido a que existían claros indicios de abuso sexual, se siguió investigando. Dos casos finalizaron con condena al abusador.

Un caso claro donde se produce el síndrome de acomodación descrito por Summit se da en uno de los fallos analizados en el que se investigaba el delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado en el tiempo hacia una niña de 13 años de edad, cometido por el concubino de la madre de la víctima, con quien el victimario además tenía otros hijos, es decir medio hermanos de la niña.

El hecho es revelado de manera involuntaria por uno de los hermanos, la madre interroga a la niña sobre los hechos y ésta los confirma. Había existido una sospecha por parte de la madre hacía varios años, por una situación extraña que se había producido, pero ella la había descartado por confiar en su pareja.

Luego de radicada la denuncia por parte de la madre, el abusador fue detenido, y días después concurrió la víctima a retractarse de la denuncia, explicando que había mentido respecto de los hechos relatados, que las relaciones sexuales las había mantenido con un novio de la escuela, y que todo lo había realizado para que su mamá se separara y pudieran volver con su padre

biológico (con quien la niña no tenía ningún tipo de relación).

De la sentencia surgen constancias de hechos de violencia familiar denunciados en el año 2006 donde la madre y sus hijos se habían retirado a un hogar asistencial, de donde luego se escapan. La escuela donde la niña concurría, también había elaborado informes que daban cuenta de episodios de violencia física hacia los niños/as (la niña protagonista de los abusos y sus hermanos, hijos del abusador), destacando una situación de desamparo hacia los niños.

De uno de los testimonios surge que el denunciado contaba con hechos de abuso sexual cometidos en el pasado, es decir hubo reiteración más no la reincidencia; en el caso con una hija de su anterior pareja, quien no radicó la denuncia a cambio de una casa, según los dichos del testigo ¹².

Es interesante en dicha sentencia el aporte de la psicóloga del cuerpo médico forense quien explica que es necesario interrogarse acerca del sentido de la segunda versión de los hechos (retractación de la denuncia), en el marco de una configuración familiar con un funcionamiento de características violentas por parte de la pareja de la madre, los indicadores psicológicos registrados en la niña, tales como temor, inhibición, bloqueo afectivo, sentimientos de culpa, los que resultan compatibles con una situación de victimización sexual como la denunciada.

La licenciada cita a Summit explicando el quinto patrón conductual, es decir la **retractación**, donde como se señaló anteriormente subyacen sentimientos de culpa por acusar a un familiar y por no cumplir con la obligación de mantener a la familia unida.

El fallo también abreva en las contribuciones de Rozanski, expresamente citado quien explica que cuando son las preadolescentes o adolescentes quienes se retractan de su denuncia de abuso, para tratar de explicar lesiones vaginales (desgarros, desfloraciones) las atribuyen a compañeros de colegio, amigos, o novios. Los nuevos relatos (opuestos a los anteriores) suelen ser contradictorios con la prueba obtenida por los servicios sociales, docentes, familiares, de los

¹² Sentencia Numero 73/2010 CC 1 SR.

que surge que las niñas en cuestión nunca frecuentaron otro ambiente que el escolar, la iglesia o su hogar.

Esta situación coincidía totalmente con el caso analizado, ya que el victimario ejercía un aislamiento social sobre toda la familia, no dejando que la niña tuviera amigas, ni que los parientes visiten su casa. Todo esto más que un elemento de duda contribuye a confirmar la situación de abuso que sufría la niña.

11.7).- El uso de la Cámara Gesell en el período de sentencias analizado ¹³

El caso comentado precedentemente, también cuenta con la particularidad de ser el único de los 20 analizados donde la psicóloga del cuerpo forense toma declaración no jurada de la víctima por medio del método conocido como Cámara Gesell. Este tipo de entrevista se denomina entrevista psicológica de carácter testimonial, y tiene el fin de obtener información acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia de los hechos presuntamente abusivos, evaluándose las características psicológicas, el contenido y la credibilidad del relato.

El beneficio del uso de esta técnica es que el relato es contado en una sola oportunidad por parte de la víctima y queda registrado en un video que se reproduce tantas veces como sea necesario, evitando así, que ocurra la reproducción de los hechos y consiguientemente evitando instancias revictimizadoras.

En este aspecto el art.94 del nuevo código de procedimiento penal de la provincia de la Pampa (Ley 2273), fue una innovación en el derecho de

¹³ El Superior Tribunal de La Pampa anuló una investigación penal que involucraba a dos imputados de abuso sexual debido a que uno de ellos no había estado asistido por defensor/a al momento de realizarse la audiencia en Cámara Gesell del menor supuestamente abusado. Dado que el fallo es reciente, aun no se sabe qué impacto tendrá en la ya difícil tarea de recoger testimonios de niños/as víctimas de delitos y evitar su revictimización. El fallo de que se trata es “Mateo, Ricardo en causa por actividad procesal defectuosa s/ recurso casación”, legajo n.º 25653/3 (reg. Sala B del S.T.J) del 23 de octubre de 2014, cedido gentilmente a la autora por informante clave.

forma, adaptándose a las recomendaciones internacionales, así como también lo ha hecho el código de procedimiento penal nacional, lo que permita dar un tratamiento especial a la víctima menor de edad.

En el caso de delitos tipificados en el código penal como lesiones o delitos contra la integridad sexual que a la fecha en la que se requiera su comparecencia la víctima no haya cumplido los 16 años de edad se seguirá el procedimiento denominado como ‘Cámara Gesell’, debiendo los niño/as ser entrevistados por un psicólogo y/o psiquiatra que acredite especialización en violencia, y en ningún caso podrá ser interrogado por el tribunal en forma directa o por las partes.

En el caso de víctimas mayores de 16 años pero menores de 18, el tribunal, previo a la recepción del testimonio, debe requerir informe de un especialista acerca de la existencia del riesgo para la salud psico-física del niño/a.

Este aspecto es uno de los más destacables de la reforma nacional y provincial, ya que el sometimiento del niño/a un interrogatorio judicial en donde el tribunal accedía a que se retiren del recinto todas las personas menos el acusado, salvaguardando las garantías del proceso penal, generaba una vez más la revictimización del niño/a abusado, además de la presión psicológica que siente cualquier persona, aun mas agudizado en un niño/a de edad, de ser interrogado por un juez.

Esta herramienta que creemos contribuye a disminuir la victimización secundaria se encuentra inserta en lo que actualmente se denomina “nuevos derechos de las víctimas”, originariamente receptadas en la Convención de Derechos del Niño, pieza fundamental del Derecho Internacional, donde reconoce a los niños/as como Sujetos de Derechos inalienables e irrenunciables.

En el tema que nos toca abordar el art. 12 de la Convención establece: el derecho del niño a ser oído y se entiende que el niño debe ser entrevistado y comprendido acorde a su etapa evolutiva, según su capacidad de lenguaje y estado emocional, todo ello armonizado con lo que la convención denomina ‘atender al interés superior del niño’.

Creemos que tomar consciencia de la revictimización y tratar de detectarla

para así poder evitarla, capacitar a los operadores jurídicos sobre el tema, buscar nuevas herramientas que aporten solución a la problemática (Cámara Gesell), implica mitigar en parte el daño causado al niño/a, es facilitarle el acceso a la administración de justicia, demostrándole que su denuncia tuvo un fin positivo y no que fue el motivo para transitar un proceso penal igual o mayor de traumático que el abuso en sí.

11.8).-¿Cuáles el resultado del proceso penal? Datos cuantitativos de las sentencias

Al momento del dictado de los fallos que son el corpus de análisis de este capítulo se hallaba vigente la Constitución reformada en 1994 con los instrumentos internacionales incorporados y la ley 25087 de 1999.

El primer cambio trascendente fue el cambio del bien jurídico tutelado: de ‘delitos contra la honestidad’ a ‘delitos contra la integridad sexual de las personas’.

Así, se consagra que estos delitos afectan la integridad y la dignidad de las personas y no la honestidad o la moral sexual, concepto que se refiere a valores anacrónicos.

En relación con el cambio en el bien jurídico tutelado se eliminó toda referencia al concepto de “honestidad” a lo largo del articulado, se reemplazó “abuso deshonesto” por “abuso sexual”; desapareció el concepto de “mujer honesta en el estupro; se reemplazó “intenciones deshonestas” por la “intención de menoscabar la integridad sexual’ en el rapto. Asimismo el cambio del bien jurídico debe interpretarse de modo tal que se excluyan las alusiones, interrogatorios y pruebas que pretendan indagar sobre la existencia o no de la llamada “honestidad” de las víctimas, lo que implica el abandono de la defensa de una determinada moral sexual.

De los casos analizados, se pudo observar cómo los delitos juzgados se polarizan en el abuso sexual simple por un lado y por el otro en el abuso sexual reiterado, en una situación de convivencia preexistente, con víctimas menores de 13 años. Todos delitos a los cuales se les aplica el extenso artículo 119 que

tantos supuestos abarca.

Por un lado, la figura de Abuso Sexual Simple (artículo 119 1° párrafo del Código Penal) fue utilizada en 6 de los casos. Las condenas aplicadas a los victimarios fluctúan desde el año y seis meses hasta los cuatro años, siendo en sólo en dos casos de efectivo cumplimiento.

Cuando se trata de Abuso Sexual Reiterado, agravado por ser el victimario el encargado de la guarda y por la relación de convivencia preexistente (artículo 119 1° párrafo último en relación con los inc. b y f); se observó que de acuerdo a los montos de las penas impuestas, en 7 de las 8 causas juzgadas por este delito, son de cumplimiento efectivo mientras que en una se dicta la absolución del acusado. En esta figura las penas aplicadas por los jueces fluctúan desde los tres años a los catorce años.

El artículo 120CP es aplicado en 2 de los casos analizados. Este artículo es prácticamente inaplicable según parte de la doctrina especializada, ya que remite a las conductas del segundo y tercer párrafo del art 119, que son conductas agravantes del primer párrafo donde se alude al consentimiento que no está exigido el art 120. Los autores expresan que la norma bajo análisis tiene una redacción poco clara haciendo infrecuente la cita del mismo por los jueces al fundar las sentencias.

De estas dos causas, una es decidida por la absolución aplicando el principio *in dubio pro reo*, y en la otra caso se aplica una condena es de tres años de ejecución condicional.

Los casos restantes se distribuyen por el extenso articulado del 119, dos de ellos aplicando el Abuso Sexual con acceso carnal (119 inc. 3 del Código Penal), recibiendo uno de los casos la condena de 10 años por unificación con otra anterior y de efectivo cumplimiento, el otro caso es absuelto.

En otro de los casos se juzga la figura del Abuso Sexual simple mediando violencia (art. 119 primer párrafo, segundo supuesto) con la aplicación de 2 años y seis meses de ejecución condicional.

Por último en el caso restante, es aplicada la legislación anterior (ley 25.087), ya que el inicio de la causa fue previo a la reforma. Se aplicó el art.

127 1° y 2° apartado y art. 122 y se condenó al victimario a 3 años de prisión de ejecución condicional.

Lo que puede observarse de este corpus documental de veinte sentencias respecto a las 232 sentencias dictadas entre 210995 y 2007 es que progresivamente la fallos se van apropiando del lenguaje y de los razonamientos de otras disciplinas y empiezan muy lentamente a citar los instrumentos internacionales de protección a la niñez. Aun no hay citas de instrumentos internacionales de protección y reparación a las víctimas. De todos modos, la mera cita no es suficiente para pensar el delito en términos innovadores ni en el verdadero planteo normativo que es la integridad sexual de las personas. Tampoco alcanzan las citas para evitar suspensiones de juicio a prueba o la aplicación de mecanismos que consideramos son sucedáneos o disfraces de medios alternativos de resolución de conflictos, expresamente prohibidos en la ley 26485, o que la armonización normativa (instrumentos internacionales, legislación vigente en el orden nacional o provincial y aplicación al caso) sirva para amparar los derechos de la niñez y mucho menos aún para ver el delito en perspectiva de derechos humanos de las niñas, como víctimas especialmente vulnerables.

Bibliografía

Berlinerblau, Virginia (2005): *Evaluación Psiquiátrica forense de niños y niñas ante denuncias de abuso sexual. En Giberti, Eva: Abuso sexual y malos tratos contra niños, niñas y adolescentes. Perspectiva psicológica y social Espacio Editorial, Buenos Aires, pp. 51/73.*

Bringiotti, María Inés (2005): *Maltrato físico infantil: qué nos dicen las investigaciones en Argentina. En Giberti, Eva: Abuso sexual y malos tratos contra niños, niñas y adolescentes. Perspectiva psicológica y social. Espacio Editorial, Buenos Aires, pp. 209/238.*

Canton Duarte, José y Cortés Arboleda, María Rosario (2011[1997]): *Malos tratos y abuso sexual infantil. Siglo XXI Madrid.*

Finkelhor, David (2005[1979]): *Abuso sexual. Causas consecuencias y*

tratamiento psicosexual. Editorial Pax México

Herrera, Marisa y Spaventa, Verónica: *Vigilar y castigar ...:el poder de corrección de los padres. En Revista de la Universidad de Palermo disponible en http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-10/10Jurica02.pdf, consulta del 21 de octubre de 2013.*

Intebi, Inés (2013 [1998]): *Abuso sexual en las mejores familias. Granica. Buenos Aires.*

Intebi, Irene V. (2013): *Proteger, reparar, penalizar. Evaluación de las sospechas de abuso sexual infantil. Granica Buenos Aires.*

Podestá, Marta del Carmen y Rovea, Ofelia Laura (2005): *Abuso sexual intrafamiliar. Un abordaje desde el Trabajo Social. Espacio Editorial. Buenos Aires.*

Rozanski, Carlos (2005): *Obstáculos Institucionales de la intervención en casos de abuso sexual infantil. Algunas respuestas. En Giberti, Eva. Abuso sexual y malos tratos contra niños, niñas y adolescentes. Perspectiva psicológica y social. Espacio Editorial. Buenos Aires. pp 79/101.*

Salanueva, Olga L. y Gonzalez, Manuela (2008): *La integridad sexual de la niñez y adolescencia. Ediciones Cooperativas Buenos Aires.*

12).-ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN RESOLUCIONES DE PROCESAMIENTOS Y SOBRESEIIMIENTOS EN CASOS DE DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL ¹

Por Cecilia Olivieri

En este capítulo presentamos un recorrido exploratorio-descriptivo de las resoluciones de procesamiento y sobreseimiento desde el año 2001 al año 2010 del Juzgado de Instrucción y Correccional N° Seis de Santa Rosa, con relación a los delitos contra la integridad sexual. En primer término, realizamos un relevamiento estadístico acerca de los elementos probatorios que se consideran y meritúan en las resoluciones referidas y una vez realizada esta tarea de sistematización de datos, aplicamos técnicas cualitativas a fin de analizar el lenguaje usado por los jueces, y cómo influyen en la valoración del plexo probatorio estimado en cada caso.

Finalmente constatamos la persistencia de prejuicios, preconceptos y

¹ Este capítulo se basa en el informe final de Beca de Inicio a la Investigación Científica otorgada por Resolución Consejo Superior 33/2011 UNLPam dentro del proyecto marco “El discurso jurídico de los jueces en las sentencias contra delitos contra la integridad sexual” acreditado por la Res. 151/10 del Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam.

significados discriminatorios atribuidos al contexto social y a las personas involucradas en las sentencias.

Conforme al sistema jurídico vigente, en las resoluciones judiciales sólo se podrán admitir como ocurridos los hechos o circunstancias que hayan sido acreditados (con distintos grados de convicción, según de qué tipo de resolución de que se trate) mediante pruebas objetivas, las que no podrán ser sustituidas a tal fin por elementos puramente subjetivos (prejuicios, impresiones, etc.), ni por meros actos de voluntad de los jueces.

La finalidad de la motivación² de las resoluciones judiciales es contribuir a que, en todos los casos, se expongan las razones que las sustentan como uno de los medios destinados, a su vez, a garantizar la recta administración de justicia.

También responde a la necesidad de que las partes conozcan los fundamentos de la resolución expedida para que adopten las determinaciones que les compete al respecto.

La motivación de actos procesales tan importantes como los autos de procesamiento o de sobreseimiento es consustancial a la necesidad de procurar siempre una consciente y eficiente realización jurisdiccional del Derecho en cada caso concreto.

Asimismo es dable destacar que el derecho a la presunción de inocencia se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas y suficientes para inferir, más allá de toda duda razonable, que el acusado ejecutó los hechos que dotan de contenido a la figura típica que se le atribuye³.

2 La CSJN en autos “Ferrari N.H.E. y otros c. Consejo de Administración del Instituto Politécnico Ind. de Berazategui”, sent. de 19/9/1989- que el debido proceso exige que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

3 En nuestro derecho el principio de presunción de inocencia aparece en el artículo 1º del Código Procesal Penal cuando determina que “nadie será considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare como tal”. A su vez este principio lo podemos apreciar más claramente a través de distintos pactos internacionales como en el artículo 11º inciso 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos determina que: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. Este derecho además se encuentra ratificado por el artículo XXVI

Sin embargo, aun cuando la ley admite amplios medios de prueba y su valoración queda entregada a las reglas de la sana crítica, estableciéndose como limitación que no se podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, muchas veces la ausencia de pruebas no es óbice para que los jueces resuelvan.

12.a).- La necesidad de que las resoluciones sean fundadas

Una resolución judicial debe estar debidamente fundada, bajo pena de nulidad. Sin embargo, resulta conflictivo establecer qué implica estar “debidamente fundada”.

La ley 25087 reformó la legislación penal en torno a los delitos contra la integridad sexual con el fin de eliminar las consideraciones ético-morales subyacentes en el anterior título denominado “De los delitos contra la honestidad”.

Si bien la ley protege a partir de la reforma, la libertad individual en su capacidad de decisión sobre el uso de la sexualidad, y se amplió la gama de agravantes criminalizando una serie de conductas de menor incidencia sobre el bien jurídico tutelado; las resoluciones judiciales siguen teñidas de valoraciones y condicionamientos por parte de los que juzgan ⁴.

Ejemplo de ello fue la creación de una especie de abuso deshonesto agravado que se ha denominado sometimiento sexual gravemente ultrajante, que es de muy difícil tipificación, ya que si bien requiere de los factores “duración o circunstancias en su realización”, sólo aporta confusión en su delimitación. El concepto de sometimiento sexual “gravemente ultrajante” del artículo 119 es valorativo y subjetivo: ¿cómo se mide médico-legalmente “la cantidad de vejación” para saber si es leve o grave? El abuso simple o el abuso con acceso configura “per sé” un ultraje ¿por qué se regula en una figura aparte?

de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que prescribe: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.”

⁴ Desde la Sociología Jurídica podría explicarse esta situación recurriendo a las tipologías formuladas a partir de los estudios sobre la racionalización del derecho de Weber: racionalidad formal/material y racional /irracional.

Por otro lado, si se analiza el nuevo artículo 120 del Código Penal, la ambigüedad es de otro tipo. Es la menor experiencia de la víctima para desempeñar el rol que el victimario le exige en relación de la mayor experiencia de éste, lo que configura el aprovechamiento abusivo parte del actor. Pero, cómo determinar el grado de evolución madurativa psicosexual del menor, máxime si se tiene en cuenta que el estudio de la personalidad de un sujeto con rasgos de inmadurez psíquica no condiciona necesariamente una relación causal con la comisión de un delito sexual.

Es en este aspecto donde primero se observa el conflicto, porque asentar la figura delictiva en pautas subjetivas, es introducir un factor de ambigüedad e inseguridad que no favorece la objetividad de la evaluación en vista a una sentencia.

12.b).- Objetivos propuestos para el trabajo

Bajo el marco de las hipótesis formuladas en el proyecto de investigación, los objetivos generales que encuadran este informe se han propuesto:

1).-Desmitificar las ideas de completitud, neutralidad, consistencia y avaloratividad del discurso jurídico especialmente en temas que tienen que ver con la moralidad sexual y la libertad o integridad sexual de las personas, sean niños/as, mujeres o varones, heterosexuales o no.

2) Revisar la evolución de las resoluciones judiciales en torno a los cambios de los juzgadores y en la legislación sobre el tema en un período de tiempo comprendido entre 2001y 2010 en un Juzgado de Instrucción y Correccional de la Primera Circunscripción Judicial de La Pampa.

Mientras que como objetivos específicos se hallan.

1) Analizar el discurso jurídico contenido en las resoluciones de procesamiento y sobreseimiento dictadas entre 2001 y 2010 por los jueces que estuvieron a cargo del Juzgado de instrucción y Correccional N° Seis.

2) Sistematizar los datos que surjan de las resoluciones de procesamiento y sobreseimiento dictadas entre 2001 y 2010 acerca del carácter o tipo de pruebas que son consideradas relevantes para los jueces al momento de fallar.

3) Descubrir las ideas y valoraciones de los operadores jurídicos respecto de la persona, la niñez, el género, la familia, la sexualidad etcétera, que subyacen en el discurso plasmado en las sentencias penales analizadas.

12.c).-Aspectos metodológicos

Para hacer este trabajo se seleccionaron quince resoluciones de procesamiento y sobreseimiento dictadas desde el año 2001 al año 2010 por el Juzgado de Instrucción y Correccional N° Seis de Santa Rosa con relación a hechos delictivos contra la integridad sexual, (cinco de sobreseimiento y diez de procesamiento) con la finalidad de poder responder a los objetivos propuestos.

Desde el aspecto cuantitativo, en primer término hicimos un relevamiento estadístico acerca de los elementos probatorios que los magistrados tenían en cuenta tanto en las resoluciones de procesamiento como en las de sobreseimiento.

Una vez realizadas estas tareas de relevamiento y sistematización de datos fue necesaria la utilización de técnicas cualitativas a fin de indagar en contexto, en interacción con los sujetos partícipes de la realidad investigada; analizar el lenguaje usado por los jueces, y cómo influyen distintas valoraciones que tengan del delito en la armonización del plexo probatorio en cada caso.

Para ello, procedimos a buscar fuentes secundarias de información con el fin de lograr una interiorización acerca de la teoría de la argumentación jurídica y de la problemática en torno a los delitos contra la integridad sexual.

12.d).- Algunos conceptos relevantes para el análisis de los autos de procesamiento y sobreseimiento

Consideramos necesario a los fines de esta investigación, realizar un listado de términos relacionados con la temática a modo de glosario que nos pudiera servir de ayuda para orientarnos acerca del significado y la enunciación de las variables y categorías con las cuales se delimita el campo de estudio de esta investigación.

Así formulamos las siguientes operacionalizaciones de conceptos jurídicos:

a).-**Procesamiento**: Según el diccionario de la Real Academia Española el procesamiento es el “acto por el cual se declara a alguien como presunto autor de unos hechos delictivos a efectos de abrir contra él un proceso penal”⁵. El procesamiento no supone necesariamente la culpabilidad del acusado, cuestión que se resuelve al finalizar el juicio. No obstante, para dictar un auto de procesamiento se requiere la convicción del juez respecto a los cargos formulados que deben sostenerse en el sumario de forma coherente y precisa e implica la existencia de indicios racionales de criminalidad.

b).-**Sobreseimiento**: es un tipo de resolución judicial que dicta un juez que, por ser evidente la inexistencia de delito o fundada en la irresponsabilidad del inculcado, pone término al proceso con efectos análogos a los de la sentencia absolutoria.

c).-**Prueba**: La prueba, en derecho, es la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley. Sostiene Alvarado Velloso (1989) que por la enorme diferencia conceptual existente entre los diversos ‘medios de pruebas’ hay que reemplazar definitivamente la palabra prueba, por el uso del vocablo confirmación, que significa reafirmar su probabilidad, dándole a ella el amplio sentido que en el derecho ha tenido hasta ahora la palabra probar. En tal sentido, este autor explica que una afirmación negada se confirma con diversos medios de prueba que pueden generar convicción -no certeza o crédito- a un juzgador en tanto que no la generan en otro. En esa dirección, y desde una perspectiva garantista del proceso, hace un distingo original entre prueba, que para él lo es únicamente la prueba científica que no admite oponibilidad alguna a sus resultados (ley de gravedad o rotación de la tierra) y la confirmación de aquella afirmación por los medios que puedan generar convicción al juzgador. Ello, por supuesto, enmarcado en la serie procesal que comprende los siguientes pasos: afirmación, negación, confirmación y alegación (o evaluación o conclusión).

d).-**Medios de prueba**: Los medios de prueba son los instrumentos, objetos o cosas y las conductas humanas con las cuales se trata de lograr justificar

5 Diccionario online de la Real Academia Española – www.rae.es

la verdad de los hechos controvertidos en un juicio. En el procedimiento penal se admiten todos los medios de prueba para conocer la verdad de los hechos pues todo lo que sea conducente al esclarecimiento del delito no puede ser descartado; siempre, lógicamente que no se trate de pruebas inconducentes, lo que será evaluado por el juez, quien posee un rol activo en la búsqueda de probanzas.

En orden a la aplicación del principio constitucional de ‘in dubio pro reo’ si el hecho no resulta comprobado, o sea que no se logra la evidencia, el juez debe decretar la absolución del demandado.

El Código Procesal Penal tanto nacional como provincial ⁶ confiere amplias facultades al Juez de Instrucción en materia probatoria, estableciendo que será este Juez de Instrucción el que deberá comprobar todos los rastros que el hecho delictivo pueda haber dejado. Para ello recurrirá a la inspección de personas, cosas y lugares, y si fuera posible los recogerá, para conservarlos como prueba. El juez puede ordenar la reconstrucción del hecho sin poderse obligar al imputado a participar en ella; puede solicitar, para recabar prueba el registro de lugares; también puede disponer el secuestro de las cosas que se vinculen al delito; secuestrar correspondencia e intervenir comunicaciones telefónicas; interrogar a testigos, ordenar pericias, ordenar autopsias; cotejar documentos, designar intérpretes; ordenar el reconocimiento de personas y careos, etcétera.

Algunos de los medios de prueba que reconoce la ley son los siguientes:

d.1).-Inspección judicial y reconstrucción del hecho: La inspección judicial puede practicarse de oficio o a petición de parte, pudiendo concurrir a ella los interesados, y hacer las observaciones que estimen oportunas. El Juez, el Tribunal o el Ministerio Público, al practicar la inspección judicial, procurarán hacerse acompañar de los peritos que estimen necesarios. Si el delito fuere de aquéllos que pueden dejar huellas materiales, se procederá a la inspección del lugar en que se perpetró, del instrumento y de las cosas objeto o efecto de

⁶ Actualmente la investigación penal está a cargo de los fiscales.

él; y de todas las demás cosas y lugares que puedan tener importancia para la averiguación.

Se aplicarán además las siguientes disposiciones: A juicio del funcionario que practique la inspección o a petición de parte, se levantara los planos y se tomarán las fotografías que fueren convenientes, y de la diligencia se levantará acta circunstanciada que firmarán los que en ella hubiesen intervenido.

En caso de lesiones, al sanar el lesionado, los jueces o tribunales darán fe de las consecuencias apreciables que aquéllas hubieren dejado, practicando la inspección respectiva, de la que se levantará acta sucinta.

La inspección judicial podrá tener el carácter de reconstrucción de hechos, cuando tenga por objeto apreciar las declaraciones que se hayan rendido y los dictámenes periciales que se hayan formulado, y le son aplicables las siguientes disposiciones:

A la reconstrucción de los hechos deberán concurrir: El Juez con su secretario; o en su caso los magistrados que integren la Sala y su secretario; la persona que hubiere promovido la diligencia, si ésta no se decretó de oficio; el acusado y su defensor; el Agente del Ministerio Público; los testigos presenciales, si residieren en el lugar; los peritos nombrados, si el Juez o las partes lo estiman necesario, y las demás personas que el Juez, estime conveniente y que mencione el mandamiento respectivo, el cual se hará saber con la debida oportunidad a las personas que han de concurrir a la diligencia.

d.2).- Prueba pericial: Si para el examen de alguna persona o de algún objeto se requieren conocimientos especiales, se procederá con intervención de peritos. El juez, el Ministerio Público, el imputado o su defensor y la parte ofendida, tendrán derecho a nombrar peritos y a los nombrados se les hará saber su designación y se les ministrarán los datos que necesiten para que emitan su opinión.

Según la norma aplicable los peritos deben tener título oficial en la ciencia o arte a que se refiera el punto sobre el cual deba dictaminarse, si esa

profesión o arte estuvieren legalmente reglamentados ⁷, deben ser citados en la misma forma que los testigos, reunirán, además, las mismas condiciones de éstos y estarán sujetos a iguales causas de impedimento, prefiriéndose a los que hablen el idioma castellano ⁸.

d.3).- Prueba testimonial: En derecho el testigo es la persona que declara ante el tribunal sobre hechos que son relevantes para la resolución del asunto sometido a su decisión, dicha declaración recibe el nombre de testimonio. A su vez, el testigo puede ser un testigo presencial o no presencial (que es aquel que declara sobre algo que ha oído o le han contado) ⁹.

El testimonio es una de las distintas pruebas que pueden producirse en un juicio. Su validez dependerá de la credibilidad del testigo, cuestión que a su vez está relacionada con una serie de factores como la afinidad o enemistad que pueda tener con alguna de las partes. Normalmente el testigo está sometido al juramento o promesa de decir la verdad. Esto significa que en caso de que se demostrase que mintió en el procedimiento, habría incurrido en el delito de perjurio, y podría ser procesado por ello. El Código Procesal provincial detalla

⁷ Cuando la profesión o arte, no estuvieren legalmente reglamentados, o no hubiere titulados en el lugar en que se sigue la instrucción, se nombrarán peritos prácticos, sin perjuicio de que, si el caso lo requiere, se libre oficio o exhorto al Juez o Tribunal del lugar en que haya peritos titulados para que, en vista del dictamen de aquéllos, emitan su opinión.

⁸ Son aplicables a la prueba pericial, las siguientes disposiciones: La prueba pericial se verificará bajo la dirección del funcionario que la haya decretado; quien puede hacer las preguntas que crea oportunas, haciéndose constar estos hechos en el acta de la diligencia; al perito se le fija un tiempo para cumplir su cometido, bajo apercibimiento de apremio o remoción. Cuando las opiniones de los peritos nombrados discreparen, el funcionario que practique las diligencias los puede citar a una junta en la que se discutirán los puntos de diferencia haciéndose constar en el acta el resultado de la discusión; o nombrar un tercer perito. Cuando el juicio pericial recaiga sobre objetos que se consumen al ser analizados, los jueces no permitirán que se verifique el primer análisis, sino cuando más sobre la mitad de las substancias, a no ser que su cantidad sea tan escasa, que los peritos no puedan emitir su opinión sin consumirlas todas, y lo cual se hará constar en el acta de la diligencia. Los peritos, inclusive los médicos legistas, deberán ampliar sus dictámenes y certificados, cuando el funcionario que conoce de la averiguación lo crea conveniente, o cuando lo soliciten las partes.

⁹ En el caso de los delitos contra la integridad sexual son numerosas las sentencias donde se deja constancia de que no hubo testigos presenciales y que por lo tanto hay que recurrir a otros medios de prueba. Los testigos no presenciales en realidad declaran en la instrucción o en el audiencia de debate sobre los hechos que conocen por les han sido contados o relatados por las víctimas.

las formalidades y requisito con que los testigos son oídos ¹⁰.

d.4).- Prueba documental: Los documentos que presenten las partes o se relacionen con la materia del proceso, se agregan al expediente, asentando razón en autos; pero si fuere difícil o imposible obtener otro ejemplar de los mismos o se temiere que sean sustraídos se mantendrán en lugar seguro, agregando a los autos copia autorizada. La compulsión de documentos existentes fuera de la jurisdicción del Tribunal en que se sigue el proceso, se hará a virtud de oficio o exhorto que se dirigirá al Juez del lugar en que aquél se encuentre ¹¹.

12. e).- Construcción histórica acerca de la prueba y los medios probatorios

A partir del siglo XII y especialmente a lo largo de los siglos XIII y XIV tuvieron lugar en Europa una serie de acontecimientos que transformaron radicalmente la forma de administrar justicia. Los mecanismos altomedievales de prueba a través de duelos, juramentos y ordalías fueron sustituidos progresivamente por un sistema de pruebas dirigido a conseguir una

10 Son aplicables a la diligencia de examen de los testigos, las siguientes disposiciones: Los testigos deberán ser examinados separadamente, tomando todas las medidas necesarias para que no se comuniquen entre sí; sólo las partes podrán asistir a la diligencia, a menos de que el testigo sea ciego, sordo, mudo o ignore el idioma castellano; si el testigo fuere ciego, el funcionario que practique la diligencia designará a otra persona para que acompañe al testigo, la que firmará la declaración después de que éste la haya ratificado; en los demás casos, se nombrará intérprete; después de tomarle juramento de decir verdad, se preguntará al testigo sobre sus circunstancias personales y si le comprenden las generales de la ley para con las partes intervinientes. Los testigos declararán de viva voz, sin que les sea permitido leer respuestas que tengan escritas, aunque sí podrán consultar notas o documentos que lleven consigo, cuando esto sea pertinente, según la naturaleza del asunto y a juicio de la autoridad que practique la diligencia. El Ministerio Público y la defensa tendrán derecho a interrogar al testigo, pero el Juez tendrá facultad de desechar las preguntas que, a su juicio, sean capciosas o inconducentes y podrán, además, interrogar al testigo sobre los puntos que estimen convenientes. Las declaraciones se redactarán con claridad, usando hasta donde sea posible las mismas palabras empleadas por el testigo, quien podrá dictar o escribir su declaración, si quisiere hacerlo.

11 En los delitos contra la integridad sexual los documentos más comunes son : partidas de nacimiento, para corroborar la edad y filiación de la víctima; ropas (sábanas, bombachas, remeras etc., para ser peritadas, normalmente para hacer pericia química sobre rastro como sangre o semen que pudieran contener), cartas etc.

reconstrucción verosímil de los hechos en el proceso; la función de juzgar fue crecientemente reivindicada por los titulares del poder político y su organización tendió a volverse centralizada; la centralización condujo a su vez a la profesionalización del oficio de juez, a su vinculación a un saber especial. Estas transformaciones, que reflejan en los escenarios judiciales europeos los comienzos de la modernización política, coincidieron con el nacimiento de la fundamentación de las decisiones judiciales como problema jurídico.

El redescubrimiento de un sistema de pruebas racionales, que ya no apelaran a la manifestación de una verdad divina sino que remitieran a una forma de conocimiento empíricamente fundada de los hechos del caso, es por consiguiente un elemento que marcó el comienzo de la modernización en el ámbito de la justicia y que parece haber abierto la posibilidad de sentencias fundadas.

La posibilidad abierta por ese cambio modernizador se vio sin embargo prontamente restringida por la posterior evolución del proceso judicial y particularmente por la normativa sobre la prueba.

El primero de los factores que contribuyó a cerrar el espacio abierto a la fundamentación de las sentencias fue el cambio que experimentó el modelo procesal romano-canónico con el desarrollo del sistema de prueba legal, que sustituyó a la libre apreciación de la prueba.

Otro de los factores fue la concepción social reinante en la época sobre lo innecesario de esa motivación: si el juez era un delegado del monarca, el reflejo en él de su majestad excluía la idea de que debiera justificar públicamente el ejercicio de su autoridad.

Sin embargo en el siglo XVI esta situación cambió considerablemente en algunos Estados en los que se impuso a los tribunales reales la obligación de motivar sus decisiones: es el caso de varios Estados italianos (Florencia, Siena, Perugia, Bolonia, Génova y Lucca) y de algunos reinos en la península ibérica (Aragón, Cataluña, Valencia, Mallorca y Portugal), que se caracterizaban por la peculiaridad de su situación política -tránsito de la república al principado en los primeros, regímenes políticos contractualistas en los segundos- en

comparación con al avance del absolutismo en el resto de los Estados europeos.

Ahora bien, con la modernidad política y jurídica el deber de fundamentación de las decisiones judiciales no sólo se generalizó, sino que cambió su significado político. Mientras bajo el antiguo régimen el sentido político de la exigencia de motivación de las sentencias, en los casos en que fue impuesta, coincidía con los intereses del príncipe, esta nueva fase supuso el fortalecimiento en la determinación de su significado de la perspectiva ex parte populi, reflejando en el ámbito de la relación entre poder judicial y ciudadanos el desplazamiento general del centro de gravedad de los sistemas políticos desde el príncipe al pueblo, cuestión que la Revolución Francesa, como también la norteamericana, promovieron a través de la causa del gobierno representativo y del constitucionalismo centrado en los derechos individuales.

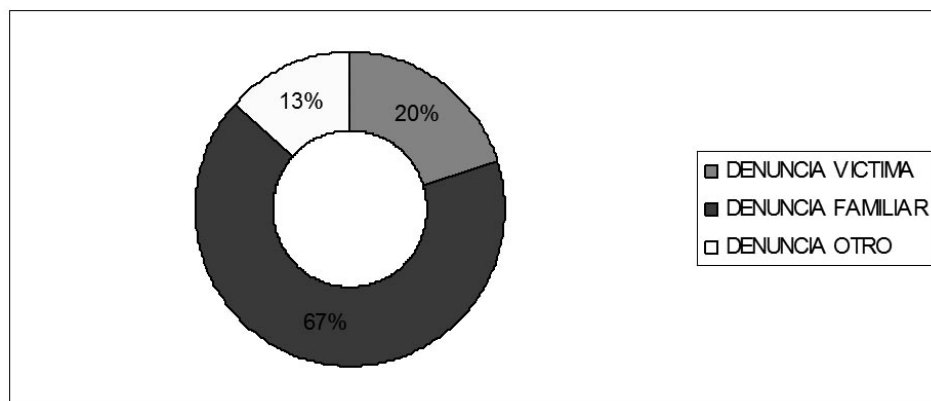
12.f).-Análisis descriptivo de los datos

Es evidente que en algunos ilícitos la recopilación y la conformación del andamiaje probatorio resulta menos complejo dadas las características particulares de los acontecimientos; pero en los delitos contra la integridad sexual ello no es tan así, dado que normalmente, se desarrollan en la clandestinidad e incluso en el ámbito intrafamiliar, por lo tanto se hace imperativo una investigación muy afinada y llevada a cabo con mucho cuidado pues están en juego; en primer lugar, bienes protegidos de muy elevada consideración social y jurídica, que le asisten al sujeto pasivo y por otra parte, una pena sumamente severa que pende sobre el sujeto activo.

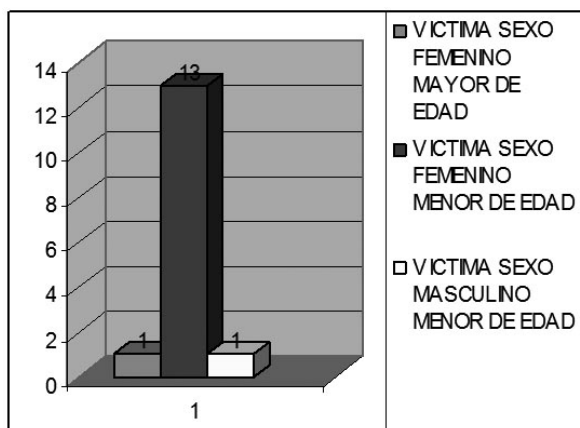
Teniendo en cuenta ello y efectuando un análisis de las resoluciones de procesamiento y sobreseimiento analizadas, pudimos observar lo siguiente:

12.f.1).- Las denuncias que permitieron el dictado de las quince resoluciones analizadas fueron interpuestas en un 67% (10 casos) por familiares de las víctimas, en un 20% (tres casos) por los propios damnificados y en un 13% (dos casos) por otras personas. Respecto de este último dato es dable mencionar que las causas fueron iniciadas de oficio, una por personal policial y

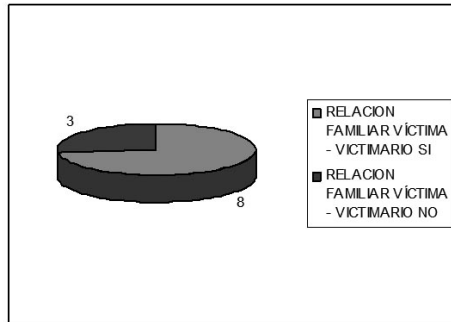
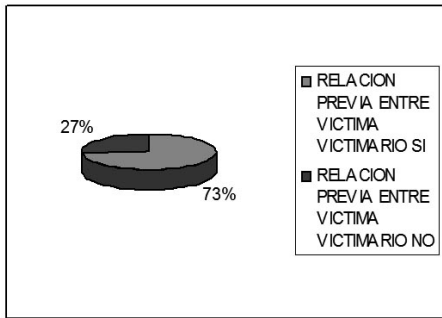
otra por la Fiscalía de turno.



12.f.2).- Las víctimas de los delitos contra la integridad sexual son en catorce casos de sexo femenino y solo un caso de sexo masculino. Además 13 de las 14 víctimas mujeres eran menores de edad y la única víctima de sexo masculino era menor de edad.

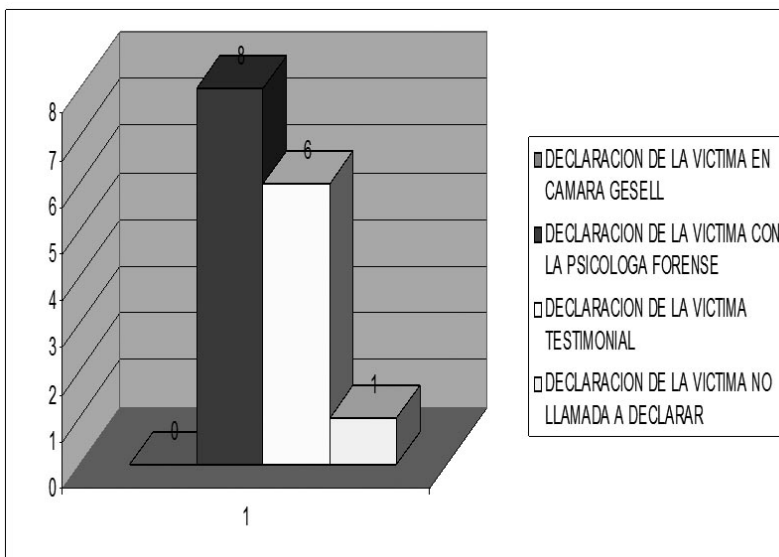


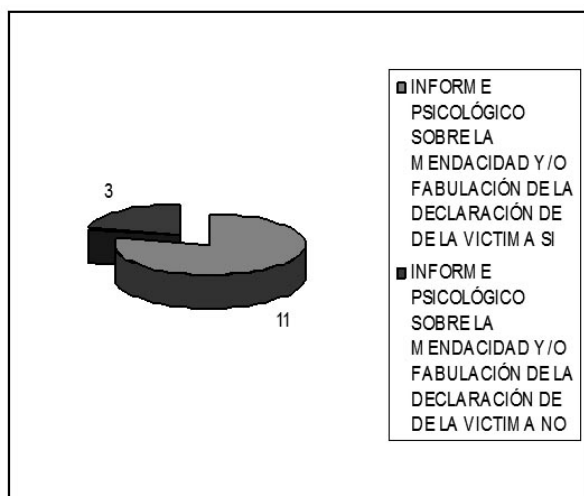
12.3).- Los datos. Según los datos que surgen de los autos de procesamiento y sobreseimiento, entre víctima y victimario existía una relación previa en 11 de las 15 casos (73%), en los cuales ocho de los casos existía un vínculo familiar y en tres no.



12.f.4).- La prueba. Respecto de la prueba utilizada para arribar al dictado tanto de las resoluciones de procesamiento y sobreseimiento se observa que:

a).- A la víctima se le tomó declaración testimonial en catorce de las quince causas analizadas. En ninguna oportunidad la declaración de la víctima fue recibida en cámara Gesell. En ocho oportunidades la entrevista a la víctima fue efectuada por psicólogos forenses o del equipo técnico de la policía provincial y en seis oportunidades la declaración del damnificado/a fue brindada directamente en el Tribunal, lo que no implique que el juez esté presente, siendo asistidos por algún progenitor en caso de ser menores de edad.



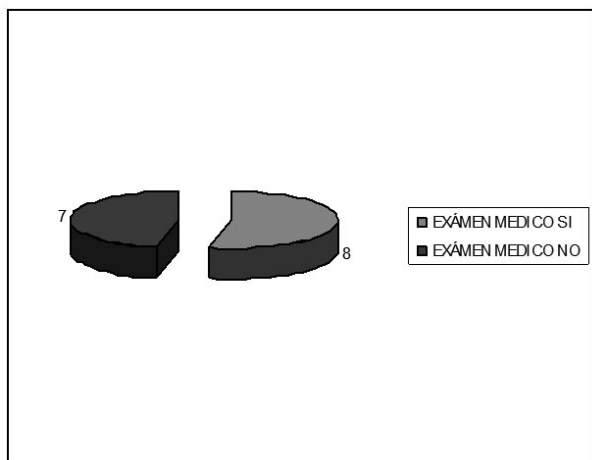


b).- En las resoluciones en donde se valora la declaración de las víctimas (catorce de las quince analizadas), obran en un 79% de ellas (once) un informe psicológico que se expide sobre la mendacidad y fabulación o no del relato del damnificado/a, con lo que se corrobora lo que se ha dicho en otra parte de este informe acerca de la necesidad que ven los operadores del derecho y los expertos intervinientes en comprobar que el niño/niña no fabula, inventa o miente.

c).- En las 15 resoluciones sistematizadas se recibió declaración testimonial a personas que habían tomado conocimiento del hecho. Sin embargo es necesario destacar que no se trató en ninguno de los casos de testigos presenciales, sino que relataron lo que las víctimas le manifestaron.

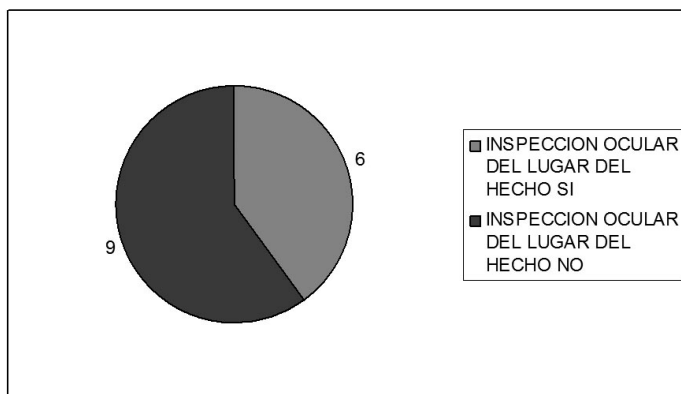
d).- En un 53% de las resoluciones se valora el examen médico efectuado a la víctima, mientras que en un 47% no ¹².

¹² Hemos advertido a través del análisis de las 232 sentencias que en numerosas ocasiones se realizan pericias médicas innecesarias. Por ejemplo se hace revisión ginecológica con tacto vaginal en supuesto de abuso sexual simple, o como en el caso, después no se tienen en cuenta los informes de peritos médicos. Otras veces hay peritajes del médico policial, del forense y del de la guardia médico del hospital al que concurre la víctima, lo que evidentemente conduce a la revictimización.



e).- En dos de las resoluciones analizadas se valoraron informes químicos realizados sobre prendas u objetos de interés en la causa.

f).- En seis de las quince resoluciones analizadas se menciona como prueba a valorar un informe de constatación e inspección del lugar en donde se desarrolló el hecho.



12.g).- Análisis cualitativo de los datos obtenidos

La argumentación no debería concebirse como una simple descripción externa de hechos objetivos; no basta con indicar qué se considera probado, sino

que se deben brindar las razones que permitieron arribar a dicha conclusión. Por ello es indispensable la amplitud de criterio en la recolección de la prueba y análisis de la misma, y en este último aspecto de interpretación del plexo probatorio es donde se puede efectuar algunas observaciones.

En primer lugar se observa que la sola imputación de la víctima no es suficiente para sospechar que el imputado participó en el delito achacado, pese a que este tipo de delitos se desarrollan casi siempre fuera de la presencia de terceros. Resulta necesaria por lo menos la incorporación de indicios relevantes, y es un indicio fundamental la fiabilidad del testimonio de la víctima.

En este sentido se pueden citar argumentos esgrimidos por los jueces al momento de resolver tales como:

...los hechos sub examen se caracterizan por generarse en un ámbito de intimidad, lo cual favorece la impunidad de dicho accionar.

...el relato de la víctima resulta creíble y veraz, según se desprende del dictamen de la profesional interviniente (psicóloga).

...en autos se cuenta únicamente con la versión incriminatorias de la denunciante la que por sí sola resulta insuficiente a los fines de atribuirle responsabilidad al encartado quien a su vez al momento de ejercer su defensa material niega su participación. Adviértase que de las conclusiones del informe presentado por la Lic., se desprende que no se puede aseverar con certeza la existencia de una victimización sexual, máxime que no existen indicadores sensorperceptivos y asimismo se advierte en la niña la construcción de estrategias de supervivencia en un ambiente que se presume de escasa supervisión y contención de adultos; por otra parte, el testimonio de los policías H. y O. en el sentido de haber hallado a la menor en un marco de total naturalidad, sin llanto ni nerviosismo, todo ello crea un estado de incertidumbre que no se puede despejar y a mi juicio, la versión que la niña dio a su madre, no debe tomarse como concluyente teniendo en cuenta que se trata de una niña de corta edad, cuya fragilidad emocional permite que sea altamente sugestionable y asimismo pasible de coerción psicológica por parte de la progenitora, con lo que me hace suponer que el relato de la niña carece de neutralidad y cabe aclarar que en este tipo de hechos, el relato de la víctima resulta relevante pero en este caso debe valorarse con particular medida toda vez que no existen otros elementos de juicio que permitan reconstruir el hecho incriminado.

De este modo, se advierte que resultan de suma importancia las pericias

psicológicas que se efectúen tanto al imputado, en cuanto puedan marcar dificultades en su identidad psicosexual, como al damnificado/a ya que pueden dar cuenta de una perturbación emocional de éste, compatible con haber sufrido situaciones de victimización sexual y por ende determinar el posible daño psíquico sufrido.

La finalidad del informe psicológico es obtener una conclusión respecto a la declaración de la víctima, respetando su nivel de desarrollo, de manera imparcial y verídica y si bien todos los informes psicológicos valorados en las resoluciones analizadas se pronunciaban respecto de la credibilidad o veracidad y validez del testimonio de la víctima, en los casos de delitos sexuales, también debería dimensionar el posible impacto y daño psicológico producido por la agresión que puede haber vivido la víctima, circunstancia que no se constató en las resoluciones observadas.

Ello, porque los delitos de esta naturaleza no sólo afectan su libertad o su indemnidad sexual, sino además provocan un daño moral de relevancia legal. Tampoco se hizo referencia en las resoluciones a algún informe psicológico efectuado al imputado.

Asimismo es importante destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió en el fallo “José Daniel Pose contra Municipio de Puerto Madryn y Provincia de Chubut”¹³ que

“aunque el perito desarrolle conclusiones personales, si sus afirmaciones obedecen a elementos de juicio que ha tenido en cuenta y se apoyan suficientemente en los antecedentes de la causa y en sus conocimientos técnicos específicos, quedará satisfecha su labor como auxiliar de la justicia a la que contribuye con su saber, ciencia y conciencia”.

De este modo la CSJN amplía el margen que tiene los peritos al momento de elaborar sus informes, permitiéndoles efectuar apreciaciones que, aunque no

¹³ CS, 01.12.1992, ‘Pose, José Daniel c. Provincia del Chubut y otra s/ daños y perjuicios’, Fallo 315:2834.

se circunscriban específicamente a los puntos de pericia encomendados por el Tribunal, se apoyen en sus conocimientos específicos o en antecedentes de la causa.

Otro aspecto a señalar es la no utilización de la cámara Gesell, en estas quince resoluciones analizadas, para la recepción de declaración a la víctima, máxime si se tiene en cuenta que catorce de las quince víctimas eran menores de edad ¹⁴.

En este sentido resulta necesario aclarar que si bien en estas resoluciones de procesamiento y sobreseimiento analizadas no se utilizó la Cámara Gesell, el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de La Pampa, que entró en vigencia el primero de marzo de 2011, establece que:

...cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal como lesiones o delitos contra la integridad sexual, que a la fecha en que se requiera su comparecencia no hayan cumplido los dieciséis (16) años de edad se seguirá el siguiente procedimiento: a) Los menores aludidos, sólo serán entrevistados por un psicólogo y/o psiquiatra que acredite especialización en violencia, designado por el Tribunal que ordene la medida. En ningún caso podrán ser interrogados en forma directa por dicho Tribunal o las partes; b) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que se arriben; c) El acto se llevará a cabo en un gabinete especial que deberá poseer dos salas divididas por un vidrio espejado con teléfono, micrófono, equipo de audio y video, y/o cualquier otro medio técnico con que se cuente. Será supervisado por el Juez, acompañado por el Secretario, el Agente Fiscal, el Defensor y el Asesor de Menores; y d) Cuando el acto sea seguido desde el exterior, previo a la iniciación del mismo, el Tribunal hará saber al profesional a cargo de las entrevistas las inquietudes

14 La Cámara Gesell empezó a ser utilizada en la provincia en 2006. La sentencia I-184/11 del TIP hace una reivindicación de la prueba obtenida mediante esta técnica ante la oposición de la defensa del imputado y rescata el valor del análisis integral de las pruebas disponibles en el expediente. La cámara Gesell es una habitación acondicionada para permitir la observación, con personas y otros medios técnicos, como filmaciones, grabaciones etcétera. Está conformada por dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral, los cuales cuentan con equipos de audio y de video para la grabación de las diferentes entrevistas e interrogatorios que se le efectúan a una persona (generalmente menor de edad), que es observada sin ver al imputado ni a las otras partes del proceso. Este sistema de observación y obtención de material probatorio, como lo sería la declaración de un niño/a abusado, en esencia, busca desterrar la posibilidad de provocar mayores daños psicológicos a la víctima, que a lo largo de la historia judicial, ha sido objetivizada y revictimizada, por reiterados interrogatorios, que recrean y mortifican en su psiquis el hecho traumático que lo ha estigmatizado y constituye el objeto procesal.

propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Cuando se trate de víctimas mencionadas en el párrafo anterior; que a la fecha de ser requerida su comparecencia tengan entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años, el Tribunal, previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psico-física del menor ¹⁵.

Otra cuestión a considerar es la valoración en todas las resoluciones analizadas de lo declarado por testigos indirectos.

En este tipo de delitos, se debe utilizar un criterio de amplitud probatoria, ya que es casi imposible conseguir testigos directos del hecho, debiendo basarse el magistrado en las declaraciones de la víctima, de las personas que tomaron conocimiento de lo acontecido a través de sus dichos y en las conclusiones a las que arriban los expertos en las respectivas pericias.

Resulta por lo general dificultoso confiar en otra persona y contarles su problema, por ello cuando lo hacen, este testigo de oídas debe ser apropiadamente valorado. Es que, a veces la conmoción, o la vergüenza, que tal experiencia causa hacen que ellos no quieran hablar del asunto.

Finalmente otro punto a analizar es el examen corporal de la víctima y el imputado.

Suelen presentarse situaciones en que, a los peritajes psicológicos de las víctimas y sus huellas traumáticas en la psiquis, se suman síntomas físicos, como dolores de cabeza, vómitos o pérdida de apetito, y dificultad en conciliar el sueño. Los problemas genitales, como el dolor y la irritación de la región anal o vaginal, son particularmente indicadores claros, que llevan a conclusiones firmes, pero que no siempre suelen encontrarse.

La celeridad con que pueda efectuarse el examen ginecológico sobre el cuerpo de la víctima antes de que se higienice, aportar la ropa íntima o externa sin haber sido lavada, podrá redundar en la obtención rastros de semen, sangre, saliva o pelos del victimario para determinar el ADN y efectuar estudios comparativos.

¹⁵ Ley provincial N° 2287 “Código Procesal Penal de la Provincia de La Pampa” – artículo 94, inciso 4°.

En este sentido, se aprecia del análisis de las resoluciones de procesamiento y sobreseimiento que en un 53% de las resoluciones se valoró el examen médico efectuado a la víctima para acreditar el hecho. Además se tuvo en cuenta en un caso el informe médico para acreditar lesiones que tenía el imputado y que, según los dichos de la víctima, habían sido efectuados por ella para defenderse de la agresión.

12.h).- Palabras finales acerca de la valoración de la prueba en los autos de procesamiento y sobreseimiento

Las resoluciones judiciales suelen estar impregnadas de los perfiles ideológicos y filosóficos del juez y con ello, su propia dimensión moral se actualiza allí.

Sin embargo estos perfiles ideológicos y filosóficos que acompañan a las resoluciones que se dictan, no pueden asumir un carácter principal al grado tal, de llegar a ocultar la propia normativa vigente y así poder resolver el magistrado contra legem.

Desde este punto de vista como dice Asis Roig (1995):

...ningún juez puede ampararse en su conciencia para adoptar una solución no ajustada al derecho. Incluso algún autor ha afirmado que la esfera privada de la conciencia del juez puede llevar a la renuncia del ejercicio de funciones judiciales, pero no a juzgar contra el derecho positivo.

En ese sentido, si bien el magistrado está constreñido por pautas o principios autointegrativos de valoración contenidos en las normas procesales con los cuales hace la valoración de los elementos probatorios reunidos en la instrucción, puede encontrarse con la situación de no tener suficientes prueba que corrobora el delito. En ese caso, indudablemente que el juez no tendrá otro camino que sacrificar su propia conciencia moral en aras a la obediencia a la ley; lo cual no importa, que no pueda dejar absolutamente a salvo su propia opinión al respecto y no configurar entonces violación moral alguna.

En la investigación de este tipo de delitos donde quedan expuestos los rasgos de la familia, los caracteres morales del abusador y la indefensión de los

niños/as, como dice Lima(s/f):

Puede resultar más tranquilizador creer que la tarea de jueces y juezas es conocer un caso concreto y ver cómo aplica a ese caso, esos hechos, en una norma general y abstracta. Creer que es lo que hacen es ingenuo. Toda decisión judicial tiene valor simbólico, la justicia no es ciega, ninguna norma es neutral.

En tal sentido la tarea del intérprete, en estos casos del juez de instrucción, es una actividad humana que le permite asignar valores, reconstruir y resignificar los contenidos de las normas a la luz de los hechos que investiga, y por ello no es una actividad neutral. Por el contrario, la consideración de los hechos y de las normas aplicables con perspectiva de género y teniendo en cuenta los derechos de los niños y niñas, contribuye a que el derecho sea tomado como una herramienta de cambio que necesita dar respuesta a los errores y horrores cometidos contra la humanidad y en este caso, contra las más vulnerables: los niños y niñas abusados sexualmente.

Bibliografía

Alvarado Velloso, Adolfo (1989): Introducción al estudio del derecho procesal. RubinzalCulzoni Buenos Aires.

Asis Roig, Rafael de (1995): Jueces y normas. Marcial Pons. Madrid.

Lima, Ana (s/f): El poder sobre la vida de las mujeres – violencia – impunidad y acceso a la justicia en los tribunales uruguayos. Disponible en http://www.cladem.org/index.php?option=com_rokdownloads&view=file&task=download&id=1332%3Aarticulo-ana-lima consulta del 11/12/2012.

13).- LOS OPERADORES JURÍDICOS FRENTE A LA VIOLENCIA SEXUAL. PRÁCTICAS DIARIAS VERSUS EXIGENCIAS LEGALES ¹

Por Claudia Machado

13.a).- Marco referencial. Problemas y objetivos de la investigación

Hemos partido del presupuesto que las víctimas de violencia sexual tienen dificultades para acceder al ejercicio de sus derechos en el ámbito judicial: defensorías, fiscalías y otros servicios judiciales en la Primera Circunscripción Judicial de Santa Rosa, La Pampa (Unidad Funcional de la Mujer, el Niño y la Adolescencia). El problema planteado se relaciona con la organización judicial y otros servicios estatales, los que a través de las prácticas de los operadores jurídicos otorgan un trato discriminatorio a las víctimas de los delitos sexuales.

Por ello resulta insuficiente e inadecuado el abordaje que se hace de esta problemática y se corroboró el desfasaje entre la letra de las leyes 25.087,

¹ Capítulo basado en el informe final de Beca de Inicio a la Investigación Científica de Claudia Machado “Mujeres en situaciones de violencia sexual: Abordaje y acceso a la justicia en la organización de la Primera Circunscripción Judicial de Santa Rosa, La Pampa”, otorgada por Resolución 19/12 del Consejo Superior UNLPam dentro del proyecto marco “El discurso jurídico de los jueces en las sentencias contra delitos contra la integridad sexual” acreditado por la Res. 151/10 del Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam.

26.485, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, normas sobre el acceso a la justicia y las acciones concretas que se llevan a cabo.

Observamos durante el desarrollo de la investigación que no se toman en cuenta los verdaderos alcances de una interpretación integral del texto de la ley 26.485 y a su vez están incumpliendo con la normativa internacional que regula la materia.

En tal sentido compartimos lo que dice Bergallo (2012) acerca de:

la existencia de una práctica contra legem que pocos reconocían como tal hasta que la Corte lo puso en esos términos. En la medida en la que quienes deberían 'sentirse obligados' por el derecho no lo estén y la tolerancia a las prácticas ilegales sea tan extendida (Bergallo en Infojus, 2012:400).

Esto que la autora dice respecto a los servicios de atención de abortos no punibles, se torna también aplicable al caso de los servicios de atención que dispone la ley 26845 hacia las mujeres, niñas y niños violentados de parte de los operadores y de los institucionales estatales, cuyo acatamiento no es sentido como un deber.

Los objetivos que nos propusimos fueron: identificar las instituciones (judiciales, policiales) que abordan el fenómeno de la violencia sexual contra mujeres en la Primera Circunscripción Judicial de La Pampa, describir el fenómeno de la violencia sexual contra las mujeres, específicamente en la Primera Circunscripción Judicial de La Pampa y analizar la importancia de las percepciones que tiene acerca del fenómeno los distintos operadores involucrados, (policía, defensores civiles, fiscales) que están en contacto con las víctimas.

Como eje de esta parte del informe hemos analizado el funcionamiento de instituciones judiciales/administrativas en consonancia con las pautas normativas (Ley provincial 1918, Ley nacional N° 26.485, Código Penal, Código Procesal Penal de la provincia e instrumentos internacionales) que aportan una guía para los distintos operadores del derecho en el campo de la violencia de género, específicamente en los delitos contra la integridad sexual.

Para ello, además del relevamiento documental de las normas aplicables,

hemos utilizado una metodología cualitativa y la técnica de la entrevista.

A partir de las entrevistas realizadas, obtuvimos información sobre el tratamiento que en el sistema judicial/administrativo recibe una persona que ha sufrido violencia sexual, todo ello teniendo en cuenta la regulación jurídica de la violencia de género, el acceso a la justicia y el abuso sexual, por lo que podemos presentar algunas consideraciones sobre la percepción que tienen los distintos agentes del Poder Judicial de la Primera Circunscripción de La Pampa y de la policía sobre esta problemática en particular.

Al respecto tenemos en cuenta que detrás de cada denuncia o “caso de violencia de género” como suelen referirse en la práctica policial y judicial, se encuentra una mujer, una niña o niño, que ha sufrido una violación a su libertad e integridad sexual, quienes recurren cada vez a la justicia -como institución- en búsqueda de una respuesta.

Para profundizar acerca de las percepciones de los agentes, hemos debido hacer una aproximación al problema del acceso a la justicia. En la actualidad acceso a la justicia, violencia de género y abuso sexual, son temas desarrollados por diversas/os autoras/es y muy utilizados por los medios de comunicación, que plantean los más variados debates en cuanto a sus alcances, problemas y soluciones.

13.b).- Acceso a la justicia y género. Mujeres en situación de violencia

Las normas de carácter local, nacional e internacional que se mencionan seguidamente sirven de marco legal para evaluar en los apartados siguientes las experiencias cotidianas de los operadores jurídicos entrevistados y la información recabada en la Unidad Funcional de Género, Niñez y Adolescencia.

En primer término conviene definir el acceso a la justicia, teniendo en cuenta un concepto amplio y no limitarlo solamente a la posibilidad de poner en marcha el aparato jurisdiccional. Para otras autoras el acceso a la justicia implica una serie de etapas que se deben ir cumpliendo para que dicho derecho sea ejercido en forma integral:

En primer lugar, es preciso reconocer la existencia de un problema y luego identificar ese problema como uno de naturaleza jurídica. En tercer lugar, es necesario identificar a la persona (pública o privada) responsable de haber causado el problema o que hubiera incumplido su obligación de resolverlo. Luego, es necesario convertir el problema en una demanda o reclamo ya sea judicial o administrativo y sostener el proceso iniciado ante los tribunales de justicia o ante la administración pública, con todo lo que ello implica: seguir, instar, monitorear el proceso contando con la asistencia jurídica necesaria, en su caso. Finalmente una vez lograda la decisión judicial o administrativa, corresponderá hacer efectiva esa decisión de modo de gozar efectivamente de derecho violado o reparar su perturbación. (Birgin y Gherardi, 2011a).

Otro instrumento referido al acceso a la justicia son las ‘Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas vulnerables’² que consideran en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Es decir que las mismas toman en consideración el género como posible obstáculo para el ejercicio efectivo de un derecho.

Si bien las mismas no constituyen normas obligatorias, son pautas que guían la labor de los operadores del derecho.

En ámbito nacional la ley 26485 prevé directivas específicas para promover el acceso a la justicia de mujeres en situación de violencia, además de las previstas en el plano del ordenamiento local.

La ley nacional 26.485 regula el derecho de las mujeres a recibir la asistencia jurídica integral y especializada tendente a promover el acceso a la justicia y ordena la implementación de servicios estatales suficientes y gratuitos.

A tales fines la ley establece:

Artículo. 16: Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres en cualquier procedimiento judicial o administrativo... los siguientes derechos y garantías: b) A obtener una respuesta oportuna y efectiva; c) A ser oída personalmente por juez... d) A que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte; f) A la protección de su intimidad...h)

² Adoptadas por Acordada 3117/2011 del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa.

A recibir un trato humanizado, evitando la revictimización; i) 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; j) A oponerse a la realización de inspecciones sobre su propio cuerpo por fuera del estricto marco de la orden judicial.

En segundo lugar mencionamos la normativa de derechos humanos de las mujeres que forma parte del ordenamiento vigente.

A través de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer los estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, se obligan a eliminarla, a adoptar las medidas adecuadas que la prohíban y a “establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación” (art. 2 inc. b). Se ve consagrado en este artículo el derecho de la mujer a la protección de sus derechos y a acceder a la justicia en los casos en que sea víctima de algún tipo de discriminación. Nuestro país confirió jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) a este tratado.

Respecto de la violencia contra la mujer como variable que incide en el acceso a la justicia, ha sido definida por la Convención de Belém do Pará como:

Artículo 1: 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.

Artículo 2: 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, donde quiera que ocurra.

La definición dada por la Convención de Belem do Pará ha sido reiterada de forma similar por el art. 4 de la ley 26485, la que agrega la violencia indirecta como producto de la aplicación de normas, programas o disposiciones que por ser aplicados neutralmente, terminen produciendo discriminación contra las mujeres en razón del género.

La ley 26485 define a la violencia sexual como:

Artículo 5 inc 3º: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.

Resaltamos que la violencia sexual regulada por esta ley, es un concepto más amplio que el referido a los delitos sexuales propiamente dichos del Título III del Código Penal.

En el plano local contamos con las normas 1918, equivalente a la ley 24417 y la ley 2550 que adhiere a la ley 26485. Recientemente en 2013 se ha puesto en funcionamiento la oficina de Atención a la Víctima y al Testigo dentro del ámbito de la Procuración General del Poder Judicial en la I Circunscripción Judicial y se ha dictado la ley 2703 de protección a la niñez y adolescencia.

Además en la provincia de La Pampa se creó por decreto N° 934/10 del Poder Ejecutivo la Unidad Funcional de Género, Niñez y Adolescencia, como una especie de Comisaría especializada dentro de la Unidad Regional N° 1 de Santa Rosa.

Por último, hemos diferenciado a los fines analíticos los conceptos de ‘violencia doméstica’ y ‘violencia de género’ dentro del marco de la ley 26485 que distingue tipos y modalidades de violencia contra las mujeres.

Uno de problemas que se plantean cuando se presenta un caso de violencia de género es descifrar si la variable género es la única que se debe tener en cuenta para analizar una situación conflictiva que tiene como víctima a la mujer. Diversas autoras como Larrauri (2007) y Laurenzo (2008) consideran

insuficiente y reduccionista un análisis que solo tenga en cuenta una variable, ya que las discriminaciones contra las mujeres como hechos de violencia son de diverso carácter y normalmente se yuxtaponen unas con otras.

Por ello Lorenzo (2008) señala que la violencia doméstica apunta más bien a las relaciones asimétricas propias de la estructura familiar, mientras que la violencia de género pone el acento en la discriminación estructural de las mujeres propia de la sociedad patriarcal. Ciertamente es que una y otra forma de violencia están íntimamente ligadas entre sí y se entrecruzan con frecuencia, porque la relación de pareja es un ámbito particularmente propenso para el desarrollo de los roles de género culturalmente aprendidos y la privacidad del hogar facilita los abusos.

Estas ideas llevan a considerar a la violencia como un problema que excede el carácter individual del caso concreto, tornándolo estructural de las sociedades patriarcales. Es un proceso en el que influyen diversos factores (sociales, económicos, culturales). Se plantea asimismo si el derecho penal es el campo más apto o el único que debe actuar para resolverlo.

Los instrumentos internacionales antes analizados son estándares obligatorios para los estados partes, a los que deben adecuarse para poder luchar verdadera y eficazmente contra la violencia de género. Rodríguez (en Abregú y Courtis, 1997) dice que el sistema internacional de derechos humanos debe convertirse en un instrumento de cambio, pero para ello es necesario cuestionar su androcentrismo y ver los daños que esto ha producido, para en un futuro poder evitarlos.

13.c).- Prácticas de los operadores jurídicos ante casos de violencia sexual

El sistema judicial funciona como receptor de problemas sociales, que se redefinen en su espacio, tornándolos un conflicto jurídico. Dicho sistema trata de resolver esa conflictividad social a través de sus distintos agentes y de las normas que brinda el ordenamiento jurídico.

Ante un caso de violencia de género, o de violencia sexual cabe

preguntarse si las soluciones que brinda son suficientes, si los operadores están capacitados y cuentan con recursos para afrontar demandas de este tipo. Lo que resulta aún más importante -y la razón de su existencia-, es si la víctima obtiene la respuesta que esperaba encontrar en él.

A partir de una serie de entrevistas que se realizaron a funcionarios/as de la I Circunscripción Judicial de La Pampa, se pudo observar la percepción que tienen distintos operadores jurídicos ante un caso de violencia y específicamente de violencia sexual.

13.c.1).- La visibilización de la violencia

De un total de nueve entrevistados (fiscales, juezas de control, defensora civil, psicóloga forense), ocho coincidieron en que actualmente han aumentado los casos de violencia género y violencia sexual³. Algunos operadores señalaron que esto se debe a la mayor difusión que se ha dado a este tipo de delitos en los medios de comunicación y a que “la víctima se anima más a pedir ayuda”.

Esta afirmación supone un conocimiento de sentido común, ya que los entrevistados/as recalcan que no cuentan con estadísticas oficiales que se hayan realizado dentro del poder judicial. Algunas de las respuestas de los entrevistados fueron:

Mirá te voy a ser sincera, estadísticas... estadísticas actualmente no estamos llevando, si te puedo decir que la presencia con respecto a otros delitos es muy significativa, no solamente, bueno vos te abocas a lo que es violencia sexual, pero lo que es violencia física y violencia sexual, la gran parte de los delitos, digamos de los legajos que ingresan son por esos delitos, específicamente te vuelvo a decir, hay... está en vista en el Ministerio Público realizar estadísticas al respecto, pero bueno, es una cuestión bastante compleja, teniendo en cuenta la forma en que trabajamos, y demás, asique es una asignatura pendiente pero específicamente no te lo puedo establecer, es significativa con la violencia física, más o menos están ahí, podemos decir que entre violencia física y violencia sexual estamos ahí palo a palo y respecto a los demás delitos si es muy significativa todas las cuestiones de violencia... (Fiscal)

³ Esta cuestión remite al problema de la mayor visibilización del fenómeno o al incremento de su ocurrencia, cuestión que hemos desarrollado precedentemente.

Otro comentaba:

En realidad desde que está el sistema nuevo, yo te puedo decir que nosotros entramos de turno cada un mes y medio una semana, aproximadamente, y en esa semana te pueden llegar a entrar más o menos 150 legajos, y de abuso sexual que uno trabaja y no reserva tenés por lo menos unos... un porcentaje de un 20 o 25 %... (Fiscal)

Sí, no tengo estadísticas, pero bastante seguido se presentan... (Jueza de control)

Eh la realidad es que... yo lo tenía bastante claro cuando yo estaba de turno, cuando era juez de instrucción lo tenía más claro, por quincena que era lo que teníamos, teníamos dos o tres casos de violencia sexual, era bastante y la verdad cada vez hay más, es como que nosotros...las cámaras Gesell y actividades relacionadas con violencia sexual hacemos mucho, sobre todo con menores y también hay bastantes cuestiones sexuales con gente mayor. Se han incrementado muchísimo los últimos años los temas de violencia sexual y las cuestiones de violencia doméstica, muchísimo, de violencia que tengan que ver con cuestiones de la mujer sí?, Eso se ha incrementado los últimos años, yo no sé si es porque hay más denuncias o por alguna cuestión social que tendrán que analizar otros operadores, que tengan que ver con un incremento en ese tipo de delitos... (Jueza de control).

Y últimamente es bastante alto, ¿Vos decís violencia sexual hacia las mujeres o niños también? ... es bastante alto, no en la misma proporción que los robos y los hurtos, porque esos son delitos menores pero que entran a chorrera pero si los delitos sexuales aumentaron un montón, sobre todo el último tiempo, yo creo que cuando estaba el sistema anterior también era alto el porcentaje, por ahí lo veíamos menos porque estaba muy fraccionado, ahora que vemos entra todo a fiscalía, o sea que vemos todo, tenemos un panorama más general, y yo creo que un 30 o un 40% es delito sexual... (Prosecretaria)

En sentido contrario otro entrevistado decía:

No es un porcentaje muy importante, de todos modos a los efectos de establecer fehacientemente que incidencia tienen en el número de legajos con otros delitos deberías recabar una información más precisa, hay un organismo acá que está haciendo ese tipo de encuestas y de precisiones técnicas, que yo la verdad no te podría decir. Es sólo una impresión, una impresión es que es un

número importante pero no significativamente dentro del cúmulo de legajos, de ingresos... (Fiscal)

La causa de la mayor visibilización de la problemática sugiere una de las entrevistadas, se debe a la mayor difusión que se ha dado a la violencia de género, en particular la violencia sexual, -que en algunos casos resultan delitos- en los medios de comunicación.

Si creo que actualmente han aumentado este tipo de investigaciones respecto de abuso sexual, no porque ahora se cometan más delitos sino porque ahora hay más difusión y la gente se anima más a denunciar este tipo de delitos. Entonces en la actualidad se han ampliado en cuanto a cantidad este tipo de investigaciones que tienen que ver con abuso sexual... (Jueza de control).

Si retomamos los aportes de los estudios de género acerca de las implicancias de las esferas separadas (público/privado) puede decirse que la mayor visibilización, el número creciente de denuncias, el hecho de que las personas se animen a denunciar más, que los medios se ocupen de la violencia y hayan en su caso cambiado el “crimen pasional” por “violencia de género” es sintomático de la crisis que están sufriendo los distintos espacios sociales.

El espacio privado se ve interpelado por múltiples fuerzas: la mayor dignidad de las personas, la progresiva construcción de derechos para sujetos que antes no eran visibilizados. Los medios de comunicación, en consecuencia, no hacen más que colaborar con la mayor publicidad de un tema que tradicionalmente fue un tabú, un tema de “puertas adentro”.

De todos modos y conforme las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados y en particular Argentina que ha ratificado diversos instrumentos de derecho de los derechos humanos, no es posible mantener servicios e instituciones sobre los cuales no se sabe a ciencia cierta cómo es su funcionamiento, cuál es su impacto, qué los requerimientos de cantidad y calidad /capacitación de operadores existe.

13.c.2).- Acerca de quiénes denuncian los hechos delictuosos

Ante la pregunta acerca de quiénes se presentan a denunciar estos delitos, todos los entrevistados contestaron que son las mujeres las que se presentan, sólo excepcionalmente han tenido algún hombre como víctima de este delito, o que se ha presentado a denunciar como representante de un hijo menor.

Los hombres vienen a denunciar hechos de los que han sido víctimas sus hijos, tengo el caso de un hermano por ejemplo, pero si los hombres vienen a denunciar este tipo. Y las mujeres si obviamente, tanto mamás respecto de sus hijos menores o tanto mujeres por su propio cuerpo...

Sin dudas mujeres, creo que tuve un solo hombre, que ni siquiera venía a denunciar por él mismo si no respecto de un hijo, pero tanto denunciante como damnificadas generalmente siempre son mujeres.

En lo que respecta a las edades de las víctimas si bien, no hay coincidencia en las respuestas, todos manifiestan que los más afectados son las/os niñas/os (5 a 16 años aproximadamente), luego se produce una brecha y después otra categoría etaria que distinguen comprende personas entre los 30 y 45 años.

Volvemos al tema de los porcentajes, el tema de las estadísticas, es decir, sería muy apresurado establecer con precisión eso pero... este... generalmente te diría en la franja entre los.... víctimas, entre los muy pequeñitos, he tenido una niña en una cámara Gesell de 5 años, o un estimativa entre la pre adolescencia, los 12, 15, 16 más o menos, pero siempre lo digo con la salvedad primera..."

Hay muchos niños abusados, pero los que denuncian son los padres, los niños cuando se liberan de ese acoso, o sea del abusador, ahí recién hacen la denuncia, ha pasado casos, tengo dos o tres que van a juicio ahora que eran padres, padrastros, parejas de la madre, que fueron abusadas de los 12 a los 17 años que denuncian ahora cuando tienen 20, 21, cuando se liberan.... del vínculo, de la presencia...

Los abusos sexuales son la mayoría de una franja que va desde... de los... 7, 8 años yo he tenido esos a 15, 16 años. Después ya no, se dan esas dos circunstancias que parejas que ex concubinos o ex cónyuges que denuncian violaciones de su ex pareja, pero son raros no... son menor digamos..

Y entre... Te diría que entre los 30 y 40 y pico de años...45 años, ponéle, no tanto las chicas jovencitas si no mujeres un poco más maduras.

Respecto de la pertenencia social de las víctimas es variada, los entrevistados dejan a salvo que generalmente los estratos más altos tienen otros mecanismos de contención o para resolver el conflicto o más pudor para denunciar. Estas apreciaciones resultan interesantes ya que es común que la delincuencia o que las adaptaciones desviadas sean asociadas a las clases más bajas⁴.

Mirá eso, eso es bastante relativo, porque a veces uno cree que este tipo de delitos, uno lo relaciona con clases sociales bajas y la realidad es que no es así, hay... te diría que es completamente variado, y es bastante parejo, así como se ve eh violencia sexual en mujeres con pocos recursos se ven en mujeres con buena posición social, por supuesto que siempre es más notorio las cuestiones violencia sexual o violencia en general en mujeres de pocos recursos porque no creo, no considero que es porque existan menos sí?, sino porque cuando uno está en una sociedad por ahí de otro tipo de nivel social por ahí más reconocido o donde hay más status a veces la gente no lo quiere denunciar, porque le da vergüenza o por cuestiones así y tratan de.... [¿tapatlo?] Sí tapar, simular que todo está bien y por ahí la gente de situaciones más vulnerables económicamente hablando... ya no le queda otra vienen y solicitan ayuda...

Mirá la pertenencia social es variada, pero si vos me decís en un porcentaje, de ese 20 a 30 % tenés un 80% clase media un poquito más para abajo y después el resto 10, 15 % clase media, hay clase media o familias o parejas que se han juntado, que han ensamblado su familia y se dan abusos sexuales por parte de los padrastros ¿no?

De todo... de todo!!!. Esto del abuso sexual cruza...cruza una franja así de los estratos bajos, medios, altos de la sociedad económicamente hablando, o sea, si hay de todo. En general este tipo de delitos atraviesa las clases sociales, es decir no pertenece, no es de pertenencia de uno. Eh muy probablemente... volviendo a la percepción (vuelve a aclarar la entrevistada que es una percepción) sean más denunciados tal vez con mayor facilidad por las clases más bajas, toda vez

⁴ Advertimos que hay un desfase entre las apreciaciones de los operadores y los datos cuantitativos de la investigación, de los que surgen la prevalencia del fenómeno del abuso sexual en las clases más bajas.

que tienen menos mecanismos de contención, un hecho de estas características en un nivel medio alto, hay formas de... le llamo contención pero también puede ser encubrimiento, hay otros mecanismos que hace que sea más solapada la situación. En cambio... siempre según la impresión... si es una clase social media baja, siempre el estado, que somos nosotros, representa un ámbito donde poder contar, casi el único, lo que le ha pasado”.

Ehhh. Mirá yo no sé, la realidad que lo que se denuncia y lo que nosotros vemos más diariamente, tiene que ver con los estratos sociales más bajos, eh...eso no quiere decir que en los estratos sociales más altos no ocurra, si no que por a lo mejor por una cuestión de prurito, de vergüenza, de otras cuestiones sociales no se denuncia tanto como si se denuncia o se animan a denunciar en otros estratos sociales más bajos... Eh la mayoría si son en estratos sociales más bajos y sobre todo en familias donde viven en promiscuidad, es decir donde a lo mejor viven todos juntos, duermen todos juntos en una misma habitación, eh... los chicos presencian situaciones de relaciones sexuales de sus padres porque duermen en la misma cama o en la cama que está pegada al lado... Y entonces en esas situaciones de promiscuidad, muchas veces relacionadas con la falta de recursos se... [se promueve] Claro, se generan estas situaciones de índole sexual o abuso sexual.

...yo diría que este tipo de delitos se da en todas las clases sociales, no habría que discriminar por clase social sino que se da en todas las clases sociales. Creo que es, no es el factor pobreza un indicador del abuso sexual. Lo que si considero que si a este tipo de hecho se le suma que una persona está en estado de pobreza, genera tal vez más vulnerabilidad respecto de la víctima, porque está en una situación de menos medios para poder denunciarlo, como para poder afrontar el problema, para poder ir a profesionales, psicólogos, psiquiatras, aunque atento a los hechos que se han venido suscitando y la publicidad que han tenido, desde el poder ejecutivo se han ampliado este tipo de organismos que hacen a la prevención y al cuidado de este tipo de delitos.

Los operadores remarcan que este tipo de delitos se cometen también en los estratos sociales de más recursos, cuestión que nos conduce a reflexionar sobre la llamada “cifra negra”, es decir, que los abusos sexuales existen, pero que por distintas causas o motivos, llevan a que la víctima no los denuncie.

Lo que no pueden advertir es el interjuego público/privado y nada relacionan con que los estratos más altos casi no lleguen al control formal de la justicia represiva, por lo que no vinculan este delito con la selectividad propia del sistema penal.

De todas maneras, una de las personas entrevistadas, recalca, que lo que más ven diariamente y las personas que denuncian pertenecen a los estratos sociales bajos. No queda claro de las respuestas dadas por los distintos operadores, si acceden al sistema judicial punitivo solamente las personas que no cuentan recursos o también aquellas que los poseen. Si bien este delito puede afectar a cualquier mujer sin distinción de pertenencia social, estas variables yuxtapuestas o acumuladas, afectan con mayor gravedad a aquella que cuenta con pocos recursos, ya sea en el acceso a la justicia o en las posibilidades que tiene de salir de esa situación de violencia en la que se encuentra.

13.c.3).- Conseguir las pruebas: el testimonio de la víctima y pericias sobre su cuerpo. Recaudos y técnicas.

Entre los dispositivos que se han implementado para la investigación de la violencia sexual, en los casos que afecte a niñas, niños y adolescentes se encuentra la cámara Gesell. En el caso de delitos sexuales la implementación de esta herramienta significa un avance en cuanto a la evitación de la revictimización, protección de la intimidad de la víctima.

En el abordaje que los operadores hacen, se tiene en cuenta la edad de la víctima, cuando es menor de 16 años la declaración en Cámara Gesell, resulta obligatoria para los operadores. En el caso de que la víctima tenga entre 16 y 18 años una entrevista previa con la psicóloga forense determinará si existen riesgos para la salud del menor al declarar ante el tribunal o la necesidad de que ese testimonio sea brindado mediante dicho sistema (art 94 C.P.P.L.P.).

La diferente clasificación de niños por edades para hacer uso de esta herramienta se contradice con el art. 1° de la Convención de los Derechos del Niño, que lo protege hasta los 18 años, que fue ratificada por nuestro país y goza de jerarquía constitucional (art. 75. inc. 22).

La psicóloga forense recalcó que falta

...aceitar el manejo concreto de este procedimiento, se ponen demasiadas expectativas en ella, y a veces para un niño no es el espacio adecuado para hablar de una situación que lo ha perturbado íntimamente”, “muchas veces se espera de esa declaración la verdad del hecho y en realidad allí hay un sujeto

que de lo único que puede hablar es de su verdad subjetiva.

Ante la pregunta de cómo se aborda un caso de violencia sexual, algunas respuestas fueron:

Bien, eh... en ese caso hay que diferenciar, si estamos hablando de que el abuso infantil lo primordial es tener en cuenta el interés del niño por sobre todo si? Con los chicos hay que manejarse con más cautela... eh cómo seguramente ya estás al tanto las declaraciones de los chicos no las tomamos nosotros, las toma directamente un psicólogo, licenciado en psicología mediante la cámara Gesell, en donde si bien se controla el relato, se controla esa prueba si?, lo hace una persona que está preparada para eso, a veces es mediante el juego, a veces directamente mediante un un... [un dibujo] Por ejemplo los sistemas de los dibujos, o directamente una entrevista, o a veces se combinan todas esas cuestiones para poder obtener la prueba si?, eso por un lado.

Cuando la persona es una persona adulta la declaración se la tomamos nosotros si es que está en condiciones psicológicas de hacerlo si? Todo lo que tiene que ver con entrevistas a personas abusadas sexualmente eh... la verdad es que no es una entrevista como cualquiera, hay que tener muy en cuenta la forma en que uno pregunta sin culpabilizarlas, porque a veces uno tiene la costumbre de decir cómo, porque a ver... la realidad es que las mujeres cuando vienen a denunciar no dicen que es la primera vez, generalmente ya les ha sucedido o ya vienen con un antecedente de violencia primero psicológica después física, digamos de manera escalonada se va agravando la violencia hasta que llegamos a la violencia sexual.... (Fiscal)

Mira en realidad si es un abuso sexual simple lo que nosotros hacemos como prácticamente la única prueba que vos tenés es el testimonio de la menor, habitualmente como todos estos delitos se hacen en la oscuridad básicamente, no hay testigos, no hay personas presenciales, nada, hacemos una cámara Gesell en primer término, donde la menor explica o narra lo que le sucedió. Y en base a eso después lo escuchamos al imputado, formalizamos ⁵ y después acusamos, si hay elementos no? Básicamente, casi todo el mundo hace eso no? Bueno a su vez se hacen pericias psicológicas, se mandan oficios a niñez y al... al Servicio de Niñez y Adolescencia de la Provincia, para que haga un seguimiento de los abusos sexuales... (Fiscal)

5 Según el art. 263 del nuevo Código Procesal Penal de La Pampa “La formalización de la Investigación Fiscal Preparatoria es la comunicación que el Fiscal le hace al imputado, en presencia del Juez de Control, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra, respecto de uno o más hechos determinados, y su probable calificación legal”.

Según el caso particular, lo que primero tratamos de hacer es eh... brindarle la mayor contención posible a la víctima... primero por una cuestión humanitaria y segundo, importante también, porque va a ser el principal testimonio que vamos a tener nosotros en el juicio no es cierto, nosotros vamos a tener una condena, entonces el hecho de brindarle una ayuda o asesorarla para que se haga tratar con profesionales de... psicólogos, psiquiatras, que la pongan bien nos ayuda también a nosotros en nuestro trabajo porque van a poder prestar un testimonio y... eso con relación a la víctima y después bueno las diligencias normales de todo caso, se investiga se toman declaraciones, oficios, si hay historias clínicas, pero bueno nos centramos mucho en el tiempo de la víctima, porque cuando viene a denunciar ya la víctima, digamos, ha sacado fuerzas como para decirlo y bueno no queremos que esas fuerzas decaigan, y vuelva a decir “no no en realidad fue mentira”, que hay casos particulares de violencia física, agresiones con a veces... con ataques sexuales y a veces ha pasado que han dicho son mentiras y nosotros seguimos para adelante con la investigación para saber si realmente es así o no... (Fiscal)

Bueno si, se trata de un niño, yo cuando estoy de guardia y nos anoticiamos de un caso así lo primero que le encargo a la policía, ya lo sabe, pero es necesario que se lo repita cada vez que ocurre, que no entrevisten a la víctima, si estamos hablando de un niño que ha sido abusado, que sus papas hablan de un abuso serio, de penetración específicamente, lo único que autorizo es que sea examinado por un médico, y si encuentran en el hospital un médico pediatra muchísimo mejor, este... evito el médico policial, este... eso en cuanto al examen físico, si porque las pruebas están allí entonces no las puedo perder. Y en cuanto a la entrevista del relato, le prohíbo a la policía, ese es el término... Prohíbo, entonces te decía, prohíbo en eso términos y con esa vehemencia, que le hagan contar a la víctima eso... por qué? Porque ese relato lo guardo con la mayor pureza posible para el momento de la cámara Gesell. La cámara Gesell es un sistema que está previsto por el Código Procesal nuevo a través del cual las víctimas de este tipo de delitos o de lesiones, son entrevistadas por una psicóloga forense, en un sitio que está separado de otro, a través de un vidrio, desde el cual la víctima no nos ve, pero la víctima sabe que estamos, sabe que hay un fiscal que está preocupada por su situación, sabe que quiero que ella le cuente en ese ámbito a esa psicóloga, que es una profesional, pero que le cuente porque yo necesito de ese relato encontrar el autor; necesito pedirle al juez que lo sancione, entonces esa víctima declara con tranquilidad, no está engañada, sabe que detrás de ese vidrio hay alguien, y ese alguien soy yo, que soy la fiscal, es el juez que está controlando, y es el defensor... (Fiscal)

Es difícil pensar en que un niño/a puede declarar libre y tranquilamente sobre ese hecho de violencia sexual que sufrió, cuando hay tantos y diversos intereses en su declaración. ¿Es necesario que la víctima comparta los mismos

intereses que el fiscal? Parecería ser casi una obligación de la víctima, ya que se le exige colaboración con la investigación y sobre todo, la demostración de los hechos acaecidos.

Mira una vez que se hace la denuncia, normalmente la denuncia se hace ante la policía, así que la policía lo que manda es al equipo técnico de la Seccional VII (que es la Comisaria de la Mujer), que es un equipo interdisciplinario integrado por psicólogo y asistente social, que entrevistan a la madre o a la persona que haga la denuncia y también tienen una entrevista con el menor y después acá en sede judicial lo que se hace con los menores es hacer una entrevista en cámara Gesell... (Jueza de control).

Si son menores de 16 años la entrevista o sea, primero se les recepciona a través de... supongamos que la persona recurre a la policía, la policía tiene una la Unidad Funcional de Género, Niñez y Adolescencia en donde recibe este tipo de denuncias, hay tienen un equipo técnico donde se les hace una primera entrevista, donde las aborda un psicólogo, asistentes sociales y demás, que hacen un... un análisis de riesgo y un pantallazo general de su vida... Si tiene entre 16 y 18 años primero tiene que tener una entrevista con la psicóloga para que la psicóloga forense diga si está en condiciones de declarar o si el hecho de que declare sobre los hechos vividos le produce, le genera algún perjuicio, caso en el cual no se le recibe declaración... Y si la víctima es mayor de edad se la entrevista acá, (en fiscalía) y después el curso del proceso depende mucho de si es abuso simple, si es un abuso agravado, si el imputado tiene antecedentes o no tiene, si está mínimamente probado o no, pero como te decía antes el resultado del proceso depende mucho de la palabra de la víctima... (Prosecretaria).

Como se puede observar, surge de las respuestas dadas por los entrevistados, la importancia que tiene como prueba procesal la declaración de la víctima. Llegando uno de los entrevistados a afirmar que el resultado del proceso depende mucho de su palabra, ya que se pone todo el peso de la demostración del delito en cabeza de la persona afectada.

Se puede traslucir en ciertas declaraciones cómo la contención que se le brinda es una cuestión utilitaria, “porque yo necesito encontrar al autor, necesito pedirle al juez que lo sancione” dice uno de los entrevistados, es ella -la víctima- la que tiene que explicar cómo sucedieron los hechos, el contexto en el que dio.

La amplitud probatoria consagrada por la ley 26.485 para los casos de violencia pareciera haber quedado para otros fines, y no para ser aplicada dentro del ámbito punitivo.

Esto sin tener en cuenta que si no es la palabra es el cuerpo de la víctima el encargado de probar, ya que son las pericias médicas la otra prueba de cabecera, en el caso de que haya habido acceso carnal.

No surge de las entrevistas que se le informe a la víctima el derecho a oponerse a la realización de inspección en su cuerpo, derecho consagrado en el art. 16 inc. d de la Ley 26.485. Ante esta cuestión corresponde preguntarse si el sistema jurídico y específicamente el sistema penal está preparado para invertir la carga de la prueba, para el caso que la víctima haga uso de una facultad como es la de negarse a un inspección corporal. Es común que se hagan inspecciones y pericias médicas sobre el cuerpo de la víctima que nada tiene que ver con el delito denuncia.

Tratándose de adultos, la declaración es tomada por los fiscales, señalando la fiscal adjunta en Asuntos de Género ⁶, que “se deben formular las preguntas sin culpabilizar a la víctima, se la deja hablar, ya que cuando vienen a denunciar no es la primera vez que sufrieron violencia”.

Otro de los entrevistados dijo: “se trata de darle contención, ya que cuando la víctima viene a denunciar ha sacado fuerzas y no quieren que esa fuerza decaiga, y después a veces dicen que es mentira”. La prueba de estos delitos resulta difícil, según la totalidad de los operadores “se produce en el círculo íntimo de la persona” o “en la oscuridad”. Todos concluyen en este sentido, que la declaración es lo más importante, porque a veces es con la única prueba que cuentan, “cuando la víctima es mayor es importante su testimonio, la descripción de los detalles, del lugar, la memoria, el estado anímico”.

De lo que venimos diciendo puede inferirse que la comunicación entre la víctima y el sistema penal es unidireccional. Se espera que la víctima diga,

⁶ Si se ha creado en el ámbito de la justicia provincial, la Fiscalía de Género, el concurso abierto por el Consejo de la Magistratura fue declarado desierto, por lo que ese organismo aun no funciona.

cuenta, afirme pueda sostener, un relato creíble a través del tiempo, mientras que la contraprestación desde el sistema judicial no es tan clara: no se le informa sobre sus derechos ni se la contiene ⁷.

13.c.4).- ¿Qué piensan los operadores sobre la retractación de las víctimas?

Otra cuestión que indagamos fue lo que piensan los operadores cuando la víctima se retracta y cómo esto influye en la investigación.

Ante la pregunta de en qué consiste la retractación de la víctima o el “retiro de la denuncia”, y si esto es posible, los operadores entrevistados manifestaron que es muy común que suceda, algunos hacen referencia a la llamada etapa “luna de miel” en el ciclo de la violencia, a la violencia como enfermedad que padecen los protagonistas, al sometimiento que padece la víctima respecto al agresor, lo que nos lleva a los marcos teóricos de la violencia.

Algunas de las respuestas fueron

Cada caso es diferente, hemos tenido casos de personas, de gente que realmente ha mentado, yo recuerdo el caso de una chica de 16 años que estaba enojada con su papá porque no la dejaba salir y entonces inventó que su papa la había abusado, y cuando vino acá no nos quedaron dudas que había sido una mentira de ella. Pero hay otros casos en los que uno ve que hay otro trasfondo y que hay un levantamiento de la denuncia como pasó con la chica Carla Figueroa que ehh... bueno que después nos dimos cuenta todos los operadores, yo no voy a juzgar para nada lo que pasó ni nada pero... digamos conozco otro caso ahora de una chica que quiere levantar una denuncia donde hay un trasfondo mucho mayor, hay un trasfondo de violencia, de sometimiento de sometimiento de esa chica, y que en un momento se anima y hace la denuncia y después se arrepiente frente a las consecuencias de su denuncia, de repente frente a ver a su pareja presa y a las posibles consecuencias de lo que le puede llegar a ocurrir a ella en el futuro que ese tipo salga en libertad, entonces frente a eso intenta retirar la denuncia... (Jueza de Control)

Yo pienso que es una cuestión de enfermedad del agresor y de la víctima, de los dos, ...De enfermos, es como aquel que dice que no voy a consumir más drogas, está diez días sin consumir y después vuelve a consumir, o sea... el tema de la violencia... todo es más o menos igual,Sí, es difícil de entender eh... Es muy difícil de entender porque hacen la denuncia y se me sientan acá donde

⁷ En ese aspecto puede verse Marchiori.

estas vos y me piden por favor que lo larguen, que ahora están bien, que le pegó solamente tres cachetadas y que no es nada, pero bueno uno la ve con el ojo así (hace alusión al ojo golpeado, inflamado), la lleva a hacer revisar a la policía, le hacemos revisar por el médico, le tomamos la presentación de la denuncia acá y a los diez días vienen con que no, que le pegó pero que ahora están bien, que quieren reanudar la cuestión de pareja y bueno... uno a veces se pregunta hasta qué punto el Estado tiene el poder de intervención en estas cuestiones, pero a veces nos dejan... sabemos que el hecho ocurrió, que la primera versión de la denuncia era real pero nos dejan sin pruebas para un juicio...(Fiscal)

Se puede observar cómo se hace hincapié en la víctima, como ella es la que denuncia y luego se arrepiente, la que deja a los fiscales sin prueba para el juicio. Estas apreciaciones nos remiten a la idea de que la violencia contra las mujeres es un proceso que tiene tiempos, retrocesos, que puede volverse público con la denuncia, pero en el que están involucrados otros aspectos más allá del hecho en sí mismo. Existen mandatos culturales de estar juntos hasta que la muerte los separe, porque se tiene hijos en común, la creencia de las mujeres de que él las mantiene cuando en realidad a veces del único ingreso de la familia es de ella, pero aun así los procesos por los cuales se instalan ciertas representaciones sociales está cargado de violencia simbólica.

Otro de los operadores, al contrario, dijo que cuando es una persona adulta no presenta dificultades probatorias porque:

No hay dificultad porque una adulta que decidió venir a denunciar no tiene ningún tipo de reticencia, no la atendemos con cámara Gesell obviamente, y generalmente se preocupa este de... de traer esas pruebas, porque va traer si se lo contó a alguien, si tiene mensajes de texto del victimario que la amenazaba, no, no hay ningún tipo de reparo, al contrario, quiere que esto se resuelva una vez que lo sacó de sí... (Fiscal)

Se advierte las diferencias de opiniones que existen entre los operadores cuando algunos de ellos están más capacitados en lo que implica la problemática de violencia, la fiscal adjunta especialista en asuntos de género, ante la pregunta de cuáles son las dificultades probatorias más comunes dijo:

Mirá yo creo que uno de los obstáculos más grandes tanto en los niños como en las personas adultas es la cuestión de la contrafalla, es muy común en los chicos después de que produjeron el revelamiento del abuso sexual decir que

esto no ocurrió, yo... una relación de manipulación del agresor sobre ellos o a veces no del agresor pero si de familiares que tienen que ver, que van incidiendo en la decisión del niño, que tiene que ver con la culpa que el chico tiene y en el caso de las mujeres adultas lo que sucede es también que se retractan por distintas cuestiones si? Eh... porque tienen miedo, porque fueron amenazadas, porque necesitan sustento económico, acá hay mujeres que no tienen sustento económico si no es por el hombre, porque sienten presión por su familia, por los mismos hijos.

Aclaran que si bien es un delito dependiente de instancia privada, la acción es pública y en la mayoría de los casos el proceso continúa:

El proceso continua, si, en algunos casos si, en otros casos no, hay que ver las situaciones del caso en particular si, la gravedad y demás. Ahora por lo generalmente si, (haciendo referencia a que a partir del caso de Carla Figueroa, pareciera que es una directiva dentro del Ministerio Público la continuación del proceso) el proceso continua, por ejemplo hay causas actualmente en los que el imputado están detenidos y las mujeres están rogando que el imputado quede libre, porque dicen esto no sucedió, y nosotros, los fiscales los mantienen detenidos seguramente las causas se van a elevar a juicio pero bueno no es fácil, no es fácil porque tenemos... digamos acá [el testigo] ...y tenemos el relato de la víctima ante un juez que le va decir que yo estoy mintiendo, entonces eso es una complicación bastante interesante.

En realidad como si está bien promovida la acción penal, es decir, si la promovió la madre, la madre, tutor o vos como Ministerio Público frente a un abuso de esa persona, prácticamente no hay, no hay desistimiento, en menores de edad. Sí, puede haberlo en gente mayor, o sea, ...ponéle gente de 23, 24, 25 para arriba, sí se puede dar, porque a lo mejor vos lo denunciás a tu pareja después te arrepentís... el hecho capaz que existió pero se arrepiente, depende los casos, hay casos en que si el Ministerio Público no prosigue la acción y otros casos que sí.... Estamos? ...No hay un parámetro tan riguroso, depende la causa que vos tenés, el legajo, como lo investigas. Por ejemplo hay fiscales acá que tienen si, denuncias de violación por parte de ex parejas, que la denunciaron, y la mujer ahora viene a... a levantar la denuncia, y el Fiscal no le cree y va a juicio, bueno después se verá que pasa...

No... son acciones de instancia privada, o sea que una vez que se empieza... el aparato del Estado ya empezó a funcionar, después quedará en una cuestión de valoración de los jueces al momento de sentenciar cual es la versión creíble...

Como expuesto, las causas de la retractación son múltiples y

posiblemente inabarcables en lo que respecta a la extensión de este trabajo, pero podemos mencionar algunas como la falta de recursos, el bienestar de sus hijos, no buscar la encarcelación del ofensor sino sólo el cese de la violencia, temer por las futuras reacciones violentas de su agresor, hostigamientos de su familia o cumplir con determinado modelo familiar.

13.c.5).- La derivación y el seguimiento de las causas. La falta de articulación entre las agencias estatales y no estatales

Una de las garantías que establecen las legislaciones nacional y provincial analizadas tiene relación con la articulación entre los distintos sistemas y operadores que abordan la problemática de la violencia de género y la construcción de redes.

De acuerdo a la ley 26485 la violencia contra las mujeres es una cuestión de orden público; la ley manda a conformar equipos técnicos, especialistas. Incentiva la articulación con asociaciones civiles e involucra a todos los estamentos del estado.

En relación a la derivación que se hace de las víctimas hacia otras instituciones para su tratamiento, se apunta a intervenciones de tipo psicológico y terapéutico. Sobre todo se las deriva a: Dirección de Políticas de Género a cargo de la municipalidad de Santa Rosa, y a la Dirección de Violencia Familiar que es un organismo de carácter provincial.

Dentro del mismo Poder Judicial en el caso de menores víctimas de delitos se da intervención a la Asesoría de Menores y al Juzgado de Familia y el Menor que cuenta con un equipo técnico ⁸, cuestión que está prevista en la ley 1918. No se cuenta con información acerca de si estas comunicaciones entre distintos organismos y las derivaciones que se hacen, tiene algún impacto en los niveles de violencia que pretenden disminuir.

⁸ La remisión de las causas penales donde se investiga violencia de género y la articulación entre las agencias se ha comenzado a hacer muy recientemente. Este dato viene a corroborar lo que se ha dicho respecto a la falta de comunicación interinstitucional entre las cámaras criminales y el juzgado de familia y el menor en la etapa comprendida entre 1995 a 2007 cuyas sentencias se han analizado precedentemente.

Por otro lado y de acuerdo a la ley Orgánica del Poder Judicial, en 2013 empezó a funcionar la Oficina de Atención a la Víctima.

Lo que hacemos desde acá generalmente es a pesar de nuestro accionar, en todas las causas, porque no necesariamente las de abuso sexual, pero por ejemplo si hay chicos menores en el medio que pueden llegar a ser víctimas de violencia también, se le da intervención a Violencia Familiar, en donde asisten psicológicamente a todo el grupo familiar, ya sean víctimas directas como víctimas indirectas. Cuando solamente son cuestiones de género, entre marido y mujer y los chicos no se ven afectados, se le da intervención a la Municipalidad, a la Subdirección de Políticas de Género [...] Generalmente cuando advertimos que siempre que es violento está bajo estado de alcoholismo o por sustancias prohibidas, lo que hacemos es le damos vista a la Subsecretaría de Adicciones [...] Es muy difícil el seguimiento posterior, porque hay muchas causas y nosotros no tenemos la posibilidad de estar llamando, digamos necesitaríamos más personal para que se haga un seguimiento, lo que nosotros pedimos por oficios es que ellos nos informen cómo sigue la situación... (Fiscal Adjunta en Asuntos de Género)

Si bien se advierte que la entrevistada toma ciertos recaudos previstos en la ley, resulta difícil de entender la separación que hace entre violencia conyugal (marido y mujer) que serían *solamente cuestiones de género* y la violencia (no solo física) que pueden sufrir los niños. Además la alusión a facilitadores de la violencia como el alcoholismo (en otros casos es la pobreza o el hacinamiento) revela cuál es el sentido y la significación de la violencia de género que tienen algunos operadores.

Mira nosotros en el Ministerio Público se está por crear la oficina de atención a la víctima, que ya se tomó los concursos, todo. Hoy por el momento, derivas a algunos a tratamiento psicológico, pero casi no, es muy raro, en un porcentaje ínfimo, te diría que no, porque no tenés el mecanismo en realidad... (Fiscal)

Si bien uno sólo de los entrevistados reconoció la falta de articulación entre el poder judicial y otros organismos estatales que tratan esta problemática, de las respuestas dadas por todos los operadores jurídicos entrevistados se puede deducir que resulta muy difícil hacer un seguimiento de los casos extrajudicialmente, en algunos casos se dirigen oficios a los distintos centros

de atención para ver si se han presentado los involucrados para su tratamiento, afirmando que las que más concurren son las mujeres y que muy rara vez se presentan los agresores “hombres” porque generalmente “no se reconocen violentos”.

“...sea acá no tenés bien articulado los otros poderes que colaboren en la justicia. No hay mucha [coordinación], es que es lo que paso en el caso Carla Figueroa, no es que falla la sentencia de los jueces, fallan todos los otros organismos intermedios que podrían haber contenido para no llegar a ese extremo, estamos?”⁹

La puesta en juego de distintos capitales que se juegan en el campo jurídico hace decir al entrevistado que fallan muchas cosas, mucho más las que están en niveles de menor jerarquía y de baja decisión, que la de aquellos que ocupan un rol preponderante en el campo jurídico.

Del análisis de las entrevistas podemos concluir que la víctima de los abusos sexuales en casi la totalidad de las causas son mujeres, niñas y niños, que el sistema penal trata de contenerlas -en algunos casos- cuando acceden a él pero de una manera limitada.

Esa limitación se debe a varios factores, entre ellos, la falta de recursos, pero también es importante lograr la concientización de los distintos operadores de la importancia del abordaje interdisciplinario de la violencia, de que las medidas que se toman dentro del espacio judicial sean efectivas y para es necesario llevar un registro y control para hacer los ajustes necesario y para determinar si las acciones tienen o no impactos reales.

Podemos ver que hay ciertos funcionarios del poder judicial que

⁹ Este operador no puede ver que la sentencia del TIP que convalidó el avenimiento entre Carla Figueroa y Tomaselli es una sentencia impregnada de machismo e indiferencia al sufrimiento de la víctima, con un absoluto desconocimiento de cuestiones básicas como el ciclo de la violencia. Hemos encontrado una sentencia sobre avenimiento en la que aun después de la derogación de este instituto, los jueces siguen discutiendo si puede o permitirse el avenimiento (fallo 5/2013 del TIP). Que subsista la posibilidad de discutir la aplicabilidad del avenimiento cuando la figura ya está derogada, permite inferir que el cambio legal sigue siendo resistido por los operadores. La sentencia también planteaba la posibilidad de aplicar los medios alternativos de resolución de conflictos entre las partes involucradas, una mujer y un varón; lo que por suerte la mayoría del TIP rechazó.

desconocen las posibilidades que tienen, paralelas a las soluciones punitivas, de ayudar a la víctima.

La verdad es que yo creo que actualmente no. Hay... Está por creado o está pensado una oficina de atención a la víctima, que creo que nunca se puso en funcionamiento y no mucho más. Si a la víctima se la escucha, se la trata con respeto, se la cuida en esto que te digo de hacer cámara Gesell a los menores, y de cuidar a los mayores, a lo mejor tomándole una entrevista previa con la psicóloga para ver si está preparada anímicamente para poder declarar, pero no creo que haya creado desde el Estado en este momento un organismo para un tratamiento posterior... (Jueza de Control)

13.d).- La Unidad Funcional de Género, Niñez y Adolescencia

En la provincia de La Pampa se creó por decreto N° 934/10 del Poder Ejecutivo la Unidad Funcional de Género, Niñez y Adolescencia, como una especie de comisaria especializada dentro de la Unidad Regional N° 1 de Santa Rosa.

El art. 4 de dicho decreto dispone como algunas de las funciones de dicha unidad “desarrollar y proponer planes y programas de acción, tendientes a prevenir, atender y contener a las personas víctimas de la violencia y grupos vulnerables” y “Organizar y mantener actualizado los registros relacionados con la problemática tratada en el área”.

Ante la presentación de una nota para tener acceso, si es que contaban con estadísticas elaboradas referidas a la cantidad de hechos delictuosos que ingresaban y específicamente los concernientes a hechos contra la integridad sexual, nos fueron extendidas dos copias de: una Estadística Anual correspondiente al año 2011 y otra referida a el período enero-abril de 2012.

De estas estadísticas se observa una clasificación un tanto confusa y generalizada, la división se hace entre: causas judiciales, infracciones al art. 119 del CP y Comunicaciones de la Ley provincial 1918 de Violencia Familiar.

En el año 2011 hubo 534 causas judiciales, 42 infracciones al art. 119 del Código Penal y 277 comunicaciones de la ley 1918.

En el período enero- abril de 2012 hubo 202 causas judiciales, 13 infracciones al art. 119 CP. y 81 comunicaciones de la ley 1918.

A simple vista las clasificaciones que realiza la Unidad para separar los casos ingresados a la dependencia policial son más que cuestionables. Así por ejemplo, denomina ‘infracciones’ a las que conductas que corresponden al delito contenido en el art. 119 Código Penal. No se sabe a ciencia cierta qué se engloba dentro de las causas judiciales ni dentro de la categoría ‘comunicaciones’ de la ley 1918?.

Ninguna de estas preguntas fueron aclaradas en las estadísticas brindadas.

Como dato relevante podemos observar que los casos de violencia sexual si se compara el año 2011 (42 casos) y el período enero- abril 2012 (13) se mantiene estables, o si se quiere, no han aumentado. Lo que sí se han incrementado son las causas judiciales en el 2011 fueron 534 y en el período enero- abril fueron 202, si tomamos como promedio cuatrimestral ese número, al final del año deberían ser alrededor de 600 causas judiciales.

En relación a las comunicaciones de la ley 1918, dicha ley establece que en los casos de violencia familiar (casos en que una persona sufra lesiones o maltrato físico y/o psíquico y/o sexual y/o económico provocado por los miembros de su grupo familiar) en los que se haga una exposición policial, aquellos deberán remitirse inmediatamente al defensor general.

Este funcionario debe citar a las partes a una audiencia que tiene por fin buscar que las mismas reconozcan el conflicto y lleguen a un acuerdo. Esta ley provoca la pregunta inevitable sobre su vigencia luego de la sanción de la Ley 26.485, que prohíbe la mediación y las audiencias que se tomen de las partes deben ser por separado.

Podemos resaltar que la Unidad Funcional de género, niñez y adolescencia es uno de los pocos organismos que releva de alguna manera los conflictos que llegan a su conocimiento, el problema surge si a partir de estas estadísticas es posible diseñar futuras políticas públicas.

Creemos que se debe dotar de herramientas a las instituciones en las que el estado deposita la función de llevar un registro o estadísticas de los casos de violencia de género, ya que ello será fundamental para apreciar la violencia como proceso y poder diseñar pautas eficaces de acción para el futuro.

Bibliografía

Rodríguez, Marcela V. (1997): *Tomando los derechos humanos de las mujeres en serio. En Abregú, Martín y Courtis, Christian: La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*” Buenos Aires, Ed. Del Puerto-CELS. pp 579/620.

Bergallo, Paola: (2012): Entrevista disponible en http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=revistas consulta del 15 de marzo de 2013.

Birgin, Haydeé y Gherardi, Natalia (coords.) (2011): *Violencia contra las Mujeres y Acceso a la Justicia: La agenda pendiente en Birgin, Haydeé y Gherardi, Natalia (coord.) La garantía de acceso a la justicia: Aportes empíricos y conceptuales en Colección Género, Derecho y Justicia. Disponible en http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=ficha_biblioteca&id_article=1185* consulta del 3 de marzo de 2012.

Larrauri, Elena(2007): *Criminología Crítica y Violencia de Género.*Trotta. Madrid.

14).- CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Por Olga L. Salanueva y Daniela M.J Zaikoski Biscay

A lo largo de este trabajo de investigación que se prolongó por algo más de tres años hemos podido observar que el discurso jurídico que se manifiesta y queda plasmado en las sentencias judiciales, en este caso de delitos contra la honestidad o contra la integridad sexual, es mucho más denso y complejo de lo que cabe suponer.

A la elección del legislador que acota la realidad a tipificaciones normativas seleccionadas de una realidad de violencia sexual mucho más vasta, hay que sumar la estrecha y dogmática perspectiva de los operadores jurídicos.

Entre los objetivos que nos proponíamos develar se encontraban desmitificar las ideas de completitud, neutralidad, consistencia y avaloratividad del discurso jurídico especialmente en temas que tienen que ver con la moralidad sexual y la libertad o integridad sexual de las personas, sean niños/as, mujeres o varones, heterosexuales o no.

Conforme lo que pudimos investigar, la modificación legal operó muy lentamente y aun no podemos decir que la nueva moral sexual desanclada de la honestidad haya sido internalizada por los operadores, respetada y aplicada en la doctrina de los fallos.

Es decir, los operadores persisten en investigar la conducta sexual de las víctimas, el cuerpo de las personas abusadas y su testimonio -que debe mantenerse inalterado en el transcurso de los múltiples procedimientos a los que son sometidas- sigue representando en la organización e instrucción de las causas elementos de muchísima importancia.

Así depende de que las víctimas sean mujeres adultas o niñas o personas homosexuales para que desde el discurso jurídico se perpetúen las condiciones de dominación similares a las que las víctimas ya sufren socialmente y en sus familias o relaciones afectivas, generándose en el transcurso mecanismos y prácticas ostensiblemente revictimizadores.

Se descrea de las mujeres que tienen o han tenido relaciones afectivas o son conocidas de sus victimarios, mientras que es evidente que el desconocimiento entre ambos protagonistas del delito es una situación que se valora a favor de la víctima.

Esta idea que se resume en que si se conocen no hay delito; y si son desconocidos, el victimario no tenía derecho; nos remite directamente al concepto de patriarcado tal como lo hemos definido; en el sentido de que si las mujeres y los niños/as son propiedad del varón, ellos pueden hacer y de hecho siguen haciendo lo que quieren.

Esta situación de apropiación se modifica si la víctima es una desconocida. Allí pareciera que la libertad sexual puede tenerse en cuenta a la hora de investigar y sancionar el hecho delictivo, porque en todo caso la moral sexual es objeto de custodia de otro varón.

De modo similar se plantea la situación con los niños/as. Ha sido muy reciente la incorporación del lenguaje y de conceptos provenientes de disciplinas ‘psi’ y sociales. Es decir, es novedosa la incorporación de conocimientos de otras disciplinas, lo que no necesariamente significa que el abordaje del delito sea interdisciplinario.

Estas limitaciones explican que la violencia sexual sea percibida como un hecho aislado y se sostengan ciertos mitos cuya vigencia ha sido corroborada a lo largo del trabajo; y por otra parte, también se explica la inhabilidad de

los operadores de abordarlo como una serie de hechos que forman parte de un proceso más integral, complejo y dinámico de relaciones basadas en el sometimiento, el silenciamiento, y vinculaciones fundadas en la violencia, el terror y la dependencia, aun cuando se den en la familia.

A la situación de los niños hay que sumar la corroboración que hizo este trabajo de supuestos que ya se advertían en la doctrina de los autores y en otras investigaciones empíricas. El abuso intrafamiliar es más frecuente y está más silenciado que otro tipo de ataques a la libertad sexual que pueden salir a la luz más fácilmente.

Hemos analizado sentencias en las que queda comprobado que las madres de los/as niño/as abusados participan -sea acción u omisión- en el desenvolvimiento de los hechos delictivos, tal como lo han explicado relevantes autores citados.

Todo ello es lo que pretendimos investigar mediante la formulación del objetivo que planteaba la exploración de las condiciones de posibilidad de ocurrencia del fenómeno sociojurídico tratado (intrafamiliar o por sujetos ajenos o desconocidos, con o sin violencia sobre la víctima).

En cuanto al tercer objetivo formulado que se relaciona con la descripción del tratamiento y/o abordaje de las víctimas y victimarios por el sistema jurídico penal/represivo pudimos corroborar el presupuestos del cual partíamos: el sistema penal, su instituciones y la forma en que trabajan los operadores se ocupa de ‘castigar’ al victimario pero no de ‘dar justicia a la víctima’ o al menos de que el hecho no quede impune sin atender las causas que originan la problemática.

La víctima deja de ser protagonista, se vuelve un fantasma cuando el hecho que relata en la comisaría, ante los agentes de salud, ante los fiscales empieza a ser investigado por el sistema penal.

El discurso jurídico desplaza la problemática compleja y concreta de las víctimas a un nivel de abstracción y de racionalidad instrumental inentendible para ellas. El sistema penal descuartiza el fenómeno para que pueda ingresar al sistema, el problema deja de ser social o individual del afectado para ser un

problema ‘procesable’ por el sistema jurídico.

En ese tránsito la víctima vuelve a convivir o directamente (sobre todo si es dependiente) sigue viviendo con su agresor, su relato se nutre de nuevos recuerdos, pero ello no atendido por el sistema que en realidad, lo toma como una forma de desdecirse de la primera versión que pudo darse y que quedó plasmada en la denuncia, el sistema lo registra como una retractación o una fábula.

El nivel de imperceptibilidad del daño y en particular el daño síquico, es tal que si no son verificados ‘científicamente’ por médicos legistas o forenses, no hay delito. Hay que ver para creer. No hemos encontrado en el corpus analizado de sentencias dictadas durante más de 15 años, ni siquiera indicios que permitan sostener que el daño síquico y las consecuencias que el delito producen en la víctima hayan sido tomadas en cuenta a la hora de análisis de las condenas y penas a establecer. Esta corroboración nos remite a la instrumentalidad de las víctimas en el sistema penal, en la incapacidad actual del sistema de prever reparaciones y ajustarse a documentos internacionales con vigencia en nuestro país.

Por otra parte, consideramos sumamente valiosa la contribución que desde el aspecto cuantitativo pudo hacer esta investigación, ya que en atención a expresas mandas de convenciones internacionales, hemos podido recuperar datos que surgen de las sentencias y que el sistema penal produce pero no sistematiza. El sistema penal no cuenta con datos ciertos sobre los cuales operar y con que formular las políticas criminales respecto a la persecución del delito y tratamiento de los involucrados.

En algunos aspectos la investigación corroboró perfiles de víctima y victimario que se habían encontrado en otros trabajos. En otras ocasiones no pudo aseverarse ciertas condiciones de producción del fenómeno como lo afirman los autores.

Lo que es cierto es que la familia es un grupo social en el que hay que poner especial énfasis ante la ocurrencia del delito de modo de proveer a su protección, asistencia y amparo. El aporte de las distintas disciplinas y la

formación de operadores de salud, en educación y jurídicos puede favorecer la detección temprana incluso la prevención de la ocurrencia del hecho de violencia sexual.

Del lado del victimario, la selectividad con que opera el sistema penal es alarmante tanto como que se permita que los operadores utilicen todo tipo de técnicas para neutralizar el delito y ello no constituya una injuria en juicio para la víctima.

Durante el tiempo analizado, pudo observarse distinciones en los fallos provenientes de los distintas Cámaras Criminales. Los más flexibles y hasta desaprensivos ante la comisión del delito, su consecuente investigación y condena han sido los camaristas de General Pico, quienes paradójicamente han tenido un mayor número de disidencias ¹ cuyo estudio y análisis ha resultado muy interesante.

Respecto de las Cámaras Criminales de Santa Rosa, si bien pudo obtenerse algún dato -no menor- respecto al monto de la pena impuesta al victimario en caso de condena, tampoco puede decirse que alguna de ellas se distinguiera por sobre la otra.

Menos aún surgen evidencias de que las mujeres como operadoras jurídicas hayan hecho la diferencia en los casos. Casi no hay votos en disidencia, las mismas no necesariamente las hacen las mujeres, de quienes podría predicarse tienen una idea particular del delito en función del género.

Estas consideraciones no abren juicio acerca de la calidad profesional ni mucho menos moral de las personas que ocupan los cargos ni otros operadores como pueden ser los letrados/as defensores o fiscales intervinientes. El positivismo jurídico cala tan hondo que con pensar que aplicando el código se cumple la ley parece que es suficiente. El poder atribuido a la ley es uniformador, lo que nos devuelve a la idea de completitud, universalidad y abstracción del discurso jurídico.

No es un dato menor que el discurso de los derechos humanos y los

¹ Ver análisis de los casos de General Pico 3327/96, 4509/2000 y 7425/2006 entre los más importantes.

estudios de género no hayan sido parte de los contenidos curriculares de la socialización profesional de los operadores. De modo muy reciente y tal vez desarticuladamente se están empezando a incorporar estas perspectivas. Esta situación no exime a los operadores y menos a los jueces de la responsabilidad social que les cabe en la custodia de la integridad del plexo normativo constitucional y convencional, en definitiva en el cambio legal, máxime que se cumple a rajatablas con las garantías de ciertos sujetos y no de otros, justamente los últimos en incorporarse al pacto social en condiciones de ciudadanía.

Mediante esta investigación hemos podido corroborar más que suficientemente la hipótesis que guió este trabajo: que los operadores jurídicos trasladan y aplican su perspectiva de clase y género basada en una determinada moral sexual al tratamiento de los hechos delictivos en los que le toca intervenir y que se manifiesta en la valoración del hecho, selección de las pruebas y en el establecimiento de la condena y graduación de la pena, es decir tiene una seria dificultad de descentrarse de sus atributos sociales.

Por otra parte, los datos obtenidos, la información elaborada y el análisis efectuado permiten sostener claramente que se mantiene un desfase entre la letra y el espíritu de los nuevos delitos del Título III del Código Penal y el discurso jurídico de los jueces que se manifiesta en la persistencia de prácticas que mantienen las valoraciones contenidas en los antiguos tipos penales.

Lo que en definitiva también permite afirmar que las respuestas que da el sistema jurídico penal a la problemática de la integridad sexual es aún insuficiente tanto para las personas que sufren el delito, sus familias y vínculos más directos como para el victimario.

Estas aproximaciones que hemos realizado nos permiten seguir trabajando fundamentalmente sobre la situación de la víctima, principal sujeto afectado en el hecho delictuoso cuyo sufrimiento motiva el inicio de las causas.

Asimismo, cabe destacar que sería muy importante continuar la exploración y análisis de problemas e incógnitas que han surgido durante el transcurso de la investigación.

Quedan abiertas preguntas acerca de la forma en que se condena y se

establece la pena, acerca del rol de las mujeres operadoras del derecho y las posibles respuestas que el sistema -al menos en nuestra provincia- puede estar proveyendo en la actualidad, teniendo en cuenta que se ha creado la Oficina de Atención a Víctima del delito y al Testigo como así también ha aumentado la valoración social del tema, tanto como para traducirse en la creación de dependencias, comisarías y otros organismos.

Respuestas que buscan las víctimas, sus familias y los victimarios, respuestas que inciden en el grado de violencia social que existe a partir de modificar la sensación de impunidad que atraviesa el fenómeno cuando las respuestas no satisfacen a los involucrados ni a los que, desde otro lugar, estamos preocupados.

DE LAS AUTORAS

Olga Luisa Salanueva. Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP y Especialista en Sociología Jurídica UNLP. Docente Investigadora cat. I. Directora de proyectos de investigación en la UNLPam, en la UNLP y en el FONCyT-ANPCyT. Ex titular de las cátedras de Sociología Jurídica de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam y de Introducción a la Sociología de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Jubilada como investigadora. Actualmente Directora de la Maestría en Sociología Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

Daniela M. J. Zaikoski Biscay. Abogada UNLP. Especialista en Derecho Público UNC. Magíster en Sociología Jurídica UNLP. Docente de Introducción a la Sociología y de Sociología Jurídica en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam.

Cecilia Beatriz Olivieri. Se desempeña como asistente de los Jueces de Control de la Primera Circunscripción Judicial de la provincia de La Pampa. Fue becaria del Programa Becas de Iniciación en Investigación de la Universidad Nacional de La Pampa.

Claudia A. Machado. Nació en Santa Rosa (La Pampa), en 1986. Se recibió de abogada en la Universidad Nacional de La Pampa. Fue becaria del Programa Becas de Iniciación en Investigación de la Universidad Nacional de La Pampa. Ha presentado resultados de sus investigaciones sobre violencia de género y violencia sexual en ámbitos académicos y congresos de Sociología Jurídica en diversas provincias del país. Actualmente ejerce la profesión, dedicándose en particular al Derecho de Familia.

Anabel Surin. Abogada egresada de la UNLPam. Actualmente cursa la Maestría en Género, Política y Sociedad en FLACSO. Es empleada del Poder Judicial de la provincia de La Pampa. Fue becaria del Programa Becas de Iniciación en Investigación de la UNLPam.

*Edición: EdUNLPam - Universidad Nacional de La Pampa
Santa Rosa, La Pampa, Marzo de 2015.*

La reforma legal operada por la ley 25087 sobre 'Delitos contra la Integridad Sexual' fue el resultado de la labor de los grupos feministas y recogió postulados del derecho penal, la criminología, del derecho de los derechos humanos, los estudios y abordajes sobre víctimas y principalmente los aportes teóricos de los estudios de género.

En tal sentido, la idea de realizar una investigación sobre sentencias dictadas en causas penales relacionadas a la violencia sexual tuvo su origen en las actividades curriculares de la cátedra de Sociología Jurídica de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam y la articulación con la organización no gubernamental 'Fundación Ayudándonos'.

Nuestra perspectiva sobre los delitos sexuales parte de una toma de postura a favor de la libertad sexual de las personas, a favor de los derechos de las mujeres y niños/niñas mayoritariamente implicados como víctimas en este tipo de delitos, cuestión que nos llevó a estudiar las valoraciones e ideologías, representaciones y concepciones que sostienen diversos operadores involucrados en la trama de las investigaciones penales de estos delitos.

Los textos que presentamos exploran y analizan el discurso jurídico contenido en casi trescientas sentencias dictadas por las Cámaras Criminales de La Pampa en casos de delitos sexuales entre los años 1995 a 2010. Hacemos un recorrido socio-histórico de los cambios legales, sociales, políticos, hilando los avances y retrocesos en la consolidación de derechos de mujeres, niñas y niños como sujetos de ciudadanía.

En el análisis y puesta en crisis de los modelos de libertad sexual, sexualidades, moral sexual, castidad, heterosexualidad obligatoria, consentimiento de la víctima, inexperiencia sexual y otros, plasmados en las sentencias penales, se colaron discusiones teóricas con distintas autoras y autores, debates que ponen en evidencia las deficiencias en la aplicación del estándar de la debida diligencia en la investigación de estos crímenes por parte del Estado y particularmente de los operadores jurídicos.

ISBN 978-950-863-228-9



FACULTAD DE CIENCIAS
ECONÓMICAS Y JURÍDICAS

Universidad Nacional de La Pampa



REUN

RED DE EDITORIALES
DE UNIVERSIDADES
NACIONALES