

Herramientas superadoras en el marco de valoración probatoria en casos de violencia de género

El fenómeno social de la llamada violencia de género, tan visualizado a partir de distintas acciones sociales concretas, difícilmente encuentre en el ámbito del derecho penal positivo las herramientas necesarias para paliar el daño que importa, que no necesariamente encuentra su patrón más grave en su versión física, pues el golpe a la subjetividad es el peor de todos, no deja marcas visibles y permanece mucho más tiempo.

Es que la vieja versión del código penal no trae un catálogo de delitos que punan concreta mente este tipo de conductas, sino que las mismas deben adaptarse a tipos penales básicos que en su órbita de punición alcanzan sólo una parte de la violencia de género. (vgr. lesiones, homicidios, amenazas, y otros).

En oportunidad de agregarse en el catálogo de los homicidios agravados la llamada figura del femicidio, la cual fue recibida augurosamente, se pensó apresuradamente que se había dado un gran paso, pero a medida que so-

cialmente se corren los velos del contexto de género se comprueba tristemente que ello sólo no alcanza porque dicha figura penal puede abarcar una mínima porción de la totalidad del universo dañado por estas conductas.

Seguir leyendo puede sumir al lector desprevenido en el mal augurio de sólo encontrar una larga diatriba de críticas al sistema y la desprotección que ello conlleva, sin embargo el camino que vamos a emprender nos va a conceder una salida digna y legal al problema mientras aguardamos la reforma que las leyes penales necesitan. Es que por vía de interpretación jurídica podemos llegar al camino esperado con las herramientas proporcionadas por el deber insuperable de los magistrados de aplicar el control de convencionalidad, con más los ejes primordiales de la teoría de la prueba y las reglas de valoración probatoria del proceso penal, pudiendo de este modo dar nueva vida y eficacia a las medidas cautelares y/o a las sentencias en el marco de este cuadro que nos asola seriamente. Bien

digo cuando digo «nos asola» pues la única parte que no podemos resolver es la que goza de la más extrema invisibilidad, pero es la que más «pega», la que más «duele» que más dura, simplemente porque me refiero a todas las formas de control psicológico y/o emocional que sumen a la mujer en una total desprotección en cualquier de sus formas (acoso laboral, violencia doméstica, dominación económica, etc.).

En este sentido se expide la Convención para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer «Belem do Pará» señalando en su art. 1 que la violencia contra la mujer comprende: «cualquier conducta u acción basada en su género, que cause daño o sufrimiento, físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público y privado».

De este concepto y su ámbito privado se deriva el fenómeno jurídico y social que se ha dado en llamar «violencia doméstica» en el marco del cual, el hombre que goza de una

gran ascendencia sobre la mujer, por medio de las constantes manifestaciones de superioridad masculina, la sojuzga y anula su identidad e individualidad, aunque no siempre, tal como he anunciado necesariamente a través de violencia física. Las peores secuelas y consecuencias devienen quizás del puño silencioso e invisible con el que se azota la integridad psíquica de la mujer, casi anulándola como ser consiente.

La violencia de género y en especial la doméstica supone relaciones de fuerza para ejercer dominación y/u opresión. La persona víctima se transforma en la convivencia, prácticamente en un subordinado sin libre albedrío, que termina internalizando las desigualdades de manera natural, asumiendo el lugar que le toca a cada sexo según su conceptualización física y social. Esta situación que se percibe como natural se torna invisible y por lo tanto, deberá considerarse con criterios especiales, el manejo de todas las herramientas procesales (en especial los criterios de valoración de la prueba) a fin

de producir un develamiento u aparición de esos elementos subyacentes.

Muchas veces, tal como nos ha demostrado la experiencia de los casos sometidos a nuestro grado de conocimiento, la mujer goza hasta de disponibilidad de movimientos físicos, contando con la posibilidad material de alejarse y huir de su agresor pero vuelve a casa donde convive con el mismo; este hecho si no se lo pasa por el tamiz de la pérdida de subjetividad de la violencia de género, resultaría inexplicable.

Cualquier intérprete desprevenido podría preguntarse ¿cómo no hace uso de ese ámbito de libertad para escapar del yugo? La respuesta se impone, pues porque la víctima en estas condiciones no goza dentro de su acervo emocional de ningún ámbito de libertad, las cadenas psíquicas con que la neutralizan cobran su invisibilidad. La vuelta al hogar teniendo la posibilidad de no hacerlo, es un indicio acabado del predominio silencioso que el autor ejerce sobre ella.

En este marco de análisis corresponde incorporar una especial forma de valoración probatoria de la declaración de la víctima, pues en general muchos de los extremos fácticos analizados encontrarán abrigo sólo en su propio relato, debiendo considerarlo con menor rigor formal que frente a otros supuestos diferentes, siendo que especialmente cobrará importancia la prueba indiciaria o de contexto, con más la importancia basal del aporte de los otros profesionales especializados que ayudaran a descifrar el lenguaje corporal y encriptado de los comportamientos de la víctima.

Ello, sin lugar a dudas, nos pone en contexto de la particularidad de situación del caso, pues al desarrollarse en un ámbito doméstico en el que víctima y victimario conviven, y en el que se desarrolla la violencia condenada de forma lapidaria por la sociedad, el autor se verá obligado a subsumir su acción en un estricto y cerrado círculo de silencio, cuidando al extremo cada detalle de su obra, de manera que nada pueda dar indicativo de la misma.

Justicia y Género

Herramientas superadoras en el marco de valoración probatoria en casos de violencia de género

Es común que para mantener a la mujer callada, la amenacen con lastimar a su familia más cercana o incluso con el propio suicidio del agente. Huelgan las palabras al pensar la mella que ello hace en el desarrollo emocional de la misma, por lo que es que en este marco de situación, el gran desafío lo tendrá el juzgador a la hora de valorizar la prueba que, posiblemente, nunca sea la directa de la existencia de la consumación, dada las circunstancias descriptas con anterioridad.

Ello debe posicionarnos en un especial estudio de lo colectado, puesto que es en este marco circunstancial en el que la prueba se inserta cobrando un extremo valor la suma de indicios contestes que nos llevan a la verdad de lo ocurrido. En estos casos el juez deberá hacer un minucioso y pormenorizado análisis de cada uno de los elementos sometidos a su grado de conocimiento, llevando inclusive a prestar mayor atención a pequeños detalles a fin de revelar una verdad que particularmente en estos casos permanece oculta tanto para la víctima como para el imputado.

Es que a diferencia de otros delitos donde el testimonio de la víctima contribuirá en grado sumo a revelar lo

acontecido, en estos casos las víctimas se sumen en tal grado de vulnerabilidad que tienden a ocultar y hasta callar algunos detalles que el sólo recordarlos las traumatiza aún más o se munen de una gran culpa por lo ocurrido, y callan convencidas de que «hicieron algo malo» y nadie les va a creer su versión de los hechos.

Es más, normalmente el develamiento surge en un ámbito distinto al familiar, en el que se abordan temas alejados pero aledaños a su vida privada y en el cual se sienten confiados pero ajenos a su círculo más próximo, y en la mayoría de los casos, siempre con alguna intervención terapéutica mediante.

La mayor pérdida de subjetividad se da en el plano del convencimiento de que el hombre es así y que la quiere, y es por eso que actúa de esa manera y por ende acepta la situación hasta que se vuelve insostenible.

Es decir, estamos en presencia de un fenómeno único en el universo jurídico con una especial composición de los sujetos y de la relación que los une, con una gran limitación probatoria y con un modo de interpretación no aplicable a ningún otro suceso pa-

recido. Resulta especialmente necesario ser muy puntilloso en el análisis y el tratamiento de la prueba que emana de la víctima, pues la especial situación en la que se encuentra y su contexto social, determinan que en la mayoría de las veces se produzca un descreimiento y silencio concertado acerca de estas situaciones, poniendo a la mujer en la opción de acogerse en la protección del silencio, reprimiendo muchos recuerdos que suelen surgir en el ámbito de su conciencia en forma de representaciones o rodeados de justificaciones hacia su opresor. Por ello, el juzgador debe poner mayor énfasis al superar el estado de incertidumbre, siendo más delicado con la elección probatoria y en su valoración, lo que conlleva una consecuencia inmediata en la justificación de su decisión a través de una efectiva fundamentación de la sentencia.

Estas someras ideas acerca del marco fáctico especial del tema, nos dan la necesaria pauta de que la actuación de la Justicia requiere de un especial método de evaluación del caso sometido a su conocimiento en el que deberá tenerse en cuenta especialmente la vulnerabilidad eterna e irremediable de una víctima ante la impunidad

de su agresor, motivada en el simple hecho de poder pararse ante la especialidad del fenómeno social de la violencia de género que en algunos casos llega hasta el maltrato infantil.

A la hora de determinar el contexto en el que debe ser analizado cualquier encuadre típico en este marco de actuación, resulta una herramienta fundamental lo traído por la ley 26.485 en cuanto define que: *«Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte la vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica, patrimonial, como así también su seguridad personal»*.

Y este marco conceptual debe centrarse el escenario de las conductas sufridas por las víctimas de violencia de género, (amenazas, lesiones, daños, tentativas de homicidio) las cuales no sólo surgen de sus propios dichos sino por una serie concatenada de circunstancias externas que puestas en contexto son aptas para demostrar la absoluta certeza de existencia de dichos delitos, las cuales no sólo se re-

fieren al contexto del hecho sino a la posterior conducta de la víctima que confirma que la misma sufría de un grave amedrentamiento.

Entre ellas debemos tener en cuenta a las personas de confianza de la víctima quien si bien, se encuentra encerrada en un círculo de silencio, puede hacer referencias que puestas a ser analizadas como una serie concatenada de indicios puede llegar a probar lo ocultado por la víctima desde otro angular.

Fundamental será también contemplar de manera fundamental el testimonio de los diversos profesionales que intervienen el decurso del caso, ya sea evaluando como asistiendo posteriormente a la víctima en el largo camino de recuperación que puede emprender si es una vez rescatada.

A veces la comparación entre la conducta posterior y la anterior no sólo da cuenta de la existencia del delito, sino de la marcada situación de género. Testimonios de psicólogos, peritos, asistentes sociales (relevados de secreto) incorporados debidamente al juicio pueden dar perfecta cuenta de la existencia de delitos de este ti-

po completando el silencio en el que se encontraba sumida la víctima una vez presa del fenómeno de la violencia de género.

Las nuevas formas de ejercicio de la violencia requieren de otras herramientas interpretativas que combinadas puedan proporcionar los métodos necesarios de valoración probatoria en aquellos casos del fenómeno llamado «prueba difícil» por razón de su contexto o de su especificidad o del marco social de violencia en el que se ve inmerso, pues el caso se envuelve en la oscuridad del accionar del autor y el tremendo silencio temeroso de la víctima.

Una interpretación liviana del presente puede sugerir que estas líneas no encuentran andamiaje legal pero si lo tienen, pues el método puede encontrar vía, tal como de soslayo ya hemos referido, al echar manos de herramientas procesales y convencionales ya existentes y ensamblarlas en un marco interpretativo de condiciones especiales.

Para todo este derrotero procesal se cuenta con una herramienta fundamental, la llamada prueba indiciaria,

sobre la cual vamos a marcar algunos elementos interpretativos o puntos de partida para encontrar su verdadero concepto, sobre todo porque existe el error de restarle valor a la misma frente a la mayor contundencia de otras pruebas.

Sin perjuicio de ello, debemos partir del concepto que de acuerdo a moderna doctrina, el indicio es un «elemento de prueba» toda vez que es un dato dentro del universo de la causa debidamente comprobado por vía de algún medio probatorio legalmente consagrado. Dicho dato surge por inferencia del juzgador, cuya operación mental le traerá a conocimiento un hecho desconocido y relevante para llegar al objeto a demostrar, devenido de otro hecho efectivamente comprobado en el caso.

Se ha querido intentar restar valor al indicio al definirlo como prueba indirecta, sin embargo ello no es exacto pues el conocimiento adquirido por el juzgador siempre necesariamente es indirecto en su propia percepción. Dicha idea errada surge de entender al indicio como una prueba alejada del objeto a probar, cuando en realidad el mismo acredita de forma directa una parte de dicho objeto, requiriendo de

un mayor análisis inductivo y certero que surja de entrelazarlo lógicamente con otros elementos dando lugar a una interpretación unívoca de lo ocurrido, de manera **que sea esa y no otra** en realidad.

El error parte de entenderlo en función de la distancia con el hecho a probar, cuando hay que interpretarlo en función de la relación de parcialidad o totalidad que guarda con el mismo. El indicio por tanto no tendrá un menor valor probatorio, sino que requerirá un mayor esfuerzo analítico de inferencias del juzgador para llegar de manera indubitante a la prueba del objeto a demostrar. Cobra relevancia para ello el especial ejercicio que deberá hacer el juzgador para establecer su inferencia basado en reglas de puro razonamiento, su experiencia a la hora de juzgar y el conocimiento acabado de la causa (cfr. Jauchen, Eduardo. pág. 516 Tratado de la Prueba en el Sistema Acusatorio Adversarial. Ed. Rubinzal-Culzoni. Año 2017).

Tal como ha dicho la doctrina, puede suceder que si se toman de manera aislada los indicios puedan aparecer como insignificantes, sin embargo será su correlación, su unidad y su relación

inescindible con el hecho a probar, lo que les conferirá su fuerza acreditante. Pero si entiende erradamente la escasa contundencia de la herramienta procesal presentada, la cual tal como se ha explicitado cobra fuerza en la unidad, viene a salvaguardar cualquier detracción, las herramientas traídas por las convenciones internacionales y la interpretación que de las mismas hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien ha tenido innumerables y lamentables oportunidades de analizar cuestiones de género que incluso han emanado de la violencia desplegada por el propio Estado.

«La Corte reitera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en po-

líticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales». Corte IDH. Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Esto nos pone en una especial obligación judicial de aplicar el deber de convencionalidad que para el caso no se traduce en aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos sino también la Específica Convención Belem do Para, de acuerdo a lo cual ceden los criterios interpretativos no sólo en materia de valoración probatoria, sino aplicando las específicas interpretaciones que de la violencia de género trae la Corte Interamericana de Derechos humanos.

Al respecto, la Corte considera pertinente señalar que la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos violatorios de los derechos humanos no se deriva solamente de la Convención Americana. En determinadas circunstancias y dependiendo de la naturaleza de los hechos, esta obligación también se desprende de otros instrumentos interamericanos en la materia que establecen la obligación a cargo de los

Estados Partes de investigar las conductas prohibidas por tales tratados. Por ejemplo, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belém do Pará». Así, este Tribunal ha establecido que los Estados tienen «el deber de garantizar el derecho de acceso a la justicia [...] conforme a las obligaciones específicas que le imponen las Convenciones especializadas [...] en materia de prevención y sanción de la tortura y de la violencia contra la mujer. Dichas disposiciones [...] especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado con respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana», así como «el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal»⁶⁸.

Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012.

La especial intensidad permanentemente remarcada por la Corte, se traduce en el deber estatal de actuar con la mayor y más estricta diligencia pa-

ra proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las mujeres frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia.

Y es este deber primordial de ejercer ese control de convencionalidad aplicando los apotegmas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que debe ampliar los parámetros de valoración probatoria, cuya estrictez debe ceder para aquellos casos de especial conformación sociológica que respondan a los parámetros delineados por la legislación aplicable que determinan la presencia de un supuesto de violencia de género. Para cuyo caso, probada la violencia, se aplicarán los cánones valorativos de la prueba, anteriormente descriptos mientras aguardamos una indispensable reforma del Código Penal que traiga contempladas entre sus líneas al verdadero flagelo contra la condición femenina que es la violencia silenciosa que no deja marcas, que no se ve, pero que cala más hondo que cualquier puño y sume a la víctima en la peor de las invisibilidades ante el sistema de Justicia. ■