

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LAS RESOLUCIONES SOBRE DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL¹

Autora:

Datos Personales:

Apellido: OLIVIERI

Nombres: CECILIA BEATRIZ

D.N.I.: 31942598

Correo Electrónico: ceciliaolivieri@hotmail.com

Institución: Alumna de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas – Universidad de La Pampa

Comisión:

Número 3: Delitos, controles institucionales y sistemas represivos

¹ Beca de Iniciación en Investigación - Resolución N° 042/2007 del Consejo Superior de la Universidad Nacional de La Pampa

Resumen:

Si bien Argentina ha sido escenario en la última década de un movimiento de reforma penal en lo que se refiere a los delitos contra la integridad sexual, se han modificado el bien jurídico tutelado, ampliado la gama de agravantes y criminalizado una serie de conductas de menor incidencia; no se ha generado en la práctica, ninguna reacción seria para enfrentar este flagelo, y el sistema de justicia penal se limita a intervenir repitiendo viejos esquemas.

El discurso del derecho penal no ha podido a más de diez años de la reforma responder a los interrogantes jurídico-penales que se plantean y principalmente su afectación para la vida social y el goce de los derechos humanos.

Por ello y en la búsqueda de una solución, resulta importante dar a conocer cómo los jueces resuelven sobre estos tipos penales, ya que estos casos habitualmente exigirán elecciones o preferencias del aplicador, lo que implica el reconocimiento del elemento valorativo y estas preferencias pueden influir en la valoración de la prueba, y por ende en el tratamiento a las víctimas y a los victimarios.

Introducción:

En nuestra sociedad, se requiere para administrar justicia, que las resoluciones judiciales estén debidamente fundadas, bajo pena de nulidad.

Asimismo 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 subyacente en el anterior título denominado "De los delitos contra la honestidad"².

² El Artículo 119 del Código Penal de la Nación Argentina reza persona de uno u otro sexo cuando esta fuera:

*menor de 13 años

*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".

2. "La pena será de 4 a 10 años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima".

3." La pena será de 6 a 15 años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del párrafo 1º hubiere acceso carnal por cualquier vía".

4." En los supuestos de los párrafos 2º y 3º, la pena será de 8 a 20 años de reclusión o prisión si:

a) resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;

b) el hecho fuera cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto conocido o no, encargado de la educación o de la guarda;

c) el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;

d) el hecho fuera cometido por dos o más personas, o con armas;

e) el hecho fuera cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;

f) el hecho fuera cometido contra un menor de 18 años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo".

5. "En el supuesto del párrafo 1, la pena será de 3 a 10 años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a, b, d, e, ó f".

En el artículo 120 (ley 25087, Art. 3) se expone:

1. "Será reprimido con prisión o reclusión de 3 a 6 años el que realizare algunas de las acciones previstas en los párrafos 2º y 3º del Art. 119 con una persona menor de 16 años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado".

2. "La pena será de prisión o reclusión de 6 a 10 años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a, b, c, e, ó f, del párrafo 4º del Art.119".

En el artículo 124 CP se expresan los agravantes de ambos artículos (119 y 120) cuando se manifiesta:

Sin embargo, ¿Qué significa argumentar jurídicamente? ¿Las resoluciones judiciales siguen teñidas de valoraciones y condicionamientos por parte de los que juzgan? ¿Hasta qué punto se diferencia la argumentación jurídica de la argumentación ética o de la argumentación política?

A partir de estos interrogantes, surge mi necesidad de estudiar los productos jurisprudenciales de un Tribunal a fin de intentar buscar las pautas que permitan prever en alguna el comportamiento futuro de los jueces, en casos relevantes como lo son los delitos contra la integridad sexual.

Desarrollo:

Argentina, otorgó jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos al momento de la Reforma Constitucional de 1994, en su artículo 75 inciso 22 y por tanto también se obligó a la implementación de sus normas. De este modo, se ha dado un avance cualitativo destacable en cuanto al acceso formal al reconocimiento de tales derechos.

Dentro de los avances, sin duda, deben mencionarse la enorme cantidad de leyes que ha ido abriendo camino a favor de la igualdad de oportunidades y en contra de las prácticas discriminatorias. Y entre ellas ha sido la Ley N° 25.087 que modifica radicalmente todo el Título III del Código Penal, antes mal llamado De los delitos contra la honestidad, que pasaron a ser luego de la reforma, los Delitos contra la integridad sexual.

La reforma ha tenido dos aspectos principales: por un lado se modificó el bien jurídico tutelado dejando de lado la arcaica construcción del delito sexual como una ofensa al honor así como el abandono del estándar probatorio de "mujer honesta" que poseía una enorme carga perfeccionista que, en definitiva, no le compete al derecho penal. La ley protege a partir de la reforma, la libertad individual en su capacidad de decisión sobre el uso de la sexualidad. Por el otro, de manera consistente con el fenómeno que se denomina de "inflación penal"³, se amplió la gama de agravantes criminalizando una serie de conductas de menor incidencia sobre el bien jurídico tutelado.

Sin embargo, la mención a "la integridad sexual" en el título, guarda todavía algún resabio moralista innecesario. El discurso del derecho penal no ha podido a más de diez años de la reforma legal

"Se impondrá reclusión o prisión de 15 a 25 años, cuando en los casos de los artículos 119 y 120, resultare la muerte de la persona ofendida".

³ El Código Penal Argentino ha sufrido unas casi novecientas reformas en su texto desde su entrada en vigencia; hecho que ha generado no sólo la pérdida de gran parte de su coherencia interna y organicidad, sino que ha redundado directamente contra el principio de legalidad, tanto de los delitos como de las penas. Circunstancias sociales, políticas y económicas, muchas veces bajo el título de "emergencias", facilitaron, particularmente en la última década, un gran número de modificaciones en las escalas punitivas, pero también el dictado de leyes especiales tipificando delitos por fuera del Código Penal, que han inflado desmesuradamente el fenómeno punitivo y provocado que hoy nadie pueda saber, con algún grado fiable de certeza, cuáles son las conductas que merecen un reproche penal y, en tal caso, cuál es el alcance del mismo.

responder a los interrogantes jurídico-penales que se plantean en torno a este delito y principalmente su afectación para la vida social y el goce de los derechos humanos.

El discurso jurídico refleja toda esta problemática, y a su vez la condiciona, y muchas veces la agrava, utilizando preferencias valorativas y moralista a la hora de decidir sobre el conflicto.

En la búsqueda de una solución, surge la necesidad de investigar acerca de cómo los jueces resuelven sobre estos tipos penales, ya que estos casos habitualmente exigirán elecciones o preferencias del aplicador, lo que implica el reconocimiento del elemento valorativo.

Asimismo, creo que es importante dar a conocer cómo estas preferencias influyen en la valoración de la prueba, y por ende en el tratamiento a las víctimas y a los victimarios.

A tal fin, primero es dable destacar que, la finalidad de la motivación de las resoluciones judiciales es contribuir a que, en todos los casos, se expongan las razones que sustentan la resolución 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 es consustancial a la necesidad de procurar siempre una consciente y eficiente realización jurisdiccional del Derecho en cada caso concreto.

En tal sentido, Perfecto Andrés Ibáñez⁴, siguiendo la opinión de Luigi Ferrajoli, representa el modus operandi del juez como la combinación de tres inferencias: una inferencia inductiva (Fulano ha causado la muerte de Mengano); una inferencia deductiva (Fulano ha cometido un delito de homicidio), y un silogismo práctico (que permite llegar a la conclusión o parte dispositiva de la sentencia: Fulano debe ser condenado a tal pena).

La corrección de la argumentación inductiva del juez debe evaluarse a partir de ciertos criterios: la inferencia debe tener un referente empírico determinado; la hipótesis acusatoria debe ser ratificada por más de un hecho; mientras menos inferencias se hagan para llegar a la conclusión, más confiable será; la hipótesis debe resistir las contrapruebas de la defensa; deben quedar desvirtuadas las hipótesis alternativas, y si hay varias hipótesis hay que optar por la más simple.

A su vez, es importante señalar, que conforme al sistema jurídico vigente, en las resoluciones judiciales sólo podrán admitirse como ocurridos los hechos o circunstancias que hayan sido acreditados (con distintos grados de convicción, según que 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.

Además, hay que tener en cuenta que en los modernos ordenamientos procesales, rige ampliamente el principio de libertad probatoria, por el cual todo puede probarse por cualquier medio lícito, siempre que sea pertinente y vinculado con el objeto procesal. 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

⁴ Andrés Ibáñez, Perfecto. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en “Los hechos en la sentencia penal”, Ed. Fontamara, México, D.F., 2005, p. 46

podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Claro está, que este no es un principio absoluto, ya que han establecido limitaciones probatorias cuando se afectan garantías constitucionales o han sido incorporadas al proceso en violación a las formalidades procesales dispuestas para su producción.

En tal sentido, es evidente que en algunos ilícitos la recopilación y la conformación del andamiaje probatorio resulta no tan 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 fina y llevada a cabo con mucho tino pues están en juego, en primer lugar, bienes protegidos de muy elevada entidad que le asisten al sujeto pasivo y por otra parte, una pena sumamente severa que pende sobre la humanidad del sujeto activo.

Medios de prueba que se instrumentan

Algunos de las medidas probatorias que se utilizan comúnmente para acreditar delitos contra la integridad sexual, son:

I-La declaración de la víctima:

La firme imputación de la víctima sumada a la incorporación de indicios relevantes, son suficientes para sospechar que el imputado participó en el delito achacado, máxime en este tipo de delitos que se desarrollan casi siempre fuera de la presencia de terceros”⁵

Por tal razón, es un indicio fundamental la fiabilidad del testimonio de la víctima. De tal manera es fundamental que se establezca pericialmente que la víctima no es una persona fabuladora.

II- Los peritajes psicológicos del imputado y la víctima:

También resultan de suma importancia, las pericias psicológicas que se efectúen al imputado, en cuanto puedan marcar dificultades en su identidad psicosexual.

Asimismo, el informe psicológico puede dar cuenta de una perturbación emocional del damnificado, compatible con haber sufrido situaciones de victimización sexual⁶. También puede establecer tendencias precoces respecto a lo sexual que se manifiesten en el habla, la vestimenta o la conducta.

⁵ Cámara Nacional Criminal y Correccional ,sala 4, 10/3/2003, “Escobar Alfredo”

⁶ La victimización sexual representa una gran variedad de conductas y una notable complejidad psicológica y social. Los delitos sexuales se configuran como una problemática de afectación mundial y carácter grave a razón

III- Los 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.

IV-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. Se tiene dicho que "el simple hallazgo de semen o sangre en las prendas íntimas de la víctima es indicio contra el autor, más allá de los posteriores estudios genéticos (C Nac Crim y Corr, sala 1era, 15/8/2000.Bocerup, Ricardo).

V-Reconocimiento de personas y cosas:

Otros medios probatorios, como el reconocimiento fotográfico del reo por parte de la víctima, suelen cobrar importancia cuando la misma está en condiciones de llevarlo a cabo, igualmente ocurre con el dictado de rostro cuando no se sabe quien es el autor y la víctima ha retenido en la memoria su fisonomía.

En ciertas ocasiones, se suele requerir por parte de los Fiscales que investigan, que la víctima efectúe un detallado relato acerca de las particularidades del lugar en que ocurrió el episodio, para poder efectuar una compulsa "in situ", que permita determinar la fidelidad entre dicho relato y las características físicas del lugar, que de coincidir se transforman en otro indicio de valor. Así, resulta de práctica solicitar registros domiciliarios, para verificar detalles de las habitaciones o lugares, prendas, cuadros, color de paredes, muebles, aberturas y otros detalles referidos por las víctimas, siendo también frecuente los secuestros de objetos que presentan vestigios o guardan relación con los hechos.

del fuerte nivel de traumatización que recae sobre la víctima, los efectos que de ella se desprenden para la sociedad y el fuerte e implacable juicio social y moral frente al agresor.

VI- La Cámara Gesell:

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 las otras partes del proceso.

Este sistema de observación y obtención de material probatorio, como lo sería la declaración de un menor violado o abusado, en esencia, busca desterrar la posibilidad de inferir mayores daños psicológicos a la víctima, que a lo largo de la historia judicial, ha sido objetivada y revictimizada, por reiterados interrogatorios, que recrean y mortifican en su psiquis el hecho traumático que lo ha estigmatizado y constituye el objeto procesal.

Algunos interrogantes:

La primera figura del abuso sexual se encuentra en el artículo 119 del Código Penal. Describe la forma simple que se podría asimilar al antiguo abuso deshonesto. Se le ha agregado la "relación de dependencia, de autoridad o de poder para configurar "el acoso sexual".

La figura tercera dentro del mismo artículo se podría homologar a la antigua figura de la violación que ocupaba todo el artículo 119 anterior.

En la primera figura, la acción del victimario, se limita a violentar la superficie corporal de la víctima y en la tercera la acción trasciende la superficie externa y se produce la penetración corporal por cualquier vía que presente el cuerpo de la víctima.

En el medio de ambas se ha creado 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 medico 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 particulariza en una figura aparte?

En síntesis, asentar la figura delictiva en pautas subjetivas, es introducir un factor de ambigüedad que no favorece la objetividad de la evaluación pericial en vista a una sentencia.

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.

En resumen, los nuevos artículos de Código Penal se definen con términos que pueden resultar ambiguos al momento de valorar las pruebas. Esta falencia por parte de los legisladores que implementaron la norma, deja sin elementos ciertos al juzgador que terminará sustentándose en interpretaciones subjetivas de la misma y al perito que en la búsqueda de un sustento científico que se le exigirá definiciones de evidencias médicas allí donde solo existen criterios valorativos subjetivos de características jurídicas.

Conclusiones:

El juez no se entiende directamente con los hechos sino con proposiciones relativas a los hechos. Por esta razón, la argumentación no debería concebirse como una simple descripción externa de hechos objetivos; las resoluciones judiciales deben ser un texto autosuficiente y comprensible para un tercero. No basta con indicar cuáles son los hechos que se consideran probados, sino también hay que dar las razones que permitieron al juez llegar a esa conclusión.

“Puede resultar más tranquilizador creer que la tarea de jueces y juezas es conocer un caso concreto y ver cómo aplica 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”⁷.

“La tarea de interpretación es una actividad humana que permite asignar valores y tomar valores preestablecidos en la norma, significantes construidos en determinado momento histórico que resultan insuficientes en otros, precisamente porque la realidad es cambiante y la evolución de los derechos humanos ha demostrado que el derecho es una herramienta de cambio que necesita dar respuesta a los errores y horrores cometidos contra la humanidad y en este caso, contra las mujeres, como resultado de un valoración estigmatizante y descalificadora que las coloca en desventaja”⁸.

La importancia de la obligación de la motivación de los hechos en la sentencia penal es hacer posible un control racional del poder judicial.

Por ello es indispensable la amplitud de criterio y la flexibilidad interpretativa en la investigación, recolección de la prueba y análisis de la misma, todo enmarcado dentro de la sana crítica racional como forma de apreciar la prueba en los delitos contra la integridad sexual.

Finalmente es importante señalar que la discusión que se debe afrontar necesariamente es que, “las interpretaciones de jueces y juezas pasan por sus concepciones personales y su ideología la justificación de una práctica legal. Para ello, ciertamente, las comunidades socio jurídicas construyen

⁷ LIMA, Ana. El poder sobre la vida de las mujeres – violencia – impunidad y acceso a la justicia en los tribunales uruguayos”

⁸ Ídem anterior

paradigmas lo que permite disminuir los desacuerdos y reconocer las necesidades específicas de los distintos sujetos de derecho o de los distintos derechos”⁹.

“Sin dejar de insistir en la importancia del marco formal normativo, la asignación de recursos, la responsabilidad del Estado en todos sus poderes, la capacitación de magistrados/das, defensores/ras públicas, privados, policía, sector de salud, etcétera, es central cambiar los patrones socio- culturales lo que implica incorporar una mirada con perspectiva de género”¹⁰.

“(.....) La importancia estratégica de la función judicial no es sólo la de resolver un conflicto entre particulares, sino la de ejemplarizar y hacer trascender una receta social a partir de la resolución de ese conflicto entre particulares, esto es, la resolución de los conflictos entre particulares, incide en la implementación de ciertas políticas públicas. Admitir lo anterior supone, obviamente, admitir que los jueces hacen política, en tanto dirigen, de alguna manera, la elección y consecución de finalidades sociales, y ello, a su vez, pone en primer plano la importancia de la responsabilidad que debe reclamarse a quien ejerce la función jurisdiccional, que tratará como “la función expresiva del derecho”.¹¹

⁹ Ídem anterior

¹⁰ Ídem anterior

¹¹ Bardazano Gianella. “Literalidad y Decisión, Interpretación, Justificación y Estado de Derecho” Universidad de la República (UDELAR) Comisión sectorial de Investigación Científica, Carlos Álvarez Editor- 2008, página 26

Bibliografía:

- Constitución Nacional
- Código Penal
- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en “Los hechos en la sentencia penal”, Ed. Fontamara, México, D.F., 2005
- AGUIRRE, Eduardo Luis (2003) “Bienes Jurídicos y Sistema Penal” Buenos Aires Fabián Di Plácido Editor.
- BAIGUN David y Eugenio Raúl ZAFFARONI “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial” Tº 4 Hammurabi Buenos Aires.
- BERGALLI Roberto (1999) “Hacia una cultura de la Jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales” Edit Ad-Hoc Buenos Aires
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge. DERECHO PROCESAL PENAL. Editorial. Ediat.
- LIMA, Ana. El poder sobre la vida de las mujeres – violencia – impunidad y acceso a la justicia en los tribunales uruguayos”
- MAIER, Julio B. J. DERECHO PROCESAL PENAL. FUNDAMENTOS T. I. Editorial Del Puerto. Buenos Aires. 1996.
- ROMI, Juan Carlos – GARCIA SAMARTINO, Lorenzo – POGGI, Víctor Luis. “LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. CONSIDERACIONES MÉDICO LEGALES”
- TERRON, Sergio Manuel. ASPECTOS PROBATORIOS EN LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. <http://drterroderechoprocesalpenal.blogspot.com/2010/07/aspectos-probatorios-en-los-delitos.html>
- VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Luis Genaro “El problema de la argumentación jurídica en el Derecho penal” <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,463,0,0,1,0>
- VELEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho procesal penal, T. II, actualizada por Ayán y Cafferata Nores, Lerner, Córdoba, 1986.
- ZAFFARONI, Eugenio R. Tratado de derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2000.