

HERRAMIENTAS JURÍDICAS EN EL CAMPO DE LA VIOLENCIA SEXUAL

Claudia A. Machado

Comisión N° 3: Delitos, controles institucionales y sistemas represivos.

HERRAMIENTAS JURIDICAS EN EL CAMPO DE LA VIOLENCIA SEXUAL

Claudia Machado

Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas – UNLPam.

kaita_machado@hotmail.com

Resumen

La violencia sexual es una forma específica de violencia, donde el ejercicio del poder de un hombre sobre otro afecta la libertad sexual. Mayormente la víctima de situaciones de violencia es la mujer, en un 82 % según la OVD de la CSJN en las estadísticas del período 8/9/08 al 8/9/09.

Distintas leyes y convenciones internacionales tratan esta problemática, brindando diferentes herramientas a los operadores jurídicos. Entre las primeras están el Código Penal que en su artículo 119 establece la figura genérica del abuso sexual con dos subtipos agravados y la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Ambas normativas abordan este tema de manera diferente; está en manos de los especialistas en derecho conjugarlas, interpretarlas armónicamente y hacer de ellas una eficiente herramienta que sea útil a las víctimas.

Se impone así analizar estas leyes a través de un enfoque de género estableciendo sus objetivos, límites, aciertos y desaciertos, con el fin de visualizar las herramientas que brindan a los operadores jurídicos y la aplicación que éstos hacen de ellas. **En este trabajo nos circunscribiremos a su operatoria dentro de la Primera Circunscripción Judicial de La Pampa, específicamente en la Comisaría de la Mujer y en ciertos ámbitos del poder judicial (defensorías).**

Introducción

La violencia sexual menoscaba la dignidad humana por medio del ataque al derecho fundamental a la “libertad”, específicamente, a la libertad sexual. El Código Penal en su artículo 119 establece la figura del abuso sexual en forma genérica con dos subtipos agravados: cuando hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima y cuando hubiere acceso carnal por cualquier vía. En este caso el bien jurídico protegido es el derecho de cada persona a decidir libremente con quién y en qué momento relacionarse sexualmente; lo que está en juego es la posibilidad de cada persona de autodeterminar esta relación.

La ley 25.087 de reforma del Código Penal, la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, abordan esta problemática.

Para los Estados Partes de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “la violencia contra la mujer constituye una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”. Es decir, que hay un reconocimiento por parte de la comunidad internacional de que las relaciones que se han dado (y aún hoy se dan) entre los dos sexos han sido relaciones jerárquicas; uno está por sobre el otro, y por eso mismo, son desiguales. Un medio de mantener esa disparidad es a través de la violencia en sus diferentes manifestaciones.

Los estudios de género nacieron a mediados del siglo XX, impulsados por el movimiento feminista; su meta fue el estudio y planteamiento de la dicotomía sexo/género; el primero constituye una categoría biológica y el segundo, una construcción cultural, donde las diferencias entre hombres y mujeres se construyen socialmente, y no hay roles dados de manera “natural”.

El objetivo del presente trabajo es informar sobre los adelantos de la investigación “El discurso de los jueces en las sentencias sobre delitos contra la integridad sexual” aprobado por la Res. 151/10 del Consejo Directivo de esta facultad; analizo aquí comparativamente las leyes y convenciones antes citadas, interpretándolas a luz de la teoría del género, a fin de poder visualizar las distintas herramientas que brindan y su posible utilización por los operadores jurídicos. Parto de la hipótesis de que existe un desfasaje entre lo que estatuyen y su implementación. Un análisis sociológico del derecho necesariamente debe incluir tanto el estudio de la función que cumplen los ordenamientos jurídicos y sus instituciones con respecto al orden social, como los efectos que dichos ordenamientos tienen en los comportamientos del colectivo social al que están destinados (eficacia del derecho).

Aproximaciones teóricas respecto del “género” como categoría de análisis

Para la historiadora Joan W. Scott el género debe pensarse como una categoría útil para el análisis histórico; su definición está compuesta por dos partes íntimamente relacionadas pero distintas: por un lado, es “un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos” y, por otro, “una forma primaria de las relaciones significantes de poder”.

Para analizar las leyes mencionadas, tomaré la primera de sus dos proposiciones; es decir, el género como “un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos”.

En este sentido, para la autora, abarca cuatro elementos interrelacionados:

- 1) Los símbolos culturalmente disponibles que contienen representaciones múltiples, ejemplo de ello sería en la redacción anterior del artículo 120 C.P. el término “mujer honesta”.

- 2) Los conceptos normativos manifiestan las interpretaciones de los significados de los símbolos, para limitarlos. Esos conceptos se manifiestan en distintas doctrinas, una de ellas es el derecho, a través una interpretación hegemónica, que se ve plasmada en las leyes, la jurisprudencia y la doctrina. La elección de la interpretación “correcta” depende del rechazo de otras posibilidades alternativas, pero la posición dominante se presenta como la única posible y como producto del consenso social, más que del conflicto.
- 3) La investigación histórica debe apuntar a terminar con la representación binaria del género; para ello se debe descubrir cómo se origina y se mantiene intemporalmente. Este análisis debe incluir nociones políticas y referencias a las instituciones y organizaciones sociales.
- 4) La identidad subjetiva. Se debe averiguar las formas en que se construyen las identidades genéricas y relacionarlo con las organizaciones sociales y representaciones culturales.

En este mismo sentido abunda Rosa Cobo

el concepto de género es acuñado en el año 1975 por la antropóloga feminista Gayle Rubin y desde ese momento se convertirá en una de las categorías centrales del pensamiento feminista. Desde entonces hasta ahora, esta categoría se ha desarrollado en varias direcciones. En primer lugar, el concepto de género se refiere a la existencia de una normatividad feminista edificada sobre el sexo como hecho anatómico. En segundo lugar, esta normatividad femenina reposa sobre un sistema social en el que el género es un principio de jerarquización que se asigna espacios y distribuye recursos a varones y mujeres. Este sistema social será designado por la teoría femenina con el término de patriarcado.¹ En tercer lugar, el género se ha convertido en un parámetro científico irrefutable en las ciencias sociales.² [...] En el caso del feminismo, como en el de todas las teorías críticas y el feminismo es sobre todo un pensamiento crítico, los conceptos no sólo iluminan y explican la realidad social, también politizan y transforman esa realidad. Por ello, para comprender adecuadamente el género es preciso subrayar que tras esta categoría hay un referente social: el de las mujeres como colectivo. (en Laurenzo 2009: 31)

¹ Balaguer dice acerca del concepto de patriarcado 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” (Balaguer 2005:24).

² “La perspectiva de género permite: observar y comprender cómo opera la discriminación, pues aborda todos aquellos aspectos que tienen que ver con la condición social y económica de las mujeres y de los hombres, con el fin de favorecer iguales oportunidades para el acceso equitativo a recursos, servicios y derechos, advertir y cuestionar el sexismo que está presente en todas las instituciones y actividades sociales, a la vez que propone para enfrentar lo críticamente y erradicarlo; hacer visibles las experiencias, perspectivas, intereses, necesidades y oportunidades de las mujeres, con lo cual se puede mejorar sustancialmente las políticas, programas y proyectos institucionales, así como las acciones dirigidas a lograr sociedades equitativas, justas y democráticas” (Di Liscia 2009:66)

Es decir, para esta autora, el concepto de género es clave para estudiar la posición desventajosa que han ocupado las mujeres como colectivo a lo largo de la historia. La diferencia anatómica entre los dos sexos ha servido de base para la distribución dispar de roles y la subordinación de la mujer. “El género es una categoría que designa una realidad cultural y política, que se ha asentado sobre el sexo” (Rosa Cobo en Laurenzo 2009: 35).

Tratamiento penal de la violencia sexual

Reformulación del bien tutelado por el derecho penal. La reforma del Código Penal a través de la ley 25.087 vino a derogar la rúbrica de su Título III, pasando a llamarse “Delitos contra la integridad sexual” lo que antes se denominaba “Delitos contra la honestidad”. Este cambio no fue casual; el Estado Argentino debía ajustar su derecho interno a la reforma constitucional de 1994, donde la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer tomó jerarquía constitucional.

Esta nueva denominación cambiaba nada más ni nada menos que el bien jurídico protegido. Anteriormente lo que se protegía era el cuerpo de la víctima -en nuestro caso el de la mujer-, más precisamente, su honestidad frente a la comunidad. Lo que realmente interesaba era la representación de la mujer en el ámbito público, su reputación. “Las apelaciones a la honestidad consolidaban el imaginario reductor de la mujer por razón de las naturales funciones sexuales y de procreación esposa, y la idea de su fragilidad por razón del peligro de que le fuera arrebatada la honra, con el consiguiente ultraje al marido o a la familia que la tutela hasta tanto se despose” (Cobo en Laurenzo 2009: 106).

A partir de la nueva normativa lo que se busca resguardar es la libertad sexual de la víctima. Esto marca definitivamente un cambio en la concepción que las normas tienen respecto de las libertades individuales; lo que resulta afectado es algo tan íntimo como la decisión de una persona de relacionarse sexualmente con otra.

En el marco de la teoría de género hay un cambio de símbolos (“delitos contra la honestidad” por otro: “delitos contra la integridad”), y el derecho penal viene a interpretar/ limitar su significado a través de sus distintas normas, estableciendo qué es el abuso sexual, sus subtipos y agravantes.

Según las estadísticas elaboradas por la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN, en el período del 8/9/2008 al 8/9/2009 los casos de violencia sexual representan un 14%; porcentaje que no resulta minúsculo si se tiene en cuenta que hay muchos casos de violencia en general que no son denunciados ni dados a conocer, y se puede presumir que la cifra en los casos de violencia sexual es aún menor. “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.³ En las estadísticas sobre sus dos primeros años de funcionamiento, que comprende entre el 15/9/2008 y el 15/9/2010 los casos de violencia sexual representan un 13%, lo que manifiesta que el porcentaje se mantiene año tras año. La cantidad de casos ingresados en el 2011 sobre el padecimiento de violencia sexual demuestran que existe un crecimiento paulatino: en mayo 77, en junio 83, en julio 138.

El abuso sexual como figura típica “básica”. El Código Penal en los artículos 119 (figura genérica del abuso sexual y sus subtipos agravados) y 120 (abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima) trata específicamente la violencia sexual.

Antes de analizar los artículos mencionados es necesario tener en cuenta que estos delitos son dependientes de acción privada (art. 72 C.P.); el Estado no los persigue si la víctima no los denuncia, a excepción de que se hayan causado lesiones gravísimas o la muerte del sujeto pasivo (no soslayo que bajo el nombre de “sujeto pasivo” se hallan mayoritariamente víctimas mujeres y niñas/niños). Además la normativa penal permite el avenimiento con el ofensor y, por consiguiente, la extinción de la acción penal, en el caso de que la ofendida sea mayor de 16 años, preste su consentimiento y hubiese mediado una relación afectiva previa; lo cual se hace con el fin, según el art. 132, de armonizar el conflicto y en interés de la víctima⁴. De esto último se desprende que reduce el delito a un mero conflicto de pareja o si se quiere con agresor conocido, en supuesto interés de la violentada. La consecuencia es la despolitización de la violencia contra la mujer.

Según el artículo 119 “será reprimido con reclusión o prisión de 6 meses a 4 años el que abusare sexualmente de una persona de uno u otro sexo cuando ésta fuera menor de 13 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”. Cuando la conducta cometida encuadre en alguna de estas acciones habrá **abuso sexual simple**, anteriormente consagrado por la legislación como abuso deshonesto (art. 127 C.P. derogado). Buompadre (2003: 360) lo caracteriza como una agresión sexual violenta, distinta del acceso carnal, ejecutada contra una persona, contra su propio querer consciente. La

³ Marchiori (s/fecha de edic) sostiene que “La Criminología señala que existe una cifra negra, oculta de la criminalidad, estos 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”, situación que contribuye a la construcción y mantenimiento de ciertos mitos acerca de la ocurrencia del delito sexual.

⁴ Esto se contrapone a lo que establece la Ley Nacional N° 26.485 que prohíbe expresamente la mediación o conciliación en los casos de violencia (art. 28).

acción típica es abusar sexualmente de otra persona y que el acto tenga un contenido sexual –eso es lo que prescribe la norma-, la doctrina penalista suele también exigir en el autor, un ánimo especial, impúdico o libidinoso.⁵ Ello significa una reducción de su aplicación, y dificulta aún más la prueba, en caso del ánimo que debe poseer el autor.

Siguiendo al autor citado ut-supra, éste exige que haya actos corporales directos de tocamiento, mientras que otros autores tienen por configurado el abuso sexual en el caso por ejemplo de que se obligue a la víctima a desnudarse y se muestre de forma obscena.

En el primero de los supuestos el abuso sexual simple quedaría configurado con cualquier tipo de contacto sexual con un menor de 13 años, sin importar si hubo un aparente consentimiento de la víctima, la norma presupone la inmadurez sexual de la misma y su incapacidad para expresar su asentimiento.

En el segundo supuesto, la ley sustituye el concepto de fuerza por el de violencia, que según el Diccionario de la Real Academia Española “es la acción violenta o contra el natural modo de proceder” (Dicc. de la Real Academia Española, 2001: 2304), es decir, en el caso que estamos analizando es aquella acción que se realiza en contra la voluntad de la víctima, logrando un contacto sexual no buscado ni querido por la misma. La amenaza implica el menoscabo psicológico y/o físico del sujeto pasivo, determinándolo a soportar el abuso sexual.

El caso de abuso sexual coactivo o intimidatorio en una relación de dependencia, de autoridad o de poder es una nueva forma que toma el abuso sexual, introducida por la ley 25.087, en la que el abusador se coloca en una posición de superioridad con respecto a la mujer/ niño víctima, o en cualquier tipo de relación en la que ella deba obediencia al sujeto activo. Igualmente se exige actos sexuales de tocamiento para que quede configurado, lo que lo diferencia del acoso sexual, en el que se infligen amenazas para lograr favores sexuales, pero no hay un contacto corporal; diferencia cabal con la figura de acoso prevista en la Ley 26.485 que considera violencia sexual también al acoso sexual (art. 5 inc. 3°).

La última parte del párr. 1° del art. 119 del Código Penal reprime al que abusare sexualmente “aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”, es decir, que se presume que por la especial situación en que se encuentra, el sujeto pasivo no ha podido consentir libremente el contacto o relación sexual. Este supuesto ya estaba contemplado en el anterior artículo 119 inc. 2: “Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiese resistir”, pero según

⁵ Malagarriga, Molinario, quienes no miran a la víctima que resulta afectada en su integridad (en Buompadre 2003:374).

Buompadre la diferencia radica actualmente en que será suficiente con probar que la víctima se haya visto impedida de expresar libremente su consentimiento; no habrá que probar si opuso o no resistencia, ni menos aún, la intensidad de esa resistencia (2003:371). Al agresor se le exige dos elementos de carácter subjetivo: uno externo, que se aproveche de la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima; otro interno, que conozca esa situación especial del sujeto pasivo.

Con respecto al sujeto pasivo y activo puede ser cualquier persona, incluyendo como sujeto pasivo al cónyuge, concubina, novia y prostituta.

Es un delito doloso, de tipo objetivo, ya que no requiere para su consumación ninguna intención particular del autor, siendo necesario únicamente la consumación del acto materialmente sexual sobre el cuerpo de la víctima.

Los agravantes del abuso sexual simple son idénticos a los prescriptos para los dos subtipos agravados (abuso sexual que resulte gravemente ultrajante para la víctima y abuso sexual con acceso carnal) a excepción del caso de que el autor sea portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, existiese peligro de contagio y tuviere conocimiento de ello (art. 119 párr. 4° inc. c). Ellos son:

- Resultare un grave daño a la salud física o mental de la víctima: Se entiende por grave daño las lesiones graves y gravísimas de los art. 90 y 91 del C.P, el resultado no debe ser querido por el autor, es una agravante preterintencional;
- 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 guarda: el tutor y curador fueron agregados por la Ley 25.087, los demás ya se encontraban previstos en el derogado art. 122, con la particularidad que antes se hacía alusión a sacerdote y daba lugar a confusiones si los demás ministros de los cultos se encontraban comprendidos;
- El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas: en estas situaciones la víctima ve disminuidas sus posibilidades de defensa, y en el caso de la utilización de armas no sólo se ve afectada su libertad y dignidad, sino también su vida;
- El hecho fuere cometido por personal pertenecientes a las fuerza policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
- El hecho fuere cometido contra un menor de 18 años, aprovechando su situación de convivencia con el mismo.

En estos casos la pena será de 3 a 10 años.

Uno de los subtipos agravados contemplado en la norma es el **abuso sexual gravemente ultrajante**. El art. 119, 2° párr. dice: “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”. Aquí la afectación a la dignidad humana se supone aún mayor, la humillación que sufre la víctima llega al extremo aunque no haya acceso carnal. Estos son los extremos a comprobar a los efectos de la aplicación de esta pena más grave.

El otro subtipo agravado es el **abuso sexual con acceso carnal**, previsto en el art. 119, 3º párr.: “La pena será de 6 a 15 años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo –abuso sexual- hubiere acceso carnal por cualquier vía”. Establecido por la antigua legislación como delito de “violación”. El concepto de acceso carnal ha planteado debate entre los autores, ya que no hay una opinión única respecto que es lo que se considera o comprende el término “acceso carnal”.⁶

También se ha discutido la posibilidad de que pueda configurarse la violación o el abuso sexual con acceso carnal en la legislación actual, en el caso de la prostituta o de la mujer casada. Lo que debe tenerse en cuenta para resolver ambos supuestos, es que el bien protegido es la libertad sexual de cada persona, es decir, el derecho de decidir cuándo y cómo tener una relación sexual; entonces, lo que busca tutelar el derecho no es la honra o virginidad de la víctima, ni tampoco se puede fundar la inexistencia del delito en el débito conyugal establecido por el art. 198 del CC., ya que ello podrá ser causal de separación o divorcio pero no tendrá incidencia en el ámbito penal.

Para la consumación del delito sólo es necesario que se produzca el acceso carnal o penetración, no interesando si se logró por parte del autor, la eyaculación.⁷ Es un delito instantáneo y doloso.

El antiguo delito de “estupro” fue reemplazado por la ley 25.087 con importantes modificaciones, por el **abuso sexual por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima**: El art. 120 CP prescribe: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad de su autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resulte un delito más severamente penado. La pena será de prisión y reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del artículo 119”.

⁶ Para Buompadre la penetración sexual para configurar acceso carnal debe realizarse en una cavidad que represente una receptividad sexual funcional en la víctima, y no en cualquier orificio natural o artificial del cuerpo humano, es decir, sólo en la vagina o en el ano (2003: 394). Para Fontán Balestra la “felatio in ore”, apoyado en el criterio jurídico, es una de las formas anormales de violación, ya que no se diferencia esencialmente de otro acceso carnal contra natura (2002: 218).

⁷ Asúa Barrita plantea que “El entendimiento de lo sexual desde el enfoque propio de la “satisfacción sexual masculina” no conduce sino a minuciosas indagaciones que refuerzan la doble victimización, dejando fuera de enfoque el desprecio de la mujer agredida” (en Laurenzo 2009: 131).

Anteriormente se hacía referencia a un calificativo especial que debía poseer la mujer, esta debía ser “*honesta*”, analizando esto no es difícil de deducir que se dejaba al arbitrio del juez, la decisión de si hubo o no violación, amén de las pruebas que la víctima podía aportar al proceso. Ya que si se consideraba que la misma no era honesta (entiéndase por tal aquella mujer que había tenido relaciones sexuales anteriores a la comisión del delito), ello implicaba que no podría haber sufrido un menoscabo a su integridad sexual. A la luz de la teoría de género se ve claramente como la integridad sexual de la mujer no era lo que se protegía, sino su decencia, y más que nada la de su familia, que se vería menoscabada por la agresión. Es decir, que el sujeto pasivo –mujer/niña-, era a la que menos le interesaba al derecho penal en la anterior redacción del art. 120 del Código Penal. De esto se puede concluir que la respuesta que podía brindar a la víctima era más que limitada.

En la actual redacción, a la que hice mención *ut-supra*, por un lado hay una mayor protección en tanto no sólo resulta penado el abuso sexual con acceso carnal con un menor de entre 13 y 16 años, sino también el abuso que resulte gravemente ultrajante para la víctima, aunque no haya penetración. Por el otro, la norma elimina dos cosas importantes: el adjetivo honesta (aplicable a la mujer) y también la referencia al sujeto pasivo de la relación que anteriormente debía ser mujer. A pesar de que ello puede significar un avance, la reforma introduce un nuevo adjetivo que vuelve a dar pie al debate, este sujeto pasivo debe ser inmaduro sexualmente, ya que de lo contrario deberá que acudir directamente a alguno de los tipos de abuso previstos en el artículo 119. “Las referencias a la inmadurez sexual como elemento que debe ser comprobado en el caso y que a su vez debe ser aprovechado por parte del autor atenta contra el derecho a la intimidad de la víctima y la seguridad jurídica habilitando a los magistrados a moverse dentro de un amplio margen de discrecionalidad” (Freedman: 18).

Mínimamente el límite de edad -16 años- choca con la Convención de los Derechos del Niño que lo protege hasta los 18 años (art.1).

Este delito es doloso, en el que el sujeto pasivo se aprovecha de la inmadurez sexual de la víctima, quién da un consentimiento viciado por ello mismo.

Sintetizando, para el Código Penal, según el art. 120, la madurez sexual del niño comienza a los 13 años, por lo tanto si no hay abuso sexual en alguna de sus variantes, la relación consentida por éste no resulta penada.

En lo que respecta al objetivo de este trabajo, el derecho penal es uno de los instrumentos⁸ con que cuenta el operador jurídico ante un caso de violencia sexual. Éste tendrá que evaluar los pros y

⁸ Según Asúa Barrita el derecho penal “no puede liderar la erradicación de seculares estereotipos que abonan la pervivencia de determinadas formas de violencia, pero si podemos pedirle que acompañe sus normas y sus pautas de interpretación a la evolución de la sensibilidad social” (en Lorenzo 2009:104).

contras de acudir a él. Es un proceso que resulta estigmatizante para la víctima, donde a excepción de los dos subtipos agravados, en los que el autor del delito puede dejar sus huellas, la prueba puede resultar de difícil obtención o insuficiente a los ojos del juez. Sin embargo la víctima necesita una respuesta, y el sistema judicial está obligado a dársela, es por ello que se debe dotar a los que pertenecen a él –jueces, defensores y fiscales-, de una preparación específica para abordar estos casos. Preparación que como mínimo deberá incluir cursos destinados a abordar esta problemática, para que se le brinde un tratamiento adecuado a la persona que ha padecido este tipo de violencia, cuidando que no se vea ultrajada aún más su intimidad, y procurando actuar con rapidez ante una denuncia que llegue a su conocimiento. Todo ello demanda, por supuesto, la asignación de recursos económicos.

Volviendo a las estadísticas anuales de la OVD, que van del 8/9/08 al 8/9/09, el 57% de las derivaciones de los casos de violencia (los gráficos no especifican según el tipo de violencia sino de todos en general, además una misma persona puede haber sufrido más de un tipo de violencia a la vez) se hacían al fuero penal. A su vez se hizo un seguimiento posterior de ellos, que arrojó un resultado alarmante: sólo el 11% seguía en trámite, frente a un 89 % que se le dio archivo. Sin embargo en las estadísticas que realizó dicha oficina sobre sus dos primeros años de funcionamiento, de la fecha 15/9/08 hasta el 15/9/10 ese porcentaje de casos cerrados ha descendido al 66% (aclarando que se incluyen en él archivos, desistimientos y sobreseimientos, medidas que no permiten la continuación del proceso). Las causas que se encuentran en trámite sólo representan un 13%. Mientras un 0,2% reciben una condena (6 sentencias condenatorias). Ante estos datos cabe preguntarse si la respuesta punitiva es adecuada para la resolución de casos de violencia sexual.

Ley 26485: Un instrumento válido para paliar la violencia contra las mujeres.

La sanción de la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales, significó sin duda un avance en lo que respecta a las políticas de género.

Sus normas son de orden público y se aplican en toda la República, a excepción de las disposiciones de orden procesal en ella contenida (artículo 1°).

El objeto de la ley, a pesar de ser muy descriptivo, representa la conciencia que el Estado argentino ha tomado respecto de la situación de violencia, que afecta en su gran mayoría a las

Zaikoski cree que “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” (2008: 133).

mujeres. Sucintamente la ley tiene por objeto: promover y garantizar: la eliminación de la discriminación entre hombre y mujeres, el derecho de las mujeres de vivir una vida sin violencia, el desarrollo de políticas públicas sobre violencia contra las mujeres, la remoción de patrones socioculturales que promueven la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres, el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia, la asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en servicios u organismos estatales y privadas que estén destinadas a la mujer, entre otros (art. 2°).

En su art. 4° define a la Violencia contra las Mujeres, haciendo una distinción entre la *Violencia Directa*: “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 su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal”; y la *Violencia Indirecta* “toda conducta, acción, omisión, disposición criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

Los hechos violencia sexual quedan encuadrados dentro de lo que se entiende por violencia directa y la ley la menciona como uno de los tipos de violencia en el art. 5 inc e) estableciendo que comprende 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.

La definición de violencia sexual que esboza esta ley resulta mucho más amplia que la comprendida en la ley penal por el abuso sexual. Abarca por ejemplo, el derecho a decidir voluntariamente sobre su vida reproductiva y detalla, para que se comprenda dentro de ella todo tipo de violencia sexual, en el marco de cualquier tipo de relación que vincule a la víctima con su agresor, ya que no sólo menciona al matrimonio sino “otras relaciones vinculares... exista o no convivencia”, lo cual puede interpretarse que hace alusión a los concubinos y novios.

Un caso de violencia sexual indirecta sería la interpretación y la aplicación discriminatoria que realizan los operadores jurídicos, en tanto reproducen estereotipos de lo femenino y masculino.

En lo que respecta a políticas públicas, la ley compromete a los tres Poderes del Estado, sean nacionales o provinciales, a adoptar las medidas que sean necesarias para eliminar las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres, la asistencia integral a las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito y rápido de los servicios creados a tal fin; así como promover la reeducación de quienes ejercen violencia. Con respecto a esto último sería interesante que se llevaran a cabo efectivos seguimientos respecto del agresor, para realmente verificar que la

afectada no se vuelva a enfrentar ante una situación de violencia. También se los obliga a adoptar el principio de transversalidad en todas las medidas que tomen y en la ejecución de la ley. Esto implica un compromiso para las autoridades a la hora de tomar decisiones, ya que lo deben hacer teniendo en cuenta -a partir de los estudios de género- que la mujer es la principal afectada en estos casos y la que está en peligro.

La ley crea a los fines de diseñar tales políticas públicas al Consejo Nacional de la Mujer (en adelante CNM), quien entre los deberes a su cargo tiene la convocatoria y constitución de un Consejo Consultivo –integrado por organizaciones de la sociedad civil y del ámbito académico especializadas- a los fines de asesorarlo en las estrategias conducentes a la solución del problema. Debe implementar Registros de Situaciones de Violencia contra las Mujeres⁹ de manera interjurisdiccional, estableciendo criterios para la selección de datos e indicadores básicos, a tener en cuenta, como mínimo: por edad, sexo, estado civil y profesión de las partes, vínculo que los une, naturaleza de los hechos, medidas adoptadas y sus resultados, y sanciones impuestas a la persona violenta. Se deberá asegurar la reserva en relación con la identidad de las mujeres que padecen violencia; una línea telefónica gratuita en forma articulada con las provincias, destinada a dar contención, información y asesoramiento y también albergues transitorios para las mujeres que se encuentren en riesgo de permanecer en su hogar.

El Estado nacional desarrollará políticas específicas que implementen la normativa vigente en materia de acoso sexual dentro de la administración nacional, garantizando la validez de los principios de no discriminación e igualdad de derechos, oportunidades y trato en el empleo público. Esto es una cuestión muy importante y no debe quedar como una mera aspiración, sino que deben efectivizarse medidas que provoquen en los empleados/funcionarios estatales una toma de conciencia seria en lo que significa el acoso sexual y por consecuencia, el respeto hacia la mujer.

Se crea el Observatorio de la Violencia contra las Mujeres dentro del ámbito del CNM que tiene por función el desarrollo de un sistema de información, en función del cual se diseñarán e implementarán las políticas públicas para la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres.

Entre los derechos mínimos garantizados a la mujer se encuentran: gratuidad de las actuaciones judiciales y del patrocinio jurídico –preferentemente especializado-, a ser oída personalmente por el

⁹ En la provincia de La Pampa se sancionó el 10/12/09 la Ley N° 2547 por medio de la cual se crea el Registro de Procedimiento y de Notificación de antecedentes de condenados por delitos contra la integridad sexual en jurisdicción del Poder Judicial, si se presta atención la fecha de su promulgación es anterior a la fecha de la vigencia de la Ley 26.485. Entre los efectos que produce su anotación figura la prohibición absoluta y automática para desempeñarse en servicios públicos, semi públicos y privados en los que el registrado estuviese en contacto directo con niños, niñas y adolescentes.

juez, a recibir protección urgente y preventiva cuando haya sufrido algún tipo de violencia, a participar en el procedimiento recibiendo información de la causa, a recibir un trato humanizado evitando la revictimización, a la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados. Amén de constituir derechos para la mujer en situación de violencia, constituyen una guía para el operador jurídico, ya que como juez debe tenerlos en cuenta a la hora de resolver la causa, como abogado/defensor los debe invocar a favor de su defendida.

Con respecto al procedimiento que establece, su aplicación es de carácter optativo para las provincias, ya que constituye materia de forma y son ellas las encargadas de legislarlo. Sus rasgos más salientes son:

- la denuncia de un caso de violencia puede presentarse ante juez de cualquier instancia o fuero, o ante el Ministerio Público Fiscal y en caso que surja de la exposición hecha ante la policía un caso de violencia ésta debe remitirla a la autoridad judicial competente, en el caso de violencia sexual la víctima es la única legitimada para hacer la denuncia.
- El/la Juez/a debe tomar audiencia personalmente ante un caso de violencia y a las partes por separado bajo pena de nulidad, y se prohíbe la mediación o conciliación. Esto último choca con lo establecido en el Código Penal en el art. 132 que permite el avenimiento entre la víctima y su ofensor y como consecuencia, la extinción de la acción penal.
- Rige el principio de amplitud probatoria para la acreditación de los hechos y para su interpretación el método de la sana crítica.
- La apelación de resoluciones que contengan medidas preventivas urgentes se concederán en relación y con efecto devolutivo; y por el contrario, la apelación de resoluciones que dispongan el cese de tales medidas se concederá en relación pero con efecto suspensivo. Lo que se tiene en cuenta acá es la preservación de la víctima.
- Como último rasgo saliente y quizás uno de los más importantes, la ley establece en su artículo 41 que en ningún caso las conductas previstas por ella crean nuevos tipos penales, ni modifica o deroga los vigentes.

A modo de conclusión

El derecho penal no es la única solución, ni la más eficaz, atento a la información preliminar analizada, aunque si es reinterpretado y aplicado -teniendo en cuenta lo que han planteado y demostrado los estudios de género- puede coadyuvar a dar una respuesta a la víctima.

La nueva ley aborda de una manera específica la violencia contra la mujer y por ello mismo es una gran herramienta, quedando en gran medida en manos de los operadores jurídicos ponerla en práctica. No se contrapone con la legislación vigente, y amplía el marco de protección a las

mujeres, que son mayoritariamente las principales víctimas de violencia, y de violencia sexual en particular, dándole a los símbolos que en el campo del derecho se manejan, un nuevo sentido. No debe dejarse como un simple deseo del legislador, a pesar de que puede parecer muy ambiciosa y se debe bregar –desde el lugar que el operador jurídico cumpla dentro del sistema judicial- por su aplicación.

Por razones de espacio y extensión de este trabajo, teniendo en cuenta que resulta un avance de una investigación que recién comienza, corresponde continuar con el análisis de las políticas públicas enmarcadas en la Ley N° 26485 (Ratificada por La Pampa a través de la Ley N° 2550), en los distintos órganos o dependencias, tal como lo preve el art. 11. También será materia de un próximo trabajo el relevamiento/análisis de datos en la Unidad Funcional de la Mujer, el Niño y la Adolescencia y las defensorías públicas dentro de la Primera Circunscripción Judicial.

Bibliografía

ASÚA BARRITA, Adela. “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*. 2009

BALAGUER, María Luisa. “Mujer y Constitución. La construcción Jurídica del género ”. Madrid: Ediciones Cátedra, 2005

BUOMPADRE, Jorge E. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo I. Buenos Aires: Mave, 2003.

COBO, Rosa. “El género en las ciencias sociales” en LAURENZO, Patricia y otras. *Género, violencia y otras*. 2009.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Oficina de Violencia de la Mujer “Estadísticas anuales 2008/2009 y otras” <http://www.csjn.gov.ar/ovd/ovdhome.jsp>, consultado el 02/09/2011.

Cámara de Diputados de la Provincia de La Pampa. Leyes. <http://www.legislatura.lapampa.gov.ar/LabParlament/Leyes/Leyes2009.html>, consultado el 30/09/2011.

DI LISCIA, María Herminia H. et al. *Ciudadanía y derechos de las mujeres. Conceptos introductorios y propuestas de actividades*. Santa Rosa: Universidad Nacional de La Pampa, 2009.

FREEDMAN, Diego y KIERSZENBAUM, Mariano. “La inmadurez sexual en el delito de abuso sexual”. Congreso de Sociología Jurídica.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. Actualizado por LEDESMA, Guillermo A. C. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

GAMBA, Susana (coord). *Diccionario de estudios de género y feminismos*. Buenos Aires: Biblos, 2007.

MARCHIORI, Hilda: “Víctimas vulnerables: niños víctimas de abusos sexual” disponible en <http://www.ilanud.or.co/A119.pdf> consultado el 04/09/2011.

SCOTT, Joan W. “El género: categoría útil para el análisis histórico” en AMELANG, James S. y NASH, Mary. Valencia: Edicions Alfons el Magnànim, 1990.

ZAİKOSKI, Daniela “Género y Derecho Penal. Tensiones al interior de sus discursos” en *La Aljaba. Estudios de la Mujer*. Segunda Época. Volumen XII, 2008.