

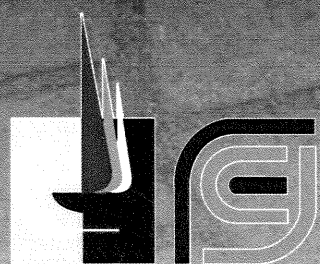
La reforma legal operada por la ley 25087 sobre 'Delitos contra la Integridad Sexual' fue el resultado de la labor de los grupos feministas y recogió postulados del derecho penal, la criminología, del derecho de los derechos humanos, los estudios y abordajes sobre víctimas y principalmente los aportes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



FACULTAD DE CIENCIAS
ECONÓMICAS Y JURÍDICAS
Universidad Nacional de La Pampa



“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)

“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)



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 inmovible, 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 naturales³.

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 acompase 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 padecida⁸.

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 Góngora²⁰ 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 sicólogos, 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 Sofía 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 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 investigar²⁸ 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 deben²⁹ 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 jefatura 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://criminet.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 Marí 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=12405 consulta 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, Haydee. *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 Laurenzo, 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, Haydee (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 anterior¹ 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.