

Apreciación de la prueba y género

Por María Cecilia Mc Intosh¹

VOCES: DERECHO PROCESAL – PRUEBA – APRECIACION - PERSPECTIVA DE GENERO – DISCRIMINACIÓN – CARGA PROBATORIA -

1. Introducción

Los casos de violencia de género, dicen Graciela Medina y Gabriela Yuba², “deben ser juzgados con perspectiva de género, consistente en visualizar si en el caso se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla en forma diferente a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar el concepto de categorías sospechosas (sospechosas de sufrir discriminación) al momento de repartir el concepto de carga probatoria.”

¹ Fiscal Federal de Pehuajó, Provincia de Buenos Aires.

² Protección integral a las mujeres, Ley 26.485 comentada”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, pág. 59.

Lo que he subrayado es lo que me ha llamado la atención. La frase parece adecuada y bonita pero entiendo que es errónea. Y tomarla literalmente nos expone a uno u otro lado de la grieta. Y no creo que haya sido la intención de las autoras.

La frase parece decir que el derecho de género ha traído un nuevo paradigma al derecho procesal. Y no es así.

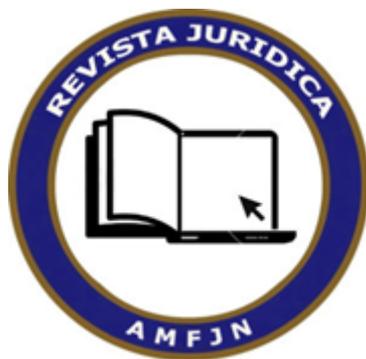
El derecho es algo³ que se transforma gradualmente con el tiempo, está vivo. Y, tal vez, el nuevo paradigma para el derecho procesal lo haya traído el derecho de posguerra, con la creación de la ONU⁴ y la OEA y sus tratados de Derechos Humanos. Pero si pensamos bien, estos organismos supranacionales tienen antecedentes y sus pactos de pretensa aplicación universal también. Estos derechos nuevos, que llamamos de tercera generación, que en muchos países están constitucionalizados, sea porque están incorporados al texto escrito de la constitución, sea por la supremacía que las constituciones otorgan al derecho supranacional, sea porque se ha aceptado la jurisdicción de cortes internacionales⁵, tienen en cuenta a la persona humana en cuanto tal, por el mero hecho de serlo, independientemente de su nacionalidad, su sexo, su género, su patrimonio, su formación, sus ideas, su religión, lo que haya hecho⁶, y declaran su igualdad.

³ Algo que a mí me cuesta definir, pero creo que tiene como propone el trialismo, algo de norma, algo de percepción sociológica sobre la aplicación de la norma, y algo de valor (tendiente a la Justicia). Y el problema lo estamos teniendo no en cuanto a las normas, que son muy, muy claras, no en cuanto a los valores, que nadie se atreve a decir que no sean valiosas, sino a nivel sociológico. A todos nos toca muy de cerca cuando se trata de definirnos a nosotros mismos. Lo que soy, lo que puedo hacer, mis capacidades, a lo que tengo derecho, mis privilegios y mis desventajas, el lugar que ocupo en mi familia, lo que me puede pasar.

⁴ Por ejemplo, leemos en el Preámbulo de la CEDAW, que los Estados partes consideran que la Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres.

⁵ Que expone a los Estados a sus sanciones, y por ende a su jurisprudencia.

⁶ Sí, se aplican también a los delincuentes declarados tales después de un proceso llevado a cabo con todas las garantías y privados de su libertad. Aquí otra arista de la grieta.



Pero ni la CEDAW ni la Convención de Belem do Pará, ni las leyes nacionales dictadas en su consecuencia, han modificado el paradigma de la apreciación de la prueba en nuestros códigos procesales que siguen estableciendo que la apreciación de la prueba se rige por las reglas de la sana crítica, como expresamente lo dice de la ley argentina 26.485, “violencia contra las mujeres” entre sus muchas normas de carácter procesal.

Pero volvamos a nuestro párrafo. Dice que los casos de determinado tipo (los de violencia de género) deben ser juzgados con la perspectiva de su tipo (la perspectiva de género). Es una afirmación circular.

Dice que es necesario aprender a distinguir categorías sospechosas (que también es un concepto del derecho internacional de los derechos humanos) para valorar de forma diferente. ¿Diferente a qué? Pues es claro que quiere decir que habrá categorías no sospechosas. El ejemplo nos viene dado por las mismas autoras unas líneas más adelante, y es monumental como el resto de la obra⁷: en la misma página ellas afirman que “los jueces no pueden juzgar estos casos como si fueran casos en los cuales se definen los derechos de dos hombres o de dos empresas.”

Ahora bien, al juzgar los derechos de dos hombres o de dos empresas, los jueces tampoco pueden cerrar los ojos a las categorías sospechosas ni a la vulnerabilidad de alguna de las partes.

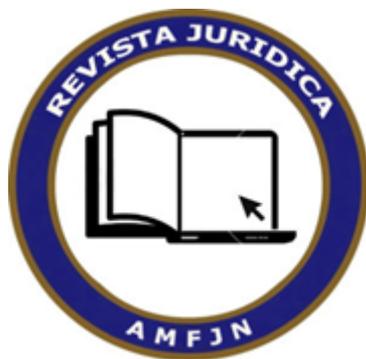
⁷ Por eso entiendo una pena lo desafortunado del párrafo, porque creo que ha pasado inadvertido que puede ser malinterpretado y mantenernos en la discusión estéril de si estamos hablando de una nueva discriminación, esta vez que afecta a los hombres, que pasan a ser sospechosos y a tener la carga de la prueba en su contra, y esto con toda la carga negativa que eso importa.

¿Qué pasa si se trata de un conflicto laboral entre un empleado manual⁸ y con instrucción escasa (que a veces hasta entiende mal a su propio abogado, de quien, por otro lado, sigue desconfiando), y un gran empresario que ha delegado esta cuestión a un gran estudio especializado? Los dos hombres pueden también ser un médico de renombre y el otro un paciente de la seguridad social o un gran sanatorio, incluso el hospital público. ¿Qué pasa si las dos empresas en conflicto son, por un lado, una empresa familiar o amical dedicada a la explotación rural, y por el otro, una multinacional con una posición monopólica en el mercado, que se dedica a la producción y venta de agroquímicos? Pareciera que al evaluar las declaraciones de unos y otros, la prueba que han podido reunir, lo que han podido entender a la hora de contratar, etc., habrá que estar a una flexibilización (a veces hablamos de cargas probatorias dinámicas)⁹, de lo que nos parece que es el derecho procesal de “categoría no sospechosa”.

En suma, no se trata de una cuestión procesal meramente procesal, sino de una cuestión del derecho de fondo. Se nota aquí muy fuertemente lo que el maestro Lino Palacio nos enseñara para siempre: en el derecho judicial, el derecho procesal y el derecho de fondo están inescindiblemente unidos para el dictado de la sentencia. El derecho de fondo nos dice cuál ha de ser el contenido de una resolución judicial, cuestión que formará parte del fundamento de hecho de la pretensión sometida al conocimiento de los jueces. El derecho procesal es el que nos dice quién y cuál ha de ser el camino para el dictado de esa resolución (el cómo de la resolución judicial). El derecho probatorio toma la cuestión de hecho sometida a conocimiento de los jueces y se ocupa de su alegación, de la proposición y de la producción de la prueba, de la apreciación de la prueba producida, y de lo que ocurre cuando la prueba es insuficiente, esto es, de las reglas de la carga de la prueba.

⁸ Por no mencionar si se ha cometido un delito, como la trata con explotación laboral o reducción a servidumbre.

⁹ Por ejemplo en el Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1735: *Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.*



Y el derecho procesal actual nos dice justamente eso, que la valoración de la prueba debe hacerse conforme a las reglas de la sana crítica racional, y no existe la más mínima posibilidad de apreciar la prueba en forma racional sin la facultad de proponer al conocimiento de los jueces todos los datos y los medios de convicción necesarios para mostrar el contexto del caso.

Es que siempre se trata del contexto del caso. Cuando dos comerciantes discuten la ejecución, digamos, de un título y los códigos nos proponen una prueba acotada (digamos, solo la documental), o si esta fuera insuficiente, que la actora elija un proceso de conocimiento más amplio, lo que están haciendo es ver el contexto en el que los títulos de comercio circulan, son negociados, son pagados, etc., en la gran mayoría de los casos. Cuando la ley procesal nos impone a la inversa, otra mirada si la relación es de consumo, lo que está haciendo es simplemente tener en cuenta el contexto en general de las relaciones de consumo, que es un contexto muchas veces desigual (como sucede con las grandes tiendas, grandes marcas, prestadoras de salud, y los consumidores que solo pueden decidir si contratan o no, pero no los términos, ni las condiciones, etc.)¹⁰

Lo que estamos aprendiendo, lo que es nuevo, entonces en el derecho de género, es el contexto del caso. Y el contexto del caso en género es que:

Las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones.¹¹

Que hay patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, que hay que modificar. Que existen prejuicios y prácticas consuetudinarias basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres que hay que eliminar.¹²

¹⁰ Como en el art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor, 24.240.

¹¹ CEDAW, Preámbulo, párr. 6.

¹² CEDAW, art. 5 inc. a.

Hay relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres¹³.

Que existen patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación y que las mujeres tenemos derecho a ser educadas fuera de ellos.¹⁴

Son afirmaciones. No son preguntas. Es derecho superior de nuestros Estados. Su puesta en duda, su discusión es para un plano distinto al derecho procesal.

En el orden nacional argentino, la ley 26.485, también afirma que: existen patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres.¹⁵

Que existen la discriminación y desiguales relaciones de poder sobre las mujeres, que deben ser eliminados, y que esto es obligación de los tres poderes del Estado.¹⁶

2. La ley procesal del derecho de género.

La Convención de Belem do Pará garantiza el derecho de toda mujer a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen

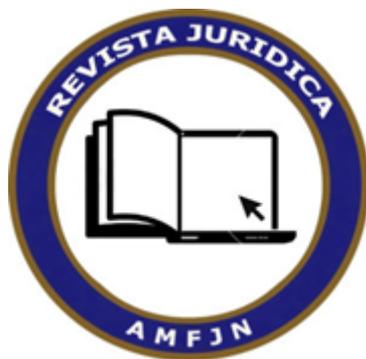
¹³ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, preámbulo

Cuando mencionamos estas relaciones desiguales de poder, la discusión suele trasladarse del derecho procesal a las razones por las cuales esas relaciones desiguales existen, o sea otra vez al derecho de fondo. En todo caso, es una declaración de la ley, o del tratado o de la convención, y en el derecho judicial la discusión debe darse en otro plano, en la declaración de inconstitucionalidad o inconvencionalidad (si inventamos el control de convencionalidad, por qué no este otro neologismo), y su caso, fuera del derecho judicial, a nivel legislativo. Hay algún país por ahí que ha firmado la CEDAW pero denunciado el art. 2, porque no creen que hombres y mujeres sean iguales.

¹⁴ Belém do Pará, art. 6.

¹⁵ Art. 2 inc. e.

¹⁶ Art. 7 inc. a.



sus derechos.¹⁷ Mientras tanto la ley argentina establece que la primera denuncia puede ser hecha ante cualquier juez, que luego de las primeras medidas urgentes puede declarar la competencia a favor de un juez competente. Destaco esto porque es una característica importante del derecho internacional de los derechos humanos. La protección local siempre puede ser más favorable al sujeto protegido, nunca a la inversa.

Siguiendo con el derecho procesal en Belem do Pará, el artículo 7 impone a los Estados actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. Actuar con la debida diligencia no es una obligación extraordinaria impuesta a un Estado. Cualquiera que se compromete a algo debe cumplirlo con la debida diligencia.

A nivel local, la ley de “Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”¹⁸, número 26.485, tiene numerosas normas procesales. Entre las que se refieren a la prueba figuran:

El acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia.¹⁹

Un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta , acto u omisión que produzca revictimización.²⁰

¹⁷ Art. 4 inc. g.

¹⁸ Obsérvense las coincidencias de nombre con la Belém do Pará.

¹⁹ Art. 2 inc. f. Entre nosotros se entiende desde siempre que acceso a la justicia implica el derecho a ser oído, a proponer y producir prueba y a que la prueba sea atendida al dictar la resolución.

²⁰ -Art. 3 inc. k. Evitar revictimización importa, como establece el decreto reglamentario de la ley, “el sometimiento de la mujer agredida a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias, como así también a realizar declaraciones reiteradas, responder sobre cuestiones referidas a sus antecedentes o conductas no vinculadas al

Derecho a la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia a quienes son sus naturales testigos.²¹

El juez o la jueza tienen amplias facultades para ordenar e impulsar el proceso²²....en cuanto a las resoluciones, regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes.²³

3. La sana crítica racional

Impone la valoración racional de la prueba con respeto a la lógica -principio de identidad, tercero excluido, contradicción y razón suficiente-, de la psicología y de la experiencia común.

Es una pauta que impera asimismo en los tribunales internacionales.

Una última crítica a nuestro párrafo: la carga de la prueba. No existe ninguna inversión de la carga de la prueba. La carga de la prueba corresponde a quien pretende la aplicación de un precepto legal. Las reglas de la carga de la prueba juegan en el momento de resolver, quien debía probar y no probó, resulta “castigado” con el rechazo de su pretensión. Puede haber como hemos visto una flexibilización en el ámbito civil, que debe ser advertido por los jueces. En los casos penales, la carga de la prueba siempre es de la acusación, porque es la que pretende la aplicación de la ley penal. La defensa solo tiene que defenderse, decir no.

hecho denunciado y que excedan el ejercicio del derecho de defensa de la parte; a tener que acreditar extremos no previstos normativamente, ser objeto de exámenes médicos repetidos, superfluos o excesivos y a toda práctica, proceso, medida, acto u omisión que implique un acto inadecuado, sea en el ámbito policial, judicial, de la salud o cualquier otro.

²¹Art. 16 inc. i.

²² Art. 30.

²³ Art. 31

