



XXXII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL:

“El Derecho Procesal a 30 años de la reforma a la Constitución Nacional”

Mar del Plata, 14, 15 y 16 de noviembre de 2024.

Ponencia Particular. Comisión 1 Civil.

Tutelas diferenciadas en la reforma de 1994.

La valoración de la prueba en reparaciones civiles por violencia de género ¿Cómo evitar la revictimización?

El objetivo del presente trabajo será analizar bajo el enfoque convencional y constitucional del derecho en clave de géneros, las herramientas procesales que permitan equilibrar la desigualdad estructural al momento de la valoración probatoria en casos de reparaciones civiles por violencia de género. Nos preguntaremos: ¿Qué acciones positivas pueden implementarse para evitar la revictimización en el proceso?

Postulación: la autora manifiesta su intención de participar en el Concurso “Asociación Argentina de Derecho Procesal”, en los términos del art. 18 y art. 19 del Reglamento general del Congreso, declarando cumplir a la fecha de la presentación de esta ponencia los requisitos establecidos en el reglamento respectivo.

Lara Morquecho

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN REPARACIONES CIVILES POR VIOLENCIA DE GÉNERO ¿Cómo evitar la revictimización?

Lara Morquecho¹

I. A treinta años de la reforma constitucional: un sistema de justicia en clave de géneros.

El XXXII Congreso Nacional de Derecho Procesal nos convoca a reflexionar, en consonancia con el tema debatido en el XVII Congreso Mundial², los progresos y desafíos actuales del derecho procesal tras treinta años de la reforma constitucional en Argentina, en un contexto histórico difícil a nivel mundial que nos alerta sobre la importancia de reforzar la protección de derechos y la solidez de la democracia.

Para abordar la valoración de la prueba con el enfoque de igualdad, es esencial comprender la historia de nuestro sistema normativo. La expansión de los derechos fundamentales, propiciada por la reforma de nuestra Constitución Nacional en 1994, se consolidó mediante la incorporación de los tratados internacionales en el artículo 75 inciso 22. Esta inclusión ha fortalecido la protección de los derechos de los más vulnerables, poniendo un gran énfasis en propiciar un sistema de justicia eficiente³.

La influencia de la tradición romana, hispánica, y francesa en nuestro derecho, y en particular en el funcionamiento del sistema de justicia, nos acompaña hasta la actualidad. Veinte años después de la mencionada reforma, el Código Civil y Comercial de la Nación, respetando las influencias históricas, incorporó normas del bloque cultural latinoamericano cambiando el enfoque con un paradigma no discriminatorio, de igualdad entre los

¹ Abogada egresada de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP); Especialista en Derecho Procesal Profundizado (UNA) Maestranda en Derecho Procesal (UNLP) Especialista en Derecho Civil -tesis pendiente- (UNLP) Profesora Adjunta de Derecho Procesal en la Universidad del Este, Auxiliar Docente en la materia Derecho Procesal Civil en la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas (UNLP) y en Elementos de Derecho Procesal la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) Auxiliar Letrada en la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Familia del Departamento Judicial de La Plata.

² Ver Reseña del XVII Congreso Mundial de Derecho Procesal "Independencia Judicial en el Tercer Milenio" por Lara Morquecho en Revista de Derecho Procesal 2024-1. Constitución y proceso. Balance de los 30 años de la reforma. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2024.

³ Como señala nuestro maestro Berizonce, la tutela judicial eficiente entendida como derecho fundamental adquiere una relevancia esencial encontrándose sustentada en la garantía del debido proceso, derivada del artículo 18 de la Constitución Nacional y su doctrina, así como del mandato contenido en el artículo 114, tercer apartado, inciso 6º in fine, que impone asegurar "la eficaz prestación de los servicios de justicia" Ver: BERIZONCE, Roberto O. Justicia de Acompañamiento. Publicado en: SJA 06/02/2019, 06/02/2019, 9. Cita Online: AR/DOC/3643/2018.

hombres, que importó la constitucionalización de las relaciones comerciales y civiles con un claro sesgo de libertad e igualdad⁴.

Este cambio paradigmático, ha sido un gran acierto para garantizar en particular los derechos de las mujeres contemplados en distintos tratados de derechos humanos, y nos exige repensar todo el derecho en clave de géneros⁵. El derecho procesal no puede mantenerse ajeno a esta realidad, siendo esencial para garantizar a las personas en situación de vulnerabilidad una efectiva y real igualdad entre las partes.

A treinta años de la Reforma de la Constitución y, asimismo, de la sanción de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para”⁶, continuamos luchando por la concreción efectiva de esos derechos sensibles que requieren de tutela preferente, lo que implica un fuerte interés estatal en su protección⁷.

El rol que debe cumplir el estado en estos casos y en especial el juez como servidor de la justicia, es indiscutible⁸. Las acciones positivas en contra de la discriminación y por la igualdad procesal, deben dejar de concebirse como normas estancas para convertirse en lo que verdaderamente son: un deber del juez. Según la interpretación de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, estas acciones no deben restringirse al momento de la sentencia definitiva, sino que, bajo la óptica de la perspectiva de género, deben ser implementadas incluso al momento de recolección y valoración de la prueba⁹.

⁴ Ver Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Primera edición - Agosto 2012

⁵ HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia, Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales comentado y anotado con perspectiva de género. Ed. Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2022, t. 1, p.11

⁶ Adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, el 9 de junio de 1994, ratificada por la Argentina el 5 de julio de 1996 y convertida en Ley Nacional n° 24.632-

⁷ BERIZONCE, Roberto. Justicia de Acompañamiento.

⁸ Ver fallo de la CIDH “Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador”, sentencia de fondo, reparaciones y costas de 26-3-2021, párr. 113 donde advierte que: “el Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”.

⁹ Graciela Medina al explicar la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la perspectiva de género destaca que la misma tiene que estar presente en todas las etapas del juicio, no sólo en la resolución final y que por sobre todas las cosas, se debe poseer perspectiva de género para recolectar la prueba y para analizarla. Ver: MEDINA, Graciela. “La perspectiva de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Ed. Rubinzal Culzoni editores. 2022 - 1

El enfoque de juzgar con perspectiva de género en el ámbito judicial es crucial para reconocer y abordar las desigualdades estructurales. Esta perspectiva implica una comprensión profunda de cómo el género influye en las experiencias y oportunidades de las personas, y cómo estas diferencias pueden impactar en los resultados judiciales. Al aplicar la perspectiva de género, los jueces deben esforzarse por: 1) Visibilizar la desigualdad estructural; 2) Equilibrarla y 3) Detectar las problemáticas específicas del caso.

Resulta interesante mencionar también otro factor determinante para el funcionamiento del sistema de justicia en clave de géneros: la igualdad de géneros dentro del poder judicial. Elena D' Alessandro, en el XVII Congreso Mundial de Derecho Procesal, con el enfoque de lograr una justicia igual para todos y todas explicó cómo la falta de igualdad de género en el poder judicial afecta a la independencia judicial, insistiendo en la importancia de la diversidad entre todos los integrantes del sistema judicial para garantizar su legitimidad, mejorar la calidad de las sentencias con una gama más amplia de perspectivas judiciales, y asegurar que los jueces sean seleccionados a través de procesos meritocráticos (y no discriminatorios) sin perjudicar o favorecer inadvertidamente a ciertos grupos demográficos¹⁰.

Estudios en la materia han demostrado la incidencia de las emociones¹¹ y de las experiencias personales de los jueces en las decisiones judiciales. Por ese motivo, la diversidad dentro del poder judicial resulta esencial para garantizar la independencia judicial y así, el buen funcionamiento del servicio de justicia en clave de géneros, sin influencias externas que puedan alterar su equidad como pueden ser los estereotipos de género¹².

II. La jurisdicción protectoria en el ámbito patrimonial.

¹⁰ Ver tema desarrollado por D'ALESSANDRO, Elena en "La ley de Lidia Poet" (Netflix) y la historia magistra vitae" La importancia de la incorporación de la perspectiva de género y de la diversidad de la administración de la justicia civil." Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal pp. 5-14 Madrid, 2023. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

¹¹ Ver GONZALEZ LAGIER Daniel. Emociones sin sentimentalismo. Sobre las emociones y las decisiones judiciales. Palestra Editores. Lima, 2023

¹² Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos "Un estereotipo de género es una visión generalizada o una idea preconcebida sobre los atributos o las características, o los papeles que poseen o deberían poseer o desempeñar las mujeres y los hombres. Un estereotipo de género es perjudicial cuando limita la capacidad de las mujeres y los hombres para desarrollar sus capacidades personales, seguir sus carreras profesionales y/o tomar decisiones sobre sus vidas." Ver también CIDH. Caso Angulo Losada Vs. Bolivia. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 18 de noviembre de 2022, párr. 163.

Partiendo de las conclusiones del XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal la jurisdicción protectoria es aquélla en la que intervienen sujetos en condición de vulnerabilidad y, que se encuadran en todo proceso en el que se presenten desigualdades entre las partes, por mediar urgencia o riesgo de frustración del derecho. Dentro del concepto de vulnerabilidad, en este trabajo las lentes estarán puestas sobre las mujeres¹³ que persiguen reparaciones patrimoniales a causa de violencia de género¹⁴.

La profesora Mosmann indica que debe tenerse en cuenta especialmente el estado de vulnerabilidad con el que la víctima de violencia de género llega al proceso judicial para analizar qué respuesta debe otorgarle el sistema judicial desde la perspectiva de la persona¹⁵. En los procesos patrimoniales en los que la mujer pretende un resarcimiento por el daño causado justamente por violencia de género, es necesario que el juez tenga presente durante el trámite procedimental la posición de desequilibrio de la mujer, en especial en materia probatoria, siendo en muchos casos de difícil comprobación los hechos controvertidos.

Debe recordarse la Recomendación N°19 del Comité de Seguimiento de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que dice: “La falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas”. La falta de recursos no sólo afecta a las mujeres a permanecer en ámbitos de violencia, sino que muchas veces imposibilita el acceso a la justicia para requerir un resarcimiento por el daño y a veces, incluso, para su lograr prevención. Las mujeres que logran acceder al sistema de justicia con su reclamo deben

¹³ Vale destacar que cuando se utilice el término "mujer" en estas líneas nos referiremos a todas las personas de género femenino, según lo define la Ley 26.743. Esta ley incluye a los individuos con identidad y/o expresión de género femeninas, independientemente del sexo asignado al nacer o de cualquier registro identificadorio. Asimismo, los miembros del colectivo LGTBIQ+ entran en la misma categoría, de acuerdo con lo estipulado por la misma ley. La Corte IDH en los casos Vicky Hernández y otras vs. Honduras (sent. de 26-3-2021) y Olivera Fuentes vs. Perú (sent. de 4-2-2023) observó la necesidad de la aplicación de la perspectiva bajo análisis no sólo en relación con las mujeres sino también con las personas trans y las demás integrantes del colectivo LGTBIQ+. (Ver Guía de Prácticas aconsejables para Juzgar con Perspectiva de Género de la SCBA. Marzo 2024)

¹⁴ La ley N° 26.485 de “Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”. establece a modo conceptual en su art. 4 que “violencia contra las mujeres” es: 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. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

¹⁵ Mosmann, Maria Victoria en Revista de Derecho Procesal. Nuevas estructuras procesales. N°2019-2 Rubinzal Culzoni Editores “Violencia de Género, proceso judicial y nuevas estructuras procesales”

tener un resguardo diferenciado evitando incurrir desde la propia justicia en situaciones de violencia institucional.

Giovanni Priori Posada asegura sobre la tutela diferenciada de derechos, que la idea de un único procedimiento rígido “se hace añicos” frente a la enorme desigualdad social que existe en América Latina¹⁶. Resulta interesante advertir que, generalmente, al hablar sobre jurisdicción protectoria, si nos referimos a procesos de familia -especialmente luego de su regulación en el Código Civil y Comercial- no hay dubitaciones sobre el requerimiento de una tutela diferenciada y la necesidad de la flexibilidad de las formas, así como de la prueba. Sin embargo, en los procesos patrimoniales -aún cuando se ven entremezclados con conflictos de géneros o familiares- suele existir un concepto más rígido, sin lograr visibilizar las particularidades de los sujetos intervinientes y que incluso, en muchos casos, resultarían aplicables los principios procesales de familia (art. 706 CCyC).

Sobre este lineamiento, coincidimos con el autor referido que no puede ser utilizada la misma estructura y dinámica procesal para un reclamo contractual con contenido exclusivamente patrimonial que para un daño moral por violencia intrafamiliar. Debe destacarse que este posicionamiento no implica de ninguna manera vulnerar el resguardo del debido proceso, el principio de contradicción y derecho de defensa en juicio, que protegen las garantías constitucionales (art. 18 CN). Sin embargo, este suele ser uno de los más grandes desafíos al moldear los procesos en estos casos.

Por las formas de distribución de la competencia -tema que también podríamos debatir- la respuesta judicial suele quedar bajo la órbita de un juez patrimonial, quien al imprimirle al proceso un trámite ordinario sin distinciones, puede recaer en la revictimización de la actora. El tema es complejo, ya que ante la falta de regulación especial, en muchas ocasiones cuando los jueces toman medidas procesales en resguardo de la mujer que

¹⁶El autor en su desarrollo histórico explica que en sociedades tan desiguales como las latinoamericanas, la única manera de garantizar una igual protección para todos es estableciendo diferencias procedimentales que estén justificadas para hacer frente a esas situaciones de desigualdad. Tener en cuenta las exigencias de tutela jurisdiccional de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad no debe ser una excepción sino más bien la regla en América Latina. Ver Giovanni Priori Posada “La tutela jurisdiccional de los derechos en américa latina: entre diferenciación y flexibilidad” en Revista de Derecho Procesal 2023-2 Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2023.

denuncia en su reclamo haber sido víctima de violencia, los demandados exigen la aplicación de los principios del proceso patrimonial formal -tal y como surgen del Código Procesal estrictamente- requiriendo se los trate “con igualdad”. Lo que debe advertirse aquí es la situación de desigualdad estructural previa al proceso, que motiva al juez a ejercer su rol “regulador” de ese desequilibrio.

Estas reflexiones nos invitan a pensar en la necesidad de un cambio y que, ante la falta de previsión de la norma procesal, el rol de los jueces es clave, deben comenzar a ejercer su función de forma comprometida con los derechos fundamentales, flexibilizando el proceso y atendiendo al caso particular. Es que no pierde actualidad la conclusión de que, los jueces sin dudas deben asumir nuevas funciones superadoras de la tradicional misión compositiva¹⁷. Comprender que la protección de los más vulnerables en el sistema de justicia implica cumplir con las normas constitucionales, será la clave para ejercer acciones positivas de protección.

El Código Civil y Comercial de la Nación, con su amplia regulación, les asigna a los jueces una función eminentemente “creadora”¹⁸. Se advierte que en los procesos que demandan una tutela diferenciada, el rol del juez y su discrecionalidad deberá funcionar como “regulador” ante el desequilibrio estructural, implementando e incluso “creando” herramientas que considere permitan equilibrar la desigualdad entre las partes¹⁹.

Ahora bien, ¿Qué parámetros debe tener en cuenta el juez para considerar que corresponde la aplicación de una tutela diferenciada? Este tema, exige un análisis exhaustivo²⁰, sin embargo, sintéticamente podemos decir que deberá analizar si objetivamente de los hechos alegados y las pruebas acompañadas advierte un “caso sospechoso de género”. El juez deberá efectuar un estricto análisis para su aplicación, no será para cualquier caso

¹⁷ Revista de Derecho Procesal. RUBINZAL CULZONI Editores. XI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL PROCEDURAL LAW ON THE THRESHOLD OF A NEW MILLENNIUM por Roberto Omar Berizonce.

¹⁸ Ver tema desarrollado por SEDLACEK Federico “A siete años del Código Civil y Comercial de la Nación” en la ponencia general del XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal Un proceso para una nueva justicia. Mendoza 1,2 y 3 de septiembre de 2022.

¹⁹ Se advierte que puede agregarse este concepto de juez “regulador” de desigualdad estructural a las conclusiones sobre la discrecionalidad judicial alcanzada en el XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal.

²⁰ El tema puede verse ampliamente desarrollado en: PICCINELLI, Ornela. Innovación frente a la desigualdad. Reglas Procesales de equilibrio, en Revista de Derecho Procesal, N°2023-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

en el que intervenga una mujer, ya que su aplicación automática sin distinciones deslegitimaría la aplicación de esta perspectiva y consigo al sistema jurídico²¹.

III. Una herramienta clave para evitar la revictimización: la perspectiva de géneros en el período probatorio.

En el prólogo al libro “La violencia en las relaciones de familia: diálogo con la jurisprudencia argentina: respuestas de la jurisdicción no penal”, la autora se pregunta si la violencia familiar puede ser combatida eficazmente mediante instrumentos jurídicos “no penales”, o sea, si, como mínimo, ellos mitigan la situación de las personas o si, por el contrario, la violencia sigue triunfando en sede jurisdiccional mutándose, de algún modo, en violencia institucional²².

El proceso civil de reclamación patrimonial por violencia de género debe ser concebido como una de las formas para luchar contra la violencia. La propuesta de flexibilización de las formas pretende prevenir vestigios de violencia institucional por procedimientos con características rígidas, que no se adapten al caso concreto.

Para evitar la revictimización de personas afectadas, nos sumamos a una de las propuestas de la Profesora Piccinelli que es evitar un defectuoso gerenciamiento del proceso a través de “ajustes de gestión del caso” que derivan del deber de debida diligencia asumido por el Estado frente a la comunidad internacional para mitigar déficits en el tratamiento de este tipo de litigios²³.

Consideramos que la etapa probatoria, su gestión y posterior valoración son momentos en los que las probabilidades de revictimización aumentan, de allí que -para evitarlo- se impone la necesidad de una clara perspectiva de géneros. Vale recordar que como explica Jordi Ferrer, los momentos de la

21 La destacada jurista, Kemelmajer de Carlucci, con buen criterio argumenta que tener en cuenta la perspectiva de género para juzgar no implica utilizarla para subsanar la insuficiencia de un medio probatorio, dándole un mayor peso probatorio que el que amerita, ni otorgándole siempre la razón a la mujer, ya que por lo contrario se volvería irrazonable el resolutorio y perdería sentido el debate en análisis. Ver conferencia brindada por la Dra. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, 08/03/2021, en el marco del Día Internacional de la Mujer sobre “Sentencias con perspectiva de género”, Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=90JJ4bDD2OE> (Fecha de consulta 11/2/2024)

22 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. “La violencia en las relaciones de familia: diálogo con la jurisprudencia argentina: respuestas de la jurisdicción no penal” Tomo I 1a ed revisada. - Santa Fe : Rubinzal Culzoni, 2022. Libro digital, PDF, p. 9.

23 PICCINELLI, Ornella. “Proceso Civil con enfoque de géneros: ajustes en clave de igualdad.” Ponencia publicada en el libro del XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal. Un Proceso para una nueva justicia. 1, 2 y 3 de septiembre de 2022, Mendoza.

actividad probatoria son: 1) La conformación del conjunto de elementos de juicio (las partes proponen pruebas - el juez ordena pruebas de oficio) 2) La producción de la prueba y 3) La valoración de la prueba: que implica la valoración individual de cada uno de los elementos de prueba y luego, la valoración en su conjunto²⁴. La cuestión aquí será: ¿Cómo logramos transitar dicha etapa en casos de difícil prueba sin provocar una revictimización?

La escasa cantidad de casos²⁵ en los que se reclama daño moral por violencia de género no pasa inadvertida ante la notoria cantidad de denuncias y femicidios²⁶. ¿Es posible que las víctimas le teman a un proceso judicial? ¿Que eviten el proceso para resguardar su integridad? ¿No debiera ser, justamente el ámbito judicial el que resguarde y restituya los derechos de las personas vulnerables?²⁷.

Entendemos que normas reguladoras claras, coadyuvarían a la seguridad de las personas afectadas en este tipo de procesos, incluso consideramos que garantizaría no sólo el derecho de la actora, sino el debido proceso para la parte demandada. Como anticipamos, una de las medidas a adoptar es la flexibilización del proceso entendida como la adaptación de aquel a las circunstancias particulares. Sin embargo, como destaca el jurista Loïc Cadiet

24 FERRER BELTRAN, Jordi. La paradoja de la valoración probatoria con perspectiva de género. Ponencia en marco de la Jornada sobre prueba con perspectiva de género el 26 de noviembre de 2019, organizada por la Dirección general de derechos humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (@ddhh_scn) México.

25 A modo ejemplificativo, de la búsqueda realizada en los archivos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, solo surgen como antecedentes de daños por violencia de género -sumamente interesantes- las causas de la Sala K, causa n° 109593/2012/CA002 - CA001 "C. M. C. c/ J. F. C. s/DAÑO MORAL" de fecha 30/06/2021 y de la Sala D causa n° 018561/2015 "C., F. Y OTRO c/ E. L., G. s/DAÑO MORAL" de fecha 24/11/2022.

26 Del último informe del Registro Nacional de Femicidios en Argentina se evidencia que cada 39 horas hay una víctima directa. El promedio de denuncias por violencia de género por mes a través de la Línea nacional 144 es de 238 mujeres por día y el 96% de las personas que se comunicaron eran mujeres. (<https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/omfemicidio/homefemicidio.html> y <https://www.argentina.gob.ar/generos/linea-144/datos-publicos-de-la-linea-144-enero-junio-2023>)

27 El art. 16 de la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales" en su inciso h) que indica la importancia de que la mujer reciba un trato humanizado, evitando la revictimización y el i) respecto de la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos. También avala nuestra posición la Recomendación n° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, al resaltar la necesidad de que los procedimientos judiciales relacionados con denuncias de violencia de género sean conducidos de manera imparcial y justa, sin ser influenciados por estereotipos de género o interpretaciones discriminatorias de las leyes, incluyendo las normas del derecho internacional. La recomendación advierte especialmente el deber del estado de no usar nociones preconcebidas y estereotipos sobre lo que constituye la violencia de género, cómo deben reaccionar las mujeres ante esta violencia y del criterio de valoración de la prueba necesario para fundamentar su existencia pueden afectar a los derechos de la mujer a la igualdad ante la ley y a un juicio imparcial y un recurso efectivo, conforme a lo establecido en los artículos 2 y 15 de la Convención.

“el tema del equilibrio entre la rigidez y la flexibilidad en el proceso no es fácil a causa de los conceptos que moviliza”²⁸.

La pregunta será entonces: ¿Con qué alcances y qué herramientas procesales podemos garantizar la tutela diferenciada? Algunas propuestas pueden ser: 1) Establecer estándares probatorios para racionalizar la aplicación de la justicia protectoria al caso. 2) Regulación especial de la carga de la prueba. 3) Establecer la oficiosidad del juez al recolectar prueba²⁹.

Respecto de la regulación especial de la carga de la prueba, la doctrina clásica la apuntala como el instituto que le indicará al juez cómo resolver cuando no encuentre en el proceso elementos que le creen convicción sobre los hechos controvertidos, que indirectamente establecerá a qué parte incumbe la demostración de los mismos³⁰. La valoración de la prueba con perspectiva de género no sólo significa valorarla sin estereotipos o preconcepciones, su función puede ser mucho más amplia y dinámica, más aún sus efectos pueden incidir hasta en la inversión de la carga probatoria³¹.

Resulta interesante la propuesta de Rodríguez Álvarez (España) quien en su crítica al modo de regulación de la inversión de la carga de la prueba en el artículo 217.5. I LEC³², propone como *lege ferenda* que “en aquellos procesos en los que la parte actora alegue y aporte un principio de prueba sobre la existencia de una actuación o situación discriminatoria, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de que su actuación o el resultado de la misma es ajeno a cualquier tipo de discriminación”³³.

²⁸ La hipótesis del autor, en la que se inscribe también el profesor Marinoni, es que la historia contemporánea del procedimiento se caracteriza por una tendencia creciente a la flexibilización procedimental que hace menos rígido el sistema procesal en su conjunto, así como los procedimientos en particular y que pese a ello ningún procedimiento existe sin principio ni forma, lo que implica que esta flexibilidad no significa el final de toda rigidez. Ver: LOIC CADIET. *Justicia y Proceso en Francia. Tendencias contemporáneas*. Palestra Editores. Lima, 2023. p. 103/110.

²⁹ La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en la “Guía de Buenas Prácticas para Juzgar con Perspectiva de Género” de Marzo de 2024, para estos casos y para lograr esa verdad: “la aplicación del enfoque de género permitirá la obtención de material probatorio oficiosamente, sin alterar la congruencia procesal, ni la garantía de defensa para esclarecer si están presentes factores de desigualdad real entre las partes intervinientes.”

³⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Zavallía, t. I, 1988, p. 426.

³¹ Ver “Carga de la prueba con perspectiva de género” por MORQUECHO, Lara en *Nuevas tendencias en Derecho Probatorio*. Directora Rodríguez Álvarez Ana. Ed. Dykinson, 2024.

³² «De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias en razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Resulta de interés ponderar que el CCyC ha avanzado en la materia con la recepción de la carga dinámica de la prueba receptada en los artículos 710 y 1735. Sin embargo, la necesidad de una mejor regulación ha sido materia de análisis en las Jornadas Nacionales Civiles en la ciudad de La Plata en el año 2017, donde en una de sus conclusiones la mayoría expresó que su regulación no ha sido acompañada de la necesaria claridad sobre sus alcances concretos: supuestos y condiciones de aplicación, diferencia de fuentes, oportunidad y necesidad de su anticipación (aviso previo y preciso)”³⁴. Coincidiendo con esta postura, se propone agregar como supuesto la “carga dinámica de la prueba cuando la actora aporte indicios probatorios que acrediten que el caso requiere la valoración de la prueba con perspectiva de género”. Ello en consonancia con las pautas que surgen de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que establece como principio de reparto de la carga de la prueba en materia de discriminación que es la parte demandada sea quien deba acreditar que no hubo discriminación³⁵ y asimismo, con la jurisprudencia de nuestro país en materia de carga dinámica de la prueba con perspectiva de género³⁶.

Finalmente, se propone distinguir, especialmente, el principio de colaboración con una regulación clara y específica que permita comprender la diferenciación de sus efectos respecto de los de la carga de la prueba³⁷.

Conclusiones

A modo de reflexión final, podemos decir que la valoración de la prueba con perspectiva de género en nuestro país deviene un imperativo convencional. Ante la falta de regulación específica, el rol del juez y su poder creador deviene trascendental para la efectiva concreción de los derechos de las mujeres en situación de vulnerabilidad, protegiéndolas de la violencia

³³ RODRIGUEZ ALVAREZ, Ana. La carga de la prueba en supuestos de discriminación. Su regulación en el proceso civil. Colección Derecho Procesal Práctico Directores: IGNACIO DíEZ-PICAZO y FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI. Tirant lo blanch. Valencia, 2020.

³⁴ <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-N%C2%B0-12.pdf> (Fecha de consulta 11/2/2024)

³⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN “S., M. G. Y OTROS C/ TALDELVA SRL Y OTROS S/ AMPARO” 20/05/2014

³⁶ Ver Comentario a los artículos 894-903 por Morquecho Lara en HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia, *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales comentado y anotado con perspectiva de género*. Ed. Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2022,

³⁷ GIANNINI, Leandro J, *Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria)*, La Ley 2010-F-1136.

institucional que podría suscitarse dentro de los procesos judiciales patrimoniales ante la revictimización en la etapa probatoria.