



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRÍA

**“VIOLENCIA DE GÉNERO. INTERVENCIÓN
PENAL EFICIENTE DESDE LA RECONSTRUCCIÓN
PSICOSOCIAL DEL FENÓMENO”.**

Nombre del Tesista: María Belén Sanz

Nombre del Director: Flavio D'Amore

Mendoza, 25 de febrero de 2021



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

**“VIOLENCIA DE GÉNERO. INTERVENCIÓN PENAL EFICIENTE
DESDE LA RECONSTRUCCIÓN PSICOSOCIAL DEL FENÓMENO”.**

MAESTRIA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES
1° CO-HORTE

Tesista: María Belén Sanz

Director: Máster Flavio D´Amore

Mendoza, 25 de febrero de 2021.

La pandemia que afecto al mundo derribó mi rutina y dio lugar, en la restructuración de mi vida, al tiempo para concretar este proyecto.

Derribar estructuras... de eso se trata. Siempre con la racionalidad suficiente para promover cambios superadores y alcanzar objetivos satisfactorios.

Agradezco a mis hijos por ceder tiempos y espacios, y a mi esposo que fue incondicional al asumir injerencia en mi 'ámbito de responsabilidad', errónea afirmación determinada por los estereotipos de género que me afectan, que me propongo enterrar, por mis hijos y las generaciones que vendrán.

INDICE

<u>INTRODUCCIÓN</u>	1
----------------------------------	---

CAPITULO I.- LAS RELACIONES DE GÉNERO

1.- Introducción.....	3
2.- El género. Fenómeno natural, social y cultural.....	3
3.- Los estereotipos de género.....	6
4.- Género, poder y violencia.....	9
5.- Origen. Esquema patriarcal de dominación.	11
6.- La construcción patriarcal del varón.....	13
7.- El sistema patriarcal y la ley.....	14
8.- El papel del feminismo.....	16
9.- Conclusiones del capítulo	16

CAPITULO II.- VIOLENCIA DE GÉNERO. EL FENÓMENO PSICOSOCIAL

1.- Introducción.....	19
2.- Definiciones.....	19
3.- Violencia de género, violencia doméstica y violencia en la pareja.....	21
4.- El riesgo de cierta violencia y la valoración de su relevancia.....	24
5.- Modelos teóricos sobre la violencia de género en la pareja.....	25
6.- El modelo del laberinto patriarcal.....	29
7.- La mujer que permanece en el maltrato.....	30
8.- Teoría del ciclo de violencia.....	32
8. 1. Fases del ciclo.....	32

9.- El agresor.....	34
9. 1. Sesgos cognitivos del hombre agresor.....	34
9.2. Mitos respecto al maltratador.....	35
10.- Herramientas utilizadas para reducir la relación de maltrato.....	36
11.- Manifestaciones de violencia.....	38
12.- Conclusiones del capítulo.....	39

CAPITULO III.- LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO PROBLEMA SOCIAL Y SU LEGISLACION EN EL AMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL

1.- Introducción.....	41
2.- El reconocimiento del problema social y el mérito del feminismo.....	41
3.- Regulación de la violencia de género en el ámbito internacional.....	43
4.- Derechos humanos, su protección internacional y la responsabilidad de los Estados.....	48
5.- Regulaciones nacionales.....	50
5. 1. Reseña del marco normativo en materia de género.....	50
5.2. Análisis de la Ley 26485.....	53
6.- Legislación comparada.....	55
6.1. Legislación española.....	55
6.2. Legislación chilena.....	56
7.- Conclusiones del capítulo.....	57

CAPITULO IV.- LA CRIMINALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

1.- Introducción.....	59
2.- La criminalización política.....	60

3.- Populismo punitivista y generalización del fenómeno.....	61
4.- Entre mínima intervención y expansión del derecho penal.....	65
5.- La posición de la víctima y el riesgo como fundamento de intervención penal.....	67
6.- Las expectativas de conducta no sólo se construyen mediante la norma jurídico penal...	68
7.- Superposición de normas, entre la cultura patriarcal y la revolución feminista.....	70
8.- Bien jurídico, principio de lesividad e incriminación de la violencia de género.....	71
9.- La violencia de género en el Código Penal Argentino.....	77
10.- Sistema penal español.....	81
11.- La tipificación del delito de maltrato habitual y ocasional.....	82
11.1. El maltrato habitual como delito contra la integridad y la convivencia familiar.....	82
11.2. El maltrato ocasional y los planteos de constitucionalidad.....	85
12.- Conclusiones del capítulo.....	89

CAPITULO V.- LA PENA Y LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS

1.- Introducción.....	91
2.- Concepto y fines de la pena.....	91
2.1. Definiciones de la pena.....	91
2.2. Teoría absoluta y relativa de la pena.....	93
2.3. La teoría mixta de la pena.....	94
2.4. El neo retribucionismo y las teorías modernas de la pena.....	95
3.- Pena y política criminal.....	99
4.- Función real e ideal de la pena en el sistema penal actual	102
5.- La pena en violencia de género.....	103
6.- El derecho de la víctima al castigo del autor.....	107

7.- El riesgo como fundamento de la prevención fáctica de la violencia de género.....	108
8.- La resocialización o rehabilitación ¿utopía o prioridad?.....	110
9.- Compromiso internacional de enjuiciamiento y castigo.....	114
9.1. La lucha universal contra la impunidad.....	114
9.2. Legitimidad de un derecho penal internacional en el derecho interno.....	115
9.3. La interpretación de los tratados en la jurisdicción interna.....	116
9.4. La responsabilidad internacional de los Estados y el fundamento de reproche.....	117
10.- Alternativas a la pena.....	121
11.- Suspensión del procedimiento a prueba.....	122
11.1. Concepto.....	122
11.2. Receptación legislativa.....	123
11.3. Naturaleza jurídica de las reglas de conducta	125
11.4. Procedencia en violencia de género. Normas prohibitivas.....	126
11.5. Fundamentos jurisprudenciales de prohibición.....	127
11.6. Fundamentos a favor de la suspensión.....	129
11.7. Legislación comparada.....	130
11.8. La Suspensión del Juicio a Prueba con una regulación específica.....	131
12- La condicionalidad de la pena.....	132
13.- Conclusiones.....	134
<u>CAPITULO VI.- CONCLUSIONES FINALES</u>	137
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	141

INTRODUCCIÓN

La violencia de género constituye un fenómeno psicosocial muy complejo que nos afecta profundamente como humanidad, siendo la igualdad de género uno de los grandes desafíos a nivel mundial, fin en el que debemos involucrarnos como sociedad, siendo actores fundamentales para modificar la estructura que sostiene y promueve el ejercicio violento de un desarrollo desigual.

Este status se desprende de estereotipos que se reproducen de generación en generación y se consolidan en los distintos tiempos y lugares, estereotipos representados por construcciones sociales dañinas que validan la violencia o la justifican.

Cientos de mujeres son sometidas, abusadas y agredidas por su condición, con secuelas físicas y un daño moral irremediable, situación principalmente peligrosa cuando la víctima se encuentra con ella en el ámbito íntimo, al ser la violencia ejercida por su pareja, configurándose un estado prolongado de dominación que se consolida a través de roles que determinan una estructura familiar piramidal, que incrementa la agresión hasta el descontrol y la brutalidad.

Las partes involucradas están profundamente afectadas por un orden social y cultural difícil de desterrar, el que promueve estructuras psíquicas y valida relaciones disfuncionales.

Este fenómeno psicosocial de base antropológica, que comprende manifestaciones de violencia, representa hoy un problema social en virtud del cual se reclama a viva voz, acción y solución, por lo que la comunidad internacional y las diferentes legislaciones nacionales toman una fuerte intervención buscando su erradicación, en cuyo camino se acude a la criminalización, donde terminan descansando todas sus hipótesis de solución.

En nuestro país, el aumento de casos y el compromiso internacional asumido, determinan una fuerte intervención del derecho penal, a mi entender desordenada e injusta, confusa desde lo normativo, ya que no se precisa el objeto, otorgando relevancia al contexto del hecho al punto de constituirlo como una agravante material no prevista en el tipo penal, incrementando la penalidad y perjudicando la posición procesal del agresor, pretendiendo una mayor retribución penal de carácter aflictivo, poniendo en riesgo garantías fundamentales.

La intrusión penal es también injusta con la víctima, a la cual trata como incapaz, desoyendo su voluntad. El afán de satisfacer el clamor social punitivista lleva a castigar a la damnificada, que termina protegiendo a su agresor, agravando su pesar, alejándose de un sistema que considera indiferentemente hostil e inútil, alejamiento que asume, agravando su situación, a costa de su vida, es ahí donde se demuestra su ineficiencia.

Al autor se lo condena y a la víctima se la abandona, con la errónea creencia de hacer lo que está al alcance, lo máximo en términos penales, olvidando el motivo de la intervención penal que postulaba una solución integrando una dimensión psicosocial, que sólo es promovida en la medida en que los actores judiciales fraternicen con la causa.

Es frecuente sentir el temor que invade a las víctimas ante la liberación del autor tras cumplir una condena, sentimiento para el que no hay remedio ni respuesta, debiendo enfrentar aquellas el pánico del posible reincidir de su agresor, planeando en soledad una defensa, callando, escondiéndose, incrementando su status inferior, resignadas a sobrellevar la violencia, advirtiendo en la praxis, que frecuentemente las damnificadas ingresan nuevamente en el mismo ciclo, con la misma pareja o con un nuevo agresor.

Las características de este fenómeno, las condiciones que lo determinan, y los aspectos psicosociales que afectan transversalmente a las partes, autorizan sostener que la mujer es más víctima del contexto de violencia de género que del hecho específico de agresión y que no todo hecho de violencia de género requiere una intervención penal, debiendo definirse el fenómeno complejo y criminalizarse aquellos casos donde la afectación de bienes fundamentales de la mujer son profundamente vulnerados.

Esta investigación pretende determinar una criminalización funcional de hechos delictivos en contexto de violencia de género, repensando la intervención del sistema penal en nuestro país, redefiniendo la misma, posicionando el hecho en el lugar que le corresponde, configurando el ilícito que merece reproche y que encierra un riesgo de mayor lesión, planteando estrategias de protección, buscando como fin la eficiencia y funcionalidad del sistema penal, atendiendo al aspecto psicosocial más profundo de este fenómeno, dando acabado cumplimiento a las normas constitutivas, aunque no se dé la respuesta esperada al reclamo punitivista irracional y/o disfuncional.

No todo es Derecho Penal, y el compromiso de condenar, prevenir y erradicar la violencia de género, es un desafío del Estado que requiere mucha más acción que criminalizar, ya que excede la órbita criminal, trastocando todas las ramas del derecho.

CAPITULO I

LAS RELACIONES DE GÉNERO

1.- Introducción

Reconocer los rasgos patriarcales que se exteriorizan en una distribución desigual de poder entre el hombre y la mujer en cualquier sociedad, es el principio para entender las causas y consecuencias de la violencia de género, es el punto de partida para comprender estructuras sociales y políticas que consolidan un sistema de dominación, que impacta en las personas, y exterioriza una violencia contraria a la justicia y al derecho.

La diferencia mutua entre hombres y mujeres se concibió como la diferencia de las mujeres con respecto a los hombres cuando éstos tomaron el poder y se erigieron en el modelo de lo humano, por eso, desde entonces la diferencia sexual ha significado desigualdad legal en perjuicio de las mujeres, probándose empíricamente que la jerarquización se hizo y se hace a favor de los varones.¹

Hombres y mujeres debemos ser conscientes de ello, y analizar introspectivamente cuanto nos afectan las ideologías de género, a fin de no justificarlas para poder superarlas y reconstruir una sociedad menos violenta e igualitaria.

2.- El género. Fenómeno natural, social y cultural.

Es primordial, ante todo, analizar los conceptos y alcances de los términos “sexo” y “género”.

La real academia española define al sexo como la “condición orgánica masculina o femenina, de los animales y las plantas”². Por su parte, la Organización Mundial de la Salud establece que “el sexo son las características biológicas que definen a los seres humanos como hombre o mujer. Estos conjuntos de características biológicas tienden a

¹ Facio, A., & Fries, L. (2005). Feminismo, género y patriarcado. Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires. 3(6), 259.

² <https://dle.rae.es/sexo>

diferenciar a los humanos como hombres o mujeres, pero no son mutuamente excluyentes, ya que hay individuos que poseen ambos”³.

El género es definido como “grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido éste desde el punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico”⁴.

Según lo expuesto, el género constituye una categoría basada principalmente en un fenómeno natural, que es el sexo, ya que se construye sobre cuerpos sexuados, pero se encuentra condicionado de manera social, cultural, política, económica, psicológica, jurídica e histórica.

El término género fue utilizado por primera vez en el marco de las ciencias sociales en el año 1972 por Ann Oakley, en una publicación titulada “Sex, gender and society”, donde al analizar el lugar que ocupaban hombres y mujeres en las instituciones sociales expuso que “sexo es un término de la biología, género se emplea en psicología y con relación a procesos culturales. Se podría pensar que estas palabras son simplemente dos maneras de considerar la misma diferencia; y que si, por ejemplo, una persona es de sexo femenino, pertenece automáticamente al género correspondiente (...) De hecho, no es así. Ser hombre o mujer, niño o niña, es tanto la manera de vestirse, gestos, actividad, red social y personalidad como los órganos genitales que uno tiene.”⁵

Resultan interesantes las investigaciones que se llevaron a cabo con anterioridad y que permiten distinguir género y sexo, entre ellas menciono una realizada por el psiquiatra Robert Stoller, quien estudio el caso de un niño gemelo que al nacer le amputaron el órgano sexual en forma accidental al practicarle una circuncisión, en virtud de ello, la familia lo socializó como niña, y creció con la identidad sexual femenina, concluyendo Stoller que la identidad sexual no es el resultado del sexo al que se pertenece. Stoller sostiene que el género se refiere a “grandes áreas de la conducta humana, sentimientos, pensamientos y fantasías, que se relacionan con los sexos pero que no tienen una base biológica”.⁶

³ Organización Mundial de la Salud. (2018). La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: un enfoque operativo.

⁴ <https://dle.rae.es/g%C3%A9nero?m=form>

⁵ https://es.wikipedia.org/wiki/Ann_Oakley#cite_note-:0-1. Cfr. Oakley, A. 1972:158

⁶ Facio, A., & Fries, L. (2005). Cit., 268.

En definitiva, las diferencias biológicas entre hombre y mujer irradian como directrices constructoras del género, pero éste supone además una construcción histórica, social, y cultural.

En virtud de lo expuesto, se propone una distinción terminológica, diferenciando sexo y género, donde sexo apunta a los rasgos fisiológicos y biológicos de ser macho o hembra, y género a esta construcción social que marca la diferencia sexual entre lo femenino y lo masculino.

El sexo se hereda y el género se adquiere a través del aprendizaje cultural. Ello se desprende de descubrir que la asunción de las identidades de mujer u hombre depende más de las formas en que los individuos han sido socializados y de la identidad asignada por los padres que de los datos biológicos u hormonales.⁷

Si bien es clara la diferenciación terminológica y conceptual, son tan profundas las construcciones socioculturales en torno al sexo, que cuesta reconocer cuando se atribuye condición biológica a diferenciaciones de género.

De hecho, si nos preguntamos ¿con qué términos identificamos los sexos o los géneros? No es una pregunta sencilla de responder.

Desde el nacimiento los seres humanos son clasificados en virtud de criterios biológicos, como la genética y la anatomía, lo que lleva a que nos designen varón o mujer, y desde ese momento estamos inmersos en un sistema social en el cual rigen normas culturales que nos determinan como varón o mujer asignándonos un género.

En otras palabras, la clasificación entre lo femenino-masculino y otras clasificaciones, dependen de nuestras prácticas humanas y, por lo tanto, no vienen biológicamente determinadas. Las identidades se aprenden y se siguen, se aceptan y se rechazan.⁸

Confusamente se usa en forma indistinta el término género y sexo en interrogatorios de identificación, con opción a responder femenino o masculino, y si buscamos el significado de varón o mujer la respuesta es respondida en virtud del término “sexo”, también es llamativo los significados atribuidos por la real academia española al término “hombre”, el que se define bajo los siguiente conceptos: “Ser animado racional, varón o mujer” / “varón (lla persona del sexo masculino)” /

⁷ Montecino, S. (1996). Devenir de una traslación: de la mujer al género o de lo universal a lo particular. *Decursos, Revista de Ciencias Sociales*, 1(2).

⁸ Fernández Ruiz, J. M. (2019). La Ley de Violencia Intrafamiliar, el bien jurídico protegido y el patriarcado: un estudio preliminar. *Política criminal*, 14(28).

“Varón que ha llegado a la edad adulta”/“Varón que tiene las cualidades consideradas masculinas por excelencia. *¡Ese sí que es un hombre!*”/“adj. *Muy hombre*”/“Marido o pareja masculina habitual, con relación al otro miembro de la pareja ”⁹.

Muchos interrogantes surgen de la mención precedente, imponiéndose una unívoca respuesta: el lenguaje responde también a una construcción sociocultural siendo el uso de este un exponente de la desigualdad de géneros, por lo que, lo determinante no son los términos que utilizamos sino el significado que le asignamos a los mismos.

3.- Los estereotipos de género

“Un estereotipo, en general, es una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir”¹⁰.

Los estereotipos de género implican una calificación de los hombres y mujeres en razón de sus características físicas, biológicas, sexuales y sociales, más vinculados a un deber ser, en razón de construcciones socio culturales, que al ser. Es decir, a través de estos estereotipos se pretende promover que existen diferencias biológicas entre hombres y mujeres ligadas al sexo, y que ellas determinan automáticas diferencias sociales y psicológicas.

Al género masculino se lo identifica con un comportamiento agresivo, fuerte, racional, y activo, mientras que del femenino se espera el comportamiento débil, dulce, emotivo, pasivo, y conciliador.

Se ha explicado al respecto, que la construcción de la identidad de cada género responde a una visión de mundo dicotómica, que ordena toda la realidad en pares opuestos, en virtud de la cual si a los hombres se les asigna la racionalidad a las mujeres la sensibilidad y si a los hombres se les asigna el espacio público, a las mujeres el privado, destacándose que las características que se le asignan a los hombres además de ser más valorada se asimilan a lo cultural, mientras que aquellas con las que se identifica a las mujeres son asociadas con la naturaleza, expresándose la idea de que por naturaleza la mujer es más débil o más hogareña.¹¹

⁹ Española, R. A. (2017). Dle. rae. es. Obtenido de Dle, rae. es: <http://dle.rae.es>.

¹⁰ Lacramette, N. (2014). Entrevista a Rebecca Cook: “Estereotipos de Género: Perspectivas Legales Transnacionales”. Anuario de Derechos Humanos, (10), 197.

¹¹ Facio, A. (2002). Engendrando nuestras perspectivas. Otras miradas, 2(2), 62.

A su vez, los estereotipos responden a circunstancias históricas, por lo que las construcciones sociales y culturales en torno al sexo no constituye una categoría dinámica que se adapta a la evolución, sino que se instalan en la sociedad como creencias que persisten a lo largo del tiempo y se reproducen por consenso social, perpetuándose como una verdad. Ello se traduce en “desigualdad”, provocando en la sociedad moderna la discriminación y el desplazamiento de la mujer.

Así, se han construido discursos de género que determinan arquetipos de feminidad y masculinidad por las representaciones que la originan y reproducen.

El sistema educativo, la familia, los medios de comunicación, el uso del lenguaje, la religión, y en general los distintos agentes socializadores, asocian la masculinidad con el poder, la racionalidad y la intervención en la vida social pública y la feminidad con la pasividad, la dependencia, la obediencia y las tareas en el ámbito privado, fomentando aprendizajes diferenciales que profundizan las desigualdades entre mujeres y hombres y las perpetúan, consolidando un mensaje que es interiorizado de tal manera por la persona que la determina en su manera de pensar, llevando a hombres y mujeres a comportarse de manera diferente, y a desarrollarse en ámbitos diferentes sintiendo que es lo natural¹².

Al pensar las características de la mujer y del hombre instintivamente nos representamos la idea de fuerza, pero también hay construcciones sociales que no responden a ello, incluso los relacionamos con colores, y vinculamos la imagen femenina con las tareas domésticas y el cuidado familiar, y si bien en la actualidad, lejos está imaginarnos una mujer que no trabaje, relegada a las tareas del hogar, que no tenga otros intereses más allá de la casa o a un varón que no pueda cuidar a sus hijos o hacer limpieza en su casa, mayoritariamente se continúa eligiendo un bebe de regalo a las hijas mujeres y un auto a los niños varones, mostrando dibujos animado de superhéroes a los nenes y película de princesas a las nenas, “los niños así lo eligen” es la respuesta escuchada, pero ¿es casual esa elección?, se habla de deportes “machones”, de trabajos o carreras universitarias “más femeninas”, de tareas que la mujer o el hombre realiza “mejor”, verdades muy cuestionables que se asumen naturalmente pero deben ser replanteadas.

No se desconoce que los estereotipos afectan tanto a hombres como mujeres, en tanto restringen su libertad e imponen una carga, sin embargo, en el caso de las mujeres además determinan un status de inferioridad.

¹² Pérez, V. F., & Fiol, E. B. (2013). Del amor romántico a la violencia de género. Para una coeducación emocional en la agenda educativa. Profesorado. Revista de Currículum y Formación de Profesorado, 17(1).

En la Entrevista a Rebecca Cook sobre su libro “Estereotipos de Género: Perspectivas Legales Transnacionales” se le pregunta ¿es realmente posible eliminar los estereotipos de género? ¿no sería más efectivo apuntar los esfuerzos hacia la modificación de las construcciones sociales del género que resultan perjudiciales para las mujeres?, y contesta que es posible modificar los estereotipos pero que debe hacerse estratégicamente, agregando que se ha investigado mucho sobre estereotipos en el ámbito laboral o educativo pero que es necesario más trabajo y más investigación para comprender la naturaleza de la estereotipación, el contexto en el que surge y la forma en que se perpetúa en diversos sectores, a fin de trabajar apropiadamente para eliminarla, y agrega “...respecto a la segunda pregunta, me parece que la comprensión de los estereotipos y prejuicios es una forma de desafiar las construcciones sociales del género. Los estereotipos son una forma de construir el género y creo que usar la psicología social para entender cómo son estereotipadas las mujeres y cómo son estereotipados los hombres, nos ayuda a desafiar estas construcciones sociales”.¹³

La autora de mención sostiene que la identificación de los estereotipos de género constituye una herramienta para desarticular las desigualdades de género que provienen de las preconcepciones individuales y colectivas acerca de las capacidades y roles de las mujeres y que suelen estar invisibilizadas.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, contempla la estereotipación en su artículo 5º, disponiendo “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres...”.¹⁴

Destaco de la entrevista a Rebecca Cook la diferenciación entre estereotipos de sexo que se refiere a las capacidades físicas y cognitivas de hombres y mujeres, y estereotipos de roles sexuales que se identifican con lo que deberían ser, agregando los estereotipos compuestos, que se trata de aquellos en que el sexo se intercepta por otros factores como la edad, la raza o la religión.

¹³ Lacrampette, N. (2014). Cit., 198-199.

¹⁴ <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

La socialización del género empieza poco después del nacimiento. La primera pregunta que las personas hacen a los nuevos padres no es: “¿Está el bebé saludable?”, sino: “¿Es niño o niña?” La respuesta tiene consecuencias sociales inmediatas. Sin comprenderlo, los padres preparan a los niños pequeños de manera sutil para los roles sexuales tradicionales.¹⁵

Deben erradicarse los estereotipos de roles sexuales, y los estereotipos de género deben modificarse y evolucionar, siendo las construcciones sociales las que deben motivar esa evolución, donde los actores sociales son los responsables.

4.- Género, Poder y Violencia

Desde una diferenciación sexista de hombres y mujeres, a una diferenciación de sexo y género, se llegó a la teoría de las relaciones de género, en la que se muestra cómo la ideología patriarcal llevó a naturalizar procesos sociales que determinaron una identidad de género y una relación con el opuesto aprobada por la sociedad.

Las diferencias de hombres y mujeres en virtud de su sexo no implican desigualdad legal desde lo conceptual, ello se construyó históricamente por el dominio que alcanzó el hombre en la sociedad adquiriendo privilegios que lo jerarquizaron, traduciendo la diferencia de sexo en desigualdad de género, poniendo en relieve los roles asignados a cada género, roles que contienen posiciones de poder.

Se llaman relaciones de género a las relaciones entre hombres y mujeres basadas en una jerarquía de poder que provienen de representaciones simbólicas sobre la diferencia sexual y operan desde los procesos sociales más elementales¹⁶.

El género no establece en sí una posición, y al indagar las particularidades que se presentan al interior de las jerarquías, juegan un papel fundamental los estereotipos de género antes analizados, que derivan de construcciones sociales que colocan a la mujer en una situación de sumisión, obediencia o servicio, que determina un poder de dominación.

Podríamos considerar que la subordinación y la exclusión histórica de las mujeres en la vida social y política, trae aparejado un poder del hombre, que deriva del sistema social y se manifiesta en todo su esplendor dentro del ambiente doméstico.

¹⁵ Hernández, I. (2014). *Violencia de género. Una mirada desde la Sociología*. La Habana: Editorial Científico-Técnica.

¹⁶ Tarrés, M. L. (2012). A propósito de la categoría género: leer a Joan Scott. *Sociedade e cultura*, 15(2).

A su vez, favorece la jerarquización del varón y la lógica de la dominación, la cultura androcéntrica, que está centradas en el hombre, en sus intereses y sus experiencias, siendo aquel el modelo de ser humano, por lo que las instituciones creadas socialmente van a responder a sus necesidades e intereses, siendo el mismo el que le atribuye necesidades e interés a la mujer.

En consecuencia, la información socio cultural lleva al hombre a tratar a la mujer como alguien que no es igual, no reconociendo su autodeterminación, atribuyéndole él sus necesidades e intereses, ejerciendo un poder de dominación y control, que se exterioriza a través de la violencia.

Según la Organización Mundial de la Salud violencia es “El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”. La definición cubre una amplia gama de actos que van más allá del acto físico para incluir las amenazas e intimidaciones, y abarca igualmente innumerables consecuencias del comportamiento violento que comprometen el bienestar de los individuos, las familias y las comunidades.¹⁷

Quisiera hacer hincapié en la definición mencionada, que pone en igualdad el uso de la fuerza física y del poder como formas de violencia, y considera como efecto de esta no sólo el daño físico sino el también el psíquico, visibilizando a su vez como resultado lesivo el trastorno del desarrollo y las privaciones que alguien puede padecer como consecuencia de la violencia. La amplitud del concepto resulta acertada e idónea para representar la violencia de género.

La violencia es un fenómeno social complejo y una forma de relación. Las múltiples expresiones se infiltran en el tejido social invadiendo la vida pública y privada a través de actos, lenguaje, relaciones, y prácticas de la vida cotidiana. La carga semántica del término violencia conlleva la noción de fuerza, se trata del uso de la fuerza, generalmente con intencionalidad someter y ocasionar daño físico o psíquico.¹⁸

¹⁷ World Health Organization. (2002). Informe mundial sobre la violencia y la salud. 20 Avenue Appia, 1211 Ginebra 27, Suiza. Recuperado de: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/67411/1/a77102_spa.pdf.

¹⁸ García, C., & Cabral, V. (2000). Violencia de género, saberes, prácticas sociales y estrategias de poder. Revista Cenipec, Mérida.

El término violencia también lleva una carga discursiva, que, en su proceso de construcción sociocultural en un contexto histórico determinado, se conforma y despliega al interior de la complejidad social en múltiples redes discursivas de significación socio simbólica que ayudan a identificar su vinculación con el género.¹⁹

La íntima vinculación entre violencia y poder, entre las relaciones de género como manifestación de desigualdad y la agresión machista legitimada por el contexto social y cultural, construyen la violencia de género.

La investigación de género ha develado una lógica de racionalidad androcéntrica que implica y explica las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres, siendo la violencia de género en sus múltiples manifestaciones, uno de los elementos clave para sostener el orden jerárquico de la estructura patriarcal, la que es ancestralmente sostenida.

La desigualdad de género deriva de un discurso social que delata una historia de relaciones de dominación, que supone el ejercicio del poder, el cual se articula a la práctica de la violencia, herramienta del poder, que facilita y refuerza la afirmación del género masculino en la relación del par dominación masculina/ subordinación femenina.

5.- Origen. Esquema patriarcal de dominación.

Si bien la violencia de género es un problema que se visualiza en tiempos modernos, se trata de una violencia histórica y social que está influenciada por la cultura, mediada por valores y normas sociales.

La Teoría de Darwin no sólo se ocupó de la evolución biofísica de la humanidad sino también de la sociedad, destacando dos requisitos para que surgiera, unos materiales y otros sociales, y dentro de estos distinguió, los instintos sociales, representados por la cooperación entre individuos, y el sentido moral, entendiéndolo como una regulación de la sexualidad, la cual supone la existencia de uniones heterosexuales estables y el matrimonio como solución cultural a los celos de los hombres.²⁰

Las distintas corrientes difieren en cuanto a la evolución de la sociedad, pero todas reconocen el tránsito por un patriarcado, sea como evolución tras la promiscuidad sexual y el matriarcado o bien como núcleo del surgimiento de la sociedad.

Así, el evolucionismo, comenzó a fijar los estereotipos del hombre como activo, competidor y con impulsos sexuales, y de la mujer como inactiva, encargada de los niños

¹⁹ García, C., & Cabral, V. (2000). Cit.

²⁰ Montecino, S. (1996). Cit., 13.

y dominada por los hombres. Esta teoría sostiene el paso de las siguientes etapas: promiscuidad sexual, matriarcado, patriarcado y familia monógama moderna, considerando que naturaleza asexuada de la mujer fue un importante aporte a la evolución, como controladora de las energías del varón. Las mujeres pasan del poder a la sumisión. El neoevolucionismo del siglo XX cuestionó estos modelos descartando la idea de la promiscuidad y del matriarcado, destacando el patriarcado como núcleo central del surgimiento de las sociedades.²¹

Los neo evolucionistas situaron la caza como punto básico del nacimiento de la sociedad, e intentaron probar que el “control de los impulsos es fundamental para el surgimiento de la vida social”, sus estudios concluyen que el macho hace la cultura porque él es el que caza y la caza implica la cooperación entre grupos de hombres. De ahí entonces se entroniza la imagen de que el hombre es el proveedor y la mujer la receptora de la producción, ofreciendo a cambio del apoyo económico, servicios sexuales y reproductivos.²²

Se advierte de los párrafos precedentes las ideas patriarcales sobre las que se construyeron los géneros, desde tiempos remotos, configurándose estereotipos que mantuvieron vigencia hasta nuestros días.

¿Qué es el patriarcado? El patriarcado es definido por la Real Academia como “Organización social primitiva en que la autoridad es ejercida por un varón jefe de cada familia, extendiéndose este poder a los parientes aun lejanos de un mismo linaje”²³.

En general se coincide en definir al patriarcado como un sistema de dominación del hombre respecto a la mujer basado en la inferioridad biológica de la misma, tiene origen histórico en la familia, siendo sostenido por las instituciones sociales, bajo el consenso de subordinación de la mujer.

Según Elena Larrauri, “El patriarcado es estructura e ideología: el elemento estructural del patriarcado puede verse en el bajo estatus que la mujer generalmente ocupa respecto del hombre en la familia y en las instituciones económicas, educativas, políticas y jurídicas. El Elemento ideológico se refleja en los valores, creencias y normas referidas a la <legitimidad> de la dominación masculina en todas las esferas sociales”²⁴.

²¹ Montecino, S. (1996). Cit., 13-14.

²² Montecino, S. (1996). Cit., 14.

²³ <https://dle.rae.es/patriarcado>

²⁴ Larrauri, E. (2007). Criminología crítica y violencia de género. Madrid, Ed. Trotta, 18. Cfr. Dobash y Dobash

El sistema social del patriarcado integra un mensaje claro que afirma que los más poderosos se hallan en su derecho de dominar a los menos poderosos y la violencia se contempla como una herramienta válida y necesaria para eso.²⁵

La división de tareas es fundamental en la estructura patriarcal, donde se le asigna al hombre el espacio público vinculado a la vida política, económica y cultural, actividades remuneradas y destacadas, y a la mujer el ámbito privado relacionado con lo doméstico y familiar, donde su actividad es invisibilizada.

La cultura patriarcal, se reproduce en patrones y estereotipos que se internalizan como algo innato o natural, que le permite subsistir a pesar del desarrollo de las sociedades en términos de igualdad y bienestar. Las mujeres han ido ganando espacios en la vida pública y en el mercado laboral como así también los hombres realizan tareas domésticas en un escenario impensado en épocas pasadas, no obstante, continua esa idea de responsabilizar a cada sexo del ámbito asignado por la cultura patriarcal, siendo responsabilidad del hombre el sustento económico del hogar y de la mujer el mantenimiento del mismo y el cuidado de los hijos, exteriorizándose una idea de que el sexo opuesto ayuda en las tareas que a cada uno le corresponden.

A su vez, el patriarcado se mantiene y reproduce en sus distintas manifestaciones históricas, a través de múltiples y variadas instituciones sociales, entre las que se destacan: el lenguaje ginope, la familia patriarcal, la educación androcéntrica, la maternidad forzada, la historia robada, la heterosexualidad obligatoria, las religiones misóginas, el trabajo sexuado, el derecho masculinista, la ciencia mono sexual, y la violencia de género.²⁶

La violencia del sistema patriarcal está en su génesis en virtud la injusta privación de derechos que sostiene respecto a las mujeres.

6.- La construcción patriarcal del varón

El patriarcado llevó a que socialmente los hombres sólo se relacionaran con hombres, ya que en los ámbitos sociales sólo podían relacionarse con pares, colocando a la mujer en una posición instrumental, los hombres sólo buscaban servicios en las mujeres.

²⁵ Expósito, F., & Moya, M. (2011). Violencia de género. *Mente y cerebro*, 48(1), 22.

²⁶ Facio, A., & Fries, L. (2005). *Cit.*, 282.

Al evolucionar la sociedad los espacios sociales comenzaron a ser compartidos por hombre y mujeres, sin embargo, el legado del patriarcado se mantuvo en una estructura socioeconómica desigual y así los espacios mixtos aparecieron jerarquizados.

Seguidamente, surge una idea de complementariedad, pero entendiendo que la mujer complementa al hombre y no a la inversa, el hombre busca a su compañera, ya no ignora a la mujer, sino que la busca, pero esa búsqueda se orienta según sus necesidades “no es varón más mujer pareja, sino varón más mujer varón completo”.²⁷

La mujer debía tener “gravedad para salir”, “cordura para gobernar la casa”, “paciencia para sufrir al marido”, “amor para criar los hijos”, “afabilidad para con los vecinos” y “diligencia para guardar la casa”, existiendo un doble discurso, ya que la mujer debía someterse a un papel secundario, pero a la vez se esperaba que fuera el soporte afectivo del varón.²⁸

Es llamativo que el varón, jerarquizado y opresor, enaltece en su discurso lo femenino. “La naturaleza, por ejemplo, ha sido glorificada como una diosa, un sujeto digno de la conquista del héroe masculino, mientras simultáneamente se le degrada como materia inerte a ser explotada y moldeada conforme a los intereses del hombre”.²⁹

Así, el hombre ha sido instituido culturalmente y dentro de las estructuras sociales como el “jefe”, rol que el hombre que ejerce violencia machista ha sido asumido y pretende mantener, siendo parte responsable.

7.- El sistema patriarcal y la ley

Comenzando por las normas con vigencia en nuestro territorio, al establecer el régimen jurídico de América la corona española trasladó su propio ordenamiento y como había sucedido en Castilla, se sostuvo la idea de la debilidad intrínseca del sexo femenino, y el concepto de primacía del hombre sobre la mujer, con base en una frase del Antiguo Testamento, cuando Dios le habría dicho a Eva en el Paraíso: “Estarás bajo la potestad de tu marido y él te dominará”. De esta forma comenzó a desarrollarse una legislación y una doctrina que consagraron la supervisión del marido sobre la conducta de la mujer como uno de los derechos del primero; y la consiguiente obligación de la mujer de sujetarse.³⁰

²⁷ Marqués, J. V. (1997). Varón y patriarcado. Masculinidad/es. Poder y crisis, 24, 31-48.

²⁸ Kluger V. (2004). Derecho de corrección marital en el Virreinato del Río de la Plata. Un análisis de los pleitos por malos tratamientos, reclusión y depósito. Argentina. Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación - Número 31/32.

²⁹ Facio, A., & Fries, L. (2005). Cit., 279.

³⁰ Kluger V. (2004). Cit.

La mujer ha sido considerada tradicionalmente como propiedad del hombre por parte de la legislación imperante durante mucho tiempo, según puede advertirse de algunas de frases "La supremacía del marido es un homenaje que rinde la mujer al poder que la protege", "El marido debe ser considerado como juez soberano y absoluto del honor de la familia", "El marido debe protección a su mujer y la mujer debe obediencia al marido", "Es excusable, el asesinato de su esposa y/o cómplice cometido por el marido si los sorprende en flagrante delito en el domicilio conyugal".³¹

Entre las normas patriarcales que tuvieron vigencia en nuestro país, el Código de Vélez Sarsfield estipulaba la incapacidad de hecho para las mujeres casadas (artículo 55, inc. 2) y la subordinación obligatoria a la representación legal del marido (artículo 57, inc. 4) hasta que la ley de 1926 sin derogar estas cláusulas amplió sus derechos sobre los bienes³². Por otra parte, no tuvieron derechos políticos activos ni pasivos hasta 1947. Hasta 1985 la patria potestad era otorgada principalmente al padre, a quien se le daba preminencia en las decisiones sobre los hijos, siendo modificado el régimen por la ley 23264 que fijó un sistema mixto, a su vez hasta la sanción de la ley de divorcio del año 1987, la mujer casada debía vivir en el lugar de residencia que estableciera el marido. Finalmente, otro exponente del machismo en el país fue la regulación del delito de adulterio, el Código Penal establecía en el artículo 118 que la mujer incurría en adulterio si engañaba una vez a su marido, mientras que él se constituía en adúltero, solo si tenía manceba, haciendo referencia a una relación continuada, el delito fue suprimido del ordenamiento jurídico en el año 1995.

La mujer históricamente fue tratada como incapaz jurídica, incapacidad asimilable a la de los menores, incluso el marido estaba autorizado a corregirla ya que aquella le debía obediencia a cambio de protección y de la provisión que le brindaba. En conclusión, el Derecho ha reproducido las relaciones de poder de hombres sobre mujeres, consagrando y legitimando un deber de obediencia respecto de aquel.³³

Según puede advertirse, la discriminación basada en el sexo era algo natural con marco normativo.

³¹ Rodríguez, J. S. (2001). Abordaje multidisciplinar en el maltrato a la mujer. Cuadernos de Medicina Forense n° 26. Cfr: Bedate, A. "Historia y situación actual del síndrome de agresión a la mujer. cuadros lesivos", dentro del curso Características psicopatológicas del agresor y la víctima en los supuestos de violencia doméstica, celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos de la Admón. de Justicia en junio de 1999.

³² Giordano, V. (2015). La reforma del Código Civil: pasado y presente desde una perspectiva de género. Mora, (21), 175-179.

³³ Facio, A., & Fries, L. (2005). Cit.

8.- El papel del feminismo

Los conceptos, teorías y perspectivas de género, así como el moderno entendimiento de lo que conforma el patriarcado son obra de las teorías feministas, entendidas como un conjunto de saberes, valores y prácticas explicativas de las causas, formas, mecanismos, justificaciones y expresiones de la subordinación de las mujeres que buscan transformarla.³⁴

La real academia española define al feminismo como “Movimiento que lucha por la realización efectiva en todos los órdenes del feminismo” y “Principio de igualdad de derechos de la mujer y el hombre”.³⁵

Sin embargo, el feminismo representa mucho más, ya que a partir de los distintos movimientos se ha concebido una idea transformadora de las relaciones de mujeres y hombres en nuestras sociedades. Siendo posible abordar el sexismo que se encuentra en casi todas las instituciones o estructuras sociales.³⁶

Castells define el feminismo como “todas aquellas personas y grupos, reflexiones y actuaciones orientadas a acabar con la subordinación, desigualdad, y opresión de las mujeres y lograr, por tanto, su emancipación y la construcción de una sociedad en la que ya no tenga cabida la discriminación por razón de sexo y género”.³⁷

La diferencia de sexo y género constituye un legado de la teoría feminista que ha logrado un reconocimiento a nivel político e intelectual que no se puede desconocer en el ámbito de los derechos humanos.³⁸

El aporte del feminismo es valiosísimo, el desafío es construir en igualdad y que la jerarquización de la mujer sea reivindicatoria sin transformarse en una lucha de poder.

9.- Conclusiones del capítulo

En todas las estructuras sociales existen representaciones del sistema patriarcal que ha establecido sus postulados de tal manera en la conciencia individual y social que existe la convicción, aun involuntaria, de que es parte de la naturaleza, atentando incluso las mismas mujeres contra la igualdad que reclaman. Entiendo que son tan profundos los

³⁴ Facio, A., & Fries, L. (2005). Cit., 260

³⁵ <https://dle.rae.es/feminismo>

³⁶ Facio, A. (2002). Engendrando nuestras perspectivas. Otras miradas, 2(2), 51.

³⁷ Facio, A., & Fries, L. (2005). Cit., 263

³⁸ Facio, A. (2002). Engendrando nuestras perspectivas. Otras miradas, 2(2), 49.

estereotipos de género que ni hombres ni mujeres son decisivos, en su condena y desaprobación.

La violencia en virtud del género está representada principalmente por la desigualdad, generalizada en toda sociedad, y no podemos combatir al mensajero si no eliminamos el mensaje, no basta con reprochar al hombre sus conductas machistas si la sociedad las tolera y hasta las promueve, y así es cuestionable, en términos de injerencias y riesgo a quién le cabe mayor responsabilidad.

Pensemos en un hombre que subestima a la mujer en su ámbito laboral en una empresa cuya estructura es machista y patriarcal.

En este capítulo se expone el origen del problema y su universalidad, y nos invita a reflexionar, cuanto nos afecta, sea en sentido positivo o negativo, la construcción del género, tanto a nivel individual, familiar, como social y cultural, y a replantarnos un cambio de perspectivas como constructores de una nueva sociedad y origen de una nueva generación.

CAPITULO II

VIOLENCIA DE GÉNERO. EL FENÓMENO PSICOSOCIAL

1.- Introducción

La Violencia de Género exterioriza un posicionamiento del hombre respecto a la mujer en un binomio superior inferior, en virtud del cual ejerce violencia física, psicológica o sexual, por su género, tratándola como alguien que no es igual, debido a una situación de jerarquía y dominación.

Lo esencial es que se trata de una violencia respecto a la mujer por el hecho de serlo, como manifestación de desigualdad de poder.

Las consideraciones antes expuestas respecto al género, a los estereotipos contruidos en torno al mismo, y a la sociedad patriarcal, llevan a construir la definición de violencia de género y entender por qué se trata de un derecho humano fundamental en tanto afecta, en principio, la igualdad.

Que las mujeres son víctimas de una desigualdad estructural construida en base al género, es una realidad histórica. Ello no lleva a sostener que toda mujer sufre violencia de género, sino a definir de tal manera a las agresiones que las mismas padecen en desigualdad de poder, un poder que no se mide por fuerza sino por la dominación, y que sólo se detiene ante la sumisión, por eso es capaz de anular la libertad de la víctima, siendo la obediencia la única herramienta para detenerla.

2.- Definiciones

Según la Organización de las Naciones Unidas “La violencia de género es todo acto de violencia que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual y psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad tanto si se producen en la vida pública como en la privada”.³⁹

³⁹ Naciones Unidas, Asamblea General (1993). «Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993».

A su vez, una de las definiciones que goza de mayor consenso es la establecida en la Convención Interamericana para prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem Do Pará, Naciones Unidas) “La violencia contra la mujer es cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”⁴⁰.

“La violencia contra la mujer es todo acto de fuerza física o verbal o privación amenazadora para la vida, dirigida al individuo mujer o niña, que cause daño físico y psicológico, humillación o privación arbitraria de la libertad y que perpetúe la subordinación femenina”⁴¹.

Tras citar las definiciones mencionadas, Susana Velázquez sostiene que además de describir el fenómeno, la definición tiene que explicar por qué la violencia se ejerce mayoritariamente sobre las mujeres, siendo así un concepto inseparable de la noción de género, entendida ésta como una construcción social, proponiendo la autora interpelar a la violencia desde esta perspectivas, que comprometen los aspectos psicológicos, sociales y culturales de la diferencia entre los sexos y revelan la forma en que se distribuye el poder.⁴²

La autora de mención amplía así la definición de Violencia de Género, sosteniendo que “abarca todos los actos mediante los cuales se discrimina, ignora, somete y subordina a las mujeres en los diferentes aspectos de su existencia. Es todo ataque material y simbólico que afecta su libertad, dignidad, seguridad, intimidad e integridad moral y/o física”. Agregando “Entonces, si interrogamos a la violencia ejercida y basada en el género, se hacen visibles las formas en que se relacionan y articulan la violencia, el poder y los roles de género. La asunción acrítica y estereotipada de estos roles genéricos (las expectativas sociales acerca de varones y mujeres) llevaría al ejercicio y al abuso de poder y esto va a determinar una desigual y diferencial distribución de poderes generando otra de las causas centrales de la violencia de género”.⁴³

Para María Martín Sánchez la violencia de género “Constituye una agresión directa a la dignidad de la mujer, a la que se golpea -en su sentido más amplio- por el

⁴⁰ Do Pará, C. D. B. (1994). Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”.

⁴¹ Velázquez, S. (2003). Violencias cotidianas, violencia de género. Escuchar, comprender, ayudar Argentina. Ed. Paidós, 11-12. Cit: Heise, 1994.

⁴² Velázquez, S. (2003). Cit., 11-12.

⁴³ Velázquez, S. (2003). Cit., 13.

mero hecho de ser mujer. Más allá de la problemática social o jurídica que entraña, es una cuestión de derechos humanos, de violación de los derechos más elementales de la mujer, no por otra cosa que por ser mujer. No es “violencia” sin más, la violencia de género encarna un sentimiento, una actitud de dominación sobre la mujer, de exhibición de poder sobre ella como si fuera una mera posesión, una “cosa” de su propiedad. Es un ataque a los derechos humanos”⁴⁴.

Se advierte que la violencia de género ha sido definida desde las distintas disciplinas. Tanto la sociología, la medicina, los derechos humanos, y el orden normativo han intentado conceptualizarla brindando desde distintas perspectivas una misma visión del problema.

3.- Violencia de género, violencia doméstica y violencia en la pareja

Para referirse a la violencia de género, se utilizan términos diversos, se habla de violencia de machista y sexista, que hacen referencia al mismo concepto, pero también se utilizan como equivalente la violencia intrafamiliar, violencia doméstica y violencia de pareja, los que encierran significados diferentes.

La violencia intrafamiliar comprende los actos violentos ejercidos en contra de la pareja y los realizados entre personas que tienen algún parentesco por consanguinidad, por su parte, el término violencia doméstica, deriva del inglés “domestic violence”, que alude a diferentes tipos de violencia en la pareja, pero al hacer una traducción literal, se reduce a las parejas que han contraído matrimonio o que convivan, omitiendo la violencia en el noviazgo y otras relaciones menos formales.⁴⁵

Asimismo, la violencia de pareja hace alusión a la violencia física, sexual y psicológica entre personas relacionadas de manera íntima, al margen de su estado civil, orientación sexual o estado de cohabitación.⁴⁶

La violencia contra las mujeres se manifiesta en todos los ámbitos, existe violencia de género en el ámbito doméstico o bien en la pareja que no convive, y es la violencia respecto a la cual profundizaré mi investigación, no por restar importancia a la violencia

⁴⁴ Martín Sánchez, María. (2015). Gender in the "emotional violence": key for constitutional review. *Estudios constitucionales*, 13(1), 203-236. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000100007>

⁴⁵ Martínez, Y. I. C. (2014). Validación de dos versiones cortas para evaluar violencia en la relación de pareja: perpetrador/ay receptor/a. *Psicología Iberoamericana*, 22(1), 63.

⁴⁶ Muñoz, J. M., & Echeburúa, E. (2016). Diferentes modalidades de violencia en la relación de pareja: implicaciones para la evaluación psicológica forense en el contexto legal español. *Anuario de Psicología Jurídica*, 26(1), 3. Cfr. Arias e Ikeda (2008), y McLaughlin (2012).

de género sufrida en otros ámbitos, sino por considerar que aquella padecida en el hogar o bien aquella sufrida en la pareja, ampliando el término, es la más compleja, la que requieren una específica regulación del control penal y la que enfrenta consecuencias de mayor gravedad, y por lo tanto, donde se espera que el Derecho Penal contribuya legítimamente.

En tal sentido me parece relevante distinguir que la violencia de género perpetrada fuera del hogar involucra a las instituciones o estructuras donde se despliega, por lo que asume injerencia el rol de distintos actores, quienes resultan responsables por su intervención.

A diferencia de ello, en la estructura familiar no existe un interventor por encima del agresor, siendo él quien impone las reglas, arrogándose sin contradicción el rol jerárquico superior.

Varias situaciones podemos considerar para valorar la gravedad de la violencia de género en una relación de pareja, entre ellas cabe destacar que la relación de género en este caso es perdurable en el tiempo posibilitando que el vínculo asimétrico se vaya construyendo e intensificando a través de ciclos que mantienen y fortalecen la dominación masculina, debilitando a la mujer, quien muchas veces se mantiene junto al varón por imposiciones culturales, como la unidad familiar, o bien por una necesidad real de supervivencia si no cuenta con independencia económica.

Debemos reconocer que las estructuras patriarcales se han consolidado dentro del hogar más que en ninguna otra estructura social, y si de estereotipos de género y roles sexuales hablamos, es ahí donde éstos se han desarrollado con mayor libertad.

El hogar supone intimidad, tensión, dependencia, y asunción de roles. Cada uno de estos términos aporta sentido a la afirmación precedente, ya que la familia representa socialmente una estructura jerárquica, siendo el hombre el “jefe del hogar”, legitimado a imponer reglas internas y a sancionar su incumplimiento, siendo el que provee y merece respeto, relegando a la mujer la responsabilidad de las tareas domésticas y la crianza de los hijos.

En las relaciones afectivas cobra relevancia la socialización diferencial de hombres y mujeres, formando parte del proyecto vital de las mujeres el amor y la familia, mientras el varón se proyecta hacia el reconocimiento social y el fortalecimiento de su masculinidad.

Victoria Ferrer Pérez y Esperanza Bosch Fiol en su artículo “Del Amor Romántico a la violencia de género” hacen una revisión de trabajos sobre el tema, exponiendo el análisis de Wendy B. Charkow y Eileen S. Nelson quienes reflexionan sobre la socialización de adolescentes en EE.UU. y concluyen que a las jóvenes se las socializa en el amor y la dependencia, transmitiéndoles que ellas tienen la responsabilidad de mantener la relación, la que es básica para su supervivencia y felicidad, mientras que a los chicos se les socializa en la autonomía y la independencia. Es decir, según estas autoras, en la socialización de los chicos y chicas estadounidenses continuarían imperando los modelos de socialización diferencial tradicional según los cuales el papel de las mujeres en el marco de la pareja y las relaciones afectivas es de subordinación y cuidado y el de los varones es de dominación e independencia. “Los modelos que nos llegan a través de las series de televisión, películas y libros de todo tipo y contenidos de internet dirigidos a público adolescente y post-adolescente también en España parecen confirmar estas reflexiones”.⁴⁷

Asimismo, las autoras del artículo antes citado mencionan entre otras investigaciones españolas la de Montserrat Moreno Marimón, Alba González y Marc Ros, quienes a partir de una observación en estudiantes universitarios sostienen que las chicas se caracterizan por mostrar una idealización del amor y una entrega incondicional a la relación amorosa, una valoración de la auto renuncia para satisfacer a la otra persona, y un deseo de conservar los vínculos de pareja por encima de cualquier otro tipo de consideraciones.⁴⁸

Difícilmente la mujer reconozca hoy abiertamente un estado de sumisión respecto a su pareja, sin embargo, son tan fuerte los estereotipos culturales aprendidos que aún sin admitirse los roles expuestos, los mismos se asumen de manera casi inconsciente en la estructura familiar.

Ahora, no todo es violencia de género en el hogar, la convivencia entre muchas situaciones emergentes de conflicto es motivadora de agresiones entre los integrantes de la familia y no necesariamente ello se vincula con jerarquía ni relaciones de poder.

⁴⁷ Pérez, V. F., & Fiol, E. B. (2013). Cit.

⁴⁸ Marimón, M. M., Castellví, A. G., & Ros, M. (2007). Enamoramiento y violencia contra las mujeres. In *Los feminismos como herramientas de cambio social* (pp. 21-34). Universitat de les Illes Balears.

4.- El riesgo de cierta violencia y la valoración de su relevancia

Michael Johnson, realiza una clasificación, traída a colación en un artículo de Fernández Ruiz, que resulta muy interesante, en la que distingue tres clases de violencia, la primera la llama “terrorismo íntimo” que se caracteriza por un control coercitivo, entendido éste como el uso de la violencia ejercido generalmente por el varón para dominar a su pareja, derivado de una sociedad patriarcal; el segundo tipo lo nombra “resistencia violenta”, que es cuando la víctima usa la violencia en respuesta al control coercitivo; y el tercer tipo es la “violencia situacional”, que surge ante la emergencia de conflictos específicos resueltos por medio de agresiones verbales o físicas. En este último caso Johnson ve una situación de simetría en cuanto al género.⁴⁹

El mismo autor, nos muestra también la propuesta de Evan Stark para quien es posible encontrar violencia patriarcal en la violencia situacional, distinguiendo violencia situacional propiamente y otra violencia que es utilizada para controlar a la pareja, por lo que propone sustituir la comprensión de terrorismo doméstico por control coercitivo, el que define como una conducta que se despliega casi exclusivamente por los hombres para dominar a mujeres individuales a través del entrelazamiento del abuso físico repetido con tres tácticas igualmente importantes: intimidación, aislamiento y control. Las agresiones son una parte esencial de esta estrategia y con frecuencia es perjudicial y, a veces, fatal. Pero el daño principal que infligen los hombres abusivos es político, no físico, y refleja la privación de derechos y recursos que son críticos para la persona y la ciudadanía. Aunque el control coercitivo puede ser devastador psicológicamente, su dinámica clave implica un estado objetivo de subordinación y la resistencia de las mujeres para liberarse de la dominación. El derecho de las mujeres a utilizar cualquier medio disponible para liberarse del control coercitivo se deriva de la forma en que los hombres las usan para oprimirlas, no de los daños físicos o psicológicos inmediatos que pueden sufrir debido al abuso”.⁵⁰

La clasificación de Johnson parece muy valiosa, en tanto distingue que no toda violencia de un hombre respecto a una mujer, o en particular respecto a su pareja, tiene la misma relevancia, calificando de terrorismo aquella ejecutada en virtud del género y

⁴⁹ Fernández Ruiz, J. M. (2019). Cit., 504. Cfr. Johnson Michael; Leone, Janel; XU, Yili, “Intimate Terrorism and Situational Couple Violence in General Surveys: Ex-Spouses Required”, *Violence Against Women*, n° 20 (2014), 187.

⁵⁰ Fernández Ruiz, J. M. (2019). Cit.

como herramienta de control, utilizado un término fuerte que dimensiona muy bien la problemática.

Por otra parte, la definición de Stark describe la violencia de género con precisión, y no sólo alude al concepto de dominación, sino que explica la actitud táctica y estratégica del agresor para lograrla, mediante el abuso físico, intimidación, aislamiento y control, destacando la privación de derechos como consecuencia, más allá del daño inmediato provocado en la víctima, sea físico o psíquico.

No comparto la ampliación de Stark en cuanto a la posibilidad de un control coercitivo en una violencia situacional, considerando que confundiría las primeras manifestaciones de la violencia machista con la violencia situacional de Johnson, estimando que éste no concibe la misma como una manifestación de poder patriarcal.

Conforme lo expuesto, podríamos distinguir en el ejercicio de violencia en una relación de pareja, dos situaciones: violencia situacional y terrorismo íntimo o control coercitivo, tal como lo han propiciado otros autores partiendo del análisis de Johnson, optando así por una clasificación más sencilla.

Según Johnson, la violencia coactiva supone el 11% de la violencia de pareja en muestras comunitarias, mientras la situacional supone el 89%. En el caso de las muestras judiciales, el 29% de la violencia denunciada es situacional, mientras el 68% es coactiva. Por último, en las muestras de mujeres maltratadas (casas de acogida) el 19% es situacional y el 79% coactiva.⁵¹

Al definir la violencia controladora coactiva o terrorismo íntimo, Muñoz, J. M., & Echeburúa, E. sostienen que se trata de un patrón de conducta violenta sistemático, unidireccional, más o menos sutil, continuado y de intensidad creciente, donde la motivación del agresor es el control y la violencia un mecanismo para alcanzarlo, creando un estado de tensión emocional permanente sobre la víctima que conduce a su destrucción como persona.⁵²

5.- Modelos teóricos sobre la violencia de género en la pareja

Expondré parcialmente el análisis realizado por Roberta de Alencar Rodrigues y Leonor Cantera en el marco de la Tesis Doctoral de la primera, al discutir en su

⁵¹ Muñoz, J. M., & Echeburúa, E. (2016). Cit., 3. Cfr. Johnson (2006).

⁵² Muñoz, J. M., & Echeburúa, E. (2016). Cit., 4. Cfr. Rodríguez-Carballeira et al., (2005).

publicación las diferentes perspectivas teóricas que explican la violencia de género en la pareja, mencionando distintas teorías, citadas a continuación:⁵³

Teoría Biológica: Atribuyen la violencia a una conducta que forma parte de la estructura biológica del hombre, el que ha desarrollado su agresividad para sobrevivir. Los seguidores de este modelo defienden que en las especies animales los machos son más agresivos que las hembras⁵⁴.

Se le critica a esta teoría que no tiene en cuenta la construcción cultural y que no explica por qué algunos hombres no son violentos en el hogar.

Teoría Generacional: Sostienen que existen algunas características individuales en el hombre que constituyen un factor de riesgo en tanto moldearían su personalidad violenta⁵⁵. Entre éstas se señala: el rechazo y el maltrato del padre, que perjudicaría la noción de identidad del agresor y afectaría su capacidad de consolarse y de moderar su ira y ansiedad; el apego inseguro a la madre, que se refiere a la relación inicial de un hombre con su madre, caracterizada por el deseo de unirse con la persona que ama unido al miedo de que lo absorba, buscando parejas sobre las cuales puedan ejercer un control a través del cual manejen la experiencia infantil de un acercamiento fallido; y finalmente, la influencia de la cultura machista, explicando que la sociedad prescribe el concepto de virilidad a los niños, enseñándoles desde pequeños que deben ser fuerte, que no pueden sentir miedo, ni expresar su flaqueza, justificando culturalmente la ira utilizada para negar el miedo y el rechazo experimentados en la etapa anterior de su desarrollo.

Si bien la teoría descripta se basa en una investigación científica que demuestra que “haber sido objeto de maltrato o haberlos presenciado aumenta la probabilidad de convertirse en una persona violenta”, los autores consideran que no todas las personas que sufrieron maltrato en la niñez se conviertan en adultos violentos, sino que hay otros factores que pueden romper con la historia de violencia generacional. La aclaración es positiva, ya que se deben hacer notar que no todo niño que sufrió maltrato fue un adulto violento, tal como recomienda la Organización Mundial de la Salud.⁵⁶

Teoría Sistémica: Consideran que “la violencia no es un fenómeno individual, sino la manifestación de un fenómeno interaccional”, añadiendo que “todos cuantos participan

⁵³ Alencar-Rodrigues, R., & Cantera, L. (2012). Violencia de género en la pareja: Una revisión teórica. *Psico*, 41(1).

⁵⁴ Cfr. Ramírez (2000).

⁵⁵ Cfr. Dutton y Golant (1997)

⁵⁶ Cfr. OMS (2003)

en una interacción se hallan implicados y son, por lo tanto, responsables (...). De hecho, quien provoca asume la misma responsabilidad que quien responde a la provocación” señalando que “el hecho de ser víctima no cambia en nada el grado de responsabilidad de cada uno”, concluyendo que se deba conocer la lógica de pensamiento y de conducta del agresor y de la víctima para promover un cambio en su sistema de creencias, pues una vez hayan modificado su visión del mundo, podrán cambiar su conducta en relación con la otra persona⁵⁷.

Otro postulado de esta teoría afirma que la violencia es el resultado de la organización dinámica familiar, cuyos miembros presentan dificultades en las relaciones, tanto de comunicación, como en cuanto a las habilidades sociales⁵⁸.

En cuanto al abordaje terapéutico sistémico, se pone el acento en el vínculo para resolver la violencia.

Se cuestiona mucho esta posición en cuanto responsabiliza a la víctima y exime de culpabilidad exclusiva al autor de la violencia.

Teoría de la Perspectiva de Género: Este enfoque prioriza el modelo patriarcal para explicar el maltrato que impera en la sociedad contra la mujer. La perspectiva de género se preocupa del análisis de cuestiones culturales y sociales, concibiendo la violencia masculina contra las mujeres como un abuso de poder en una estructura social que favorece que los hombres agredan a las mujeres y que privilegia los elementos masculinos sobre los femeninos⁵⁹.

Esta teoría está íntimamente relacionada con el desarrollo del primer capítulo de este trabajo, en cuanto a las estructurales sociales que legitiman el uso de la violencia, como la socialización en género que atribuye valores diferentes al femenino y al masculino. Según este enfoque es importante entender la distribución desigual de poder entre hombres y mujeres.

Teoría ecológica: Según las autoras del trabajo de investigación analizado, este modelo busca explicar la violencia en la pareja de manera integradora, siendo utilizado para explicar el fenómeno por diferentes organismos internacionales.⁶⁰

⁵⁷ Cfr. Perrone y Nanini (1995).

⁵⁸ Cfr. Cunningham (1998)

⁵⁹ Cfr. Ferrández (2006) y Walker (2004)

⁶⁰ Cfr. Organización Mundial de la Salud (OMS, 2003), el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM, 2003) y la Asociación de Psicología Americana (APA, 2002).

El precursor de la teoría ecológica fue Bronfenbrenner, y la misma consiste en un enfoque ambiental, analizando el desarrollo del individuo a través de los diferentes ambientes en los que se desenvuelve, que influyen en el cambio y en su desarrollo cognitivo, moral y relacional.⁶¹

El modelo ecológico de Heise propone mirar la interacción de factores culturales, sociales y psicológicos, para determinar las causas que originan la violencia de género en la pareja, visualizando esa interrelación de factores a partir de círculos concéntricos, los que denomina nivel individual, microsistema, exosistema y macrosistema. El centro del círculo corresponde a la historia personal que el individuo aporta a su relación de pareja y a las características del desarrollo personal que afectan a la respuesta en el microsistema y exosistema, y aumentan la probabilidad de ser víctima o autor de violencia. El microsistema representa el contexto inmediato en el que tiene lugar la violencia y generalmente se refiere al entorno familiar.⁶² Por otra parte, el exosistema comprende estructuras formales e informales como la vecindad, el mundo del trabajo, las redes sociales, la iglesia o la escuela, que hacen perdurar el problema del maltrato a través de pautas culturales sexistas y autoritarias.⁶³ También se incluyen en este contexto la ineffectividad de la ley y la falta de respuesta de las instituciones ante las situaciones de violencia de género en la pareja, así como el rol que los medios de comunicación ejercen al presentar los modelos violentos, normalizando de esta manera la violencia. Finalmente, el macrosistema representa los valores culturales y la ideología que permean la sociedad⁶⁴ y fomentan la violencia que influyen en el microsistema y el exosistema.⁶⁵

En el gráfico del modelo de Heise se incluyen como factores individuales: la historia familiar, la personalidad, la visión del mundo y el alcoholismo; como factor familiar: la dinámica, los roles y patrones de interacción, la calidad de la relación y la conexión con el otro; entre los factores socio estructurales señala: la realidad y tendencia económica, las características y normas del barrio, el mundo del trabajo, y las prácticas del cumplimiento de leyes; y finalmente como factores socioculturales menciona: las

⁶¹ Cfr. Bronfenbrenner (1977, 1987)

⁶² Cfr. Heise (1998).

⁶³ Cfr. Belski (1980)

⁶⁴ Cfr. Bronfenbrenner (1977)

⁶⁵ Cfr. Belski (1980) y Grauerholz (2000).

normas, valores y creencias, el sexismo, la aceptación de la violencia, los estereotipos sobre roles sexuales y normas de la vida familiar.⁶⁶

Según los autores que sostienen esta teoría, las experiencias del entorno constituyen factores de riesgo que no eximen ni desculpabilizan al agresor, que no son su causa única e incluso pueden no estar presentes. Es decir, no se plantean como factores determinantes, de hecho, se consideran que todos los hombres son agentes de cambio y deben ser educados e involucrados para combatir la violencia y para problematizar la construcción de masculinidad asociada a la violencia⁶⁷.

A mi entender, es difícil explicar mediante un modelo la violencia en la pareja porque son muchos los factores asociados a la situación, y si bien es atractiva la propuesta ecológica al integrar los factores, creo que los mismos no deben colocarse en un mismo plano, sino que podemos determinar los factores que la originan, la desencadenan, y la mantienen o agravan.

Que hay violencia basada en una relación desigual de poder en virtud del género que reconoce su origen en una construcción socio cultural y que la familia es una estructura social que reconoce una organización patriarcal asumiendo sus integrantes roles jerarquizados, son afirmaciones difícil de negar, sin embargo, no por ello podemos sostener que existe violencia de género en la pareja, sino que tales afirmaciones constituyen, a mi entender, la base sobre la que se construye el problema, el que involucra aspectos individuales del agresor, características de la relación, y otros factores desencadenantes de la agresión, que la mantienen o acrecienta, y que ello no lleva ni a negar el reproche al autor ni culpabilizar a la víctima, ya que si ésta consiente la violencia es a causa del control y dominio que el varón ejerce en la modalidad vincular asimétrica.

6.- El modelo del laberinto patriarcal

Esperanza Bosch Fio, Victoria A. Ferrer Pérez y Aina Alzamora Mir, proponen en su trabajo “El laberinto patriarcal. Reflexiones teórico-prácticas sobre la violencia contra las mujeres”⁶⁸, el modelo del laberinto para representar la dificultad que tienen las mujeres víctimas de violencia de género para salir la relación abusiva.

⁶⁶ Morales-Córdova, H., Hernández-Breña, W. V., Raguz-Zavala, M. D. L. M., & Burga-León, A. (2018). *Feminicidio: determinantes y evaluación de riesgo*. 22.

⁶⁷ Cfr. Douglas, Bathrick, y Perry (2008).

⁶⁸ Fiol, E. B., Pérez, V. A. F., & Mir, A. A. (2006). *El laberinto patriarcal: reflexiones teórico-prácticas sobre la violencia contra las mujeres*. Anthropos Editorial.

Entre los significados atribuidos a ese laberinto se destaca como bello, complejo, mitológico, e inextricable, y se señala el fracaso terapéutico del trabajo que se centra solo en la patología emergente o en el suceso de una relación.

Al describir cómo opera el modelo, las autoras señalan que el laberinto presenta tres círculos que van aumentando su dificultad desde el exterior al centro, dando importancia a la “fuerza del amor” como determinante en su entrada y con la aparición del choque de expectativas o la colisión de intereses aparecerían las primeras estrategias de control por parte del maltratador, momento en que muchas mujeres pueden escapar, ya que están situadas en el primer círculo, cuyas paredes son de cristal y se percibe el mundo exterior, la víctima está conectada con redes de sociales y de contención, sin embargo la permanencia en la relación la lleva a ingresar al segundo círculo, estadio donde aparecen las primeras agresiones y toma fuerza el ciclo de la violencia. Aquí la información exterior ya no es tan eficaz porque se ha iniciado un aislamiento, y la mujer asume un estado de sumisión como las estrategias para intentar evitar las agresiones. Finalmente, en el tercer anillo, el miedo manda y reina la violencia. El aislamiento de la mujer ya es total y las únicas estrategias son las de supervivencia.⁶⁹

7.- La mujer que permanece en el maltrato.

El modelo antes descrito demuestra el riesgo que implica la permanencia de la mujer en una relación jerárquica violenta.

La agresión en la pareja se establece lenta y progresivamente, dando la sensación que la mujer consiente el maltrato, pero si aquella permanece junto al maltratador no es por un masoquismo inexplicable, sino que se vincula al alto costo que implica romper la estructura familiar, al asumir el rol de una buena mujer, esposa y madre, sumado al temor de posibles represalias y/o al desamparo económico.

El trato habitual con mujeres víctima de violencia de género, permite ver que la misma pareciera adaptarse a la violencia asumiéndola como un estigma que le toca vivir, y para seguir viviendo minimiza, niega, justifica, y se responsabiliza, así el maltrato sufrido en el ámbito doméstico proyecta sus consecuencias en el ámbito social ya que, al someterse, la mujer pierde su identidad y su valor como persona, imposibilitándola tal posición a desarrollarse fuera del hogar.

⁶⁹ Pérez, V. F., & Fiol, E. B. (2013). Cit., 115.

Según Amor y Echeburúa, algunas investigaciones afirman que existen factores genéricos presentes en gran parte de las víctimas de maltrato por sus parejas, entre los que destacan: creencias y actitudes tradicionales en cuanto al rol de la mujer y al compromiso moral que supone el matrimonio, baja autoestima, locus de control externo, presencia de apego ansioso, tendencia a culparse por la violencia sufrida o a exculpar al agresor de los episodios violentos, resistencia a usar los servicios comunitarios disponibles.⁷⁰

Ello no implica responsabilizar a la mujer de la violencia sufrida, sino tratar de buscar las causas por las que no se desvincula del agresor, que a la vez son consecuencia de la violencia. Es decir, la situación de vulnerabilidad de la mujer víctima aumenta a medida que permanece en el maltrato, lo que conlleva secuelas emocionales y psíquicas que lo profundizan.

La disminución de su autoestima llevan a la víctima a creerse merecedora del castigo o responsable de la conducta del agresor, por lo que se torna pasiva y espera directrices perdiendo el control de su vida, se siente incapaz de resolver su situación y limita su capacidad de oponerse, creyendo que nadie la puede ayudar por lo que toma distancia social, construyendo esperanzada falsas expectativas de cambio.

Asimismo, los autores ut supra mencionados describen las principales teorías que intentan explicar la permanencia de la víctima en la relación de maltrato, según ponen el acento en el proceso de toma de decisiones (se presentan distintos variantes según que motiva ese proceso, sea una evaluación de costo beneficio, o valoración de la inversión, o esperanza de cambio), en la dependencia emocional (apego al vínculo sentimental), o en las repercusiones psicopatológicas del maltrato, entre las que encontramos la teoría de la indefensión aprendida, en virtud de la cual se sostiene que la persona sometida a maltrato durante un periodo prologado llega a un estado de indefensión y de déficit en diferentes áreas de motivación, cognición y afecto, que hace más probable su permanencia dentro de esa relación.

Walker dice respecto a la indefensión aprendida que “las mujeres golpeadas no intentan dejar la situación de maltrato, incluso cuando pueda parecer a un observador externo que es posible escapar, porque no pueden predecir su propia seguridad; creen que

⁷⁰ Amor, P. J., & Echeburúa, E. (2010). Claves Psicosociales para la Permanencia de la Víctima en una Relación de Maltrato Psychosocial Keys for the Permanence of the Victim in an Abusive Relationship. *Clínica*, 1(2), 98. Cfr. Rhatigan (2006) y Rhodes y Baranoff (1998).

nada de lo que ellas o cualquier otra persona haga puede alterar sus terribles circunstancias”.⁷¹

En virtud de lo expuesto, más allá de los diversos modelos (laberinto, ciclo violencia, indefensión aprehendida) y de las razones o argumentos que nos puedan brindar las teorías o elaboraciones respecto al tema, es fundamental que se establezca como premisa que la víctima no puede salir sola de la situación de violencia que la afecta, siendo primordial los recursos psicológicos, jurídicos y sociales que se ponen a su alcance para lograrlo.

8.- Teoría del Ciclo de Violencia

Esta teoría constituye también un modelo que busca explicar la permanencia de la mujer en la situación de violencia, fue definido por la abogada estadounidense Lenore E. Walker a principios de la década de 1980 a partir de un trabajo con mujeres, siendo actualmente el modelo más usado por profesionales

La violencia de género se caracteriza por expresarse a través de un ciclo que asegura su vigencia, conformado por tres fases: acumulación de tensión, incidente de agresión, y el perdón y enamoramiento, a partir del cual se reinicia el ciclo.

Conceptualizando los términos que forman el modelo, ciclo es un movimiento en el tiempo, una vuelta al principio y reinicio de lo conocido, por lo que siempre es el mismo inicio y el mismo fin, y fase es algo que irremediamente el sujeto debe atravesar, que tiene una secuencia en el tiempo, de donde emerge una relación nueva con los objetos.⁷²

8. 1. Fases del ciclo

Primera fase: Acumulación de tensión por parte del varón

Durante este periodo se producen pequeños incidentes que derivan en roces entre los integrantes de la pareja que provocan sentimientos de ansiedad y hostilidad. La víctima advierte un cambio de actitud en el agresor, lo siente irritable, y susceptible, encontrando un motivo a tal situación, el cual no necesariamente se vincula a la relación, sino que por lo general son causas externas, tales como el trabajo, el estrés, la situación económica, alguna adicción.

⁷¹ Villanueva, S. D. (2012). ¿Por qué las mujeres permanecen en relaciones de violencia? Avances en psicología, 20(1), 45-55. Cfr. L. Walker (1989), 53.

⁷² Lamberti, S. (2016). Violencia masculina intrafamiliar: una visión integradora desde el Psicoanálisis y el Derecho. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Grupo Editorial, 65.

El varón cree estar autorizado a desplegar sus conductas agresivas por la pasividad de la mujer que las minimiza, no se reconoce violento, pero sabe que su conducta es inapropiada y teme que su pareja lo deje por lo que se muestra más celoso, posesivo e intimidador, manipulando al grupo familiar. Descalifica a la mujer y excusa su accionar en excesivo amor y cuidado respecto a su pareja.

Segunda Fase: Estallido de tensión

Etapa caracterizada por la manifestación de la violencia, dando lugar a un episodio agudo de descontrol agresivo, el que puede tener consecuencias fatales.

Esta fase supone una descarga verbal y física de tensiones acumuladas en la etapa anterior, que ni el agresor puede detener aun percibiendo que su violencia está fuera de control.

En este momento la mujer está dispuesta a pedir ayuda.

Tercer Fase: Luna de Miel

Se caracteriza por el arrepentimiento del autor, quien se muestra débil, avergonzado, pide disculpas y trata de reconquistar a su víctima, siendo amoroso y gentil. Se culpabiliza de la acumulación de tensión depositando generalmente la carga de la violencia en la incomprensión de su pareja, culpándola de su reacción.

Generalmente la mujer cree las promesas del varón en cuanto a que no volverá a violentarla, y ello se vincula a la doble moral que tienen muchos agresores de violencia de género, que no son personas agresivas fuera del ámbito doméstico.

En esta etapa la mujer suele desistir de la denuncia y promueve incluso el incumplimiento de las medidas de protección.

Tras la luna de miel, las tensiones vuelven a acumularse dando lugar a un nuevo ciclo, el que se va intensificando, disminuyendo la fase de arrepentimiento, mientras se reafirma la creencia del agresor como amo de la situación.

“El propio discurso de quienes ejercen VMI -violencia masculina intrafamiliar- aparece impregnado de la creencia de que se está siguiendo un camino inexorable, un destino marcado de antemano, que habrá de finalizar siempre, irremediamente, en un mismo lugar común: la descarga pulsional con su cuota de agresión y daños consecuentes”.⁷³

⁷³ Lamberti, S. (2016). Cit. El autor hace un análisis del ciclo de violencia masculina intrafamiliar y la concepción de mociones pulsionales del pensamiento Freudiano.

9.- El agresor

“En opinión del psiquiatra Luís Rojas Marcos, nuestra sociedad habría construido tres firmes racionalizaciones culturales para justificar la violencia masculina contra las mujeres: el culto al "macho", la glorificación de la competitividad y el principio diferenciador de los "otros". Así, el machismo más rancio glorificaría los atributos de mayor dureza atribuidos a la masculinidad: la imagen del hombre agresivo, implacable, despiadado, seguro de sí mismo y sin concesión alguna a lo sentimental”.⁷⁴

Los valores patriarcales y los estereotipos de masculinidad determinan una idea de que el hombre es violento por naturaleza, afirmación más vinculada a la posición jerárquica del hombre en la "cultura machista" y a la socialización diferencial en virtud del cual aprende a no inhibir tendencias agresivas.

Se han definido distintos tipos de agresores, que maltratan con diferente frecuencia e intensidad y que representan un mayor o menor riesgo para la integridad física y psicológica de las víctimas.

9. 1. Sesgos cognitivos del hombre agresor.⁷⁵

Un estudio publicado por la Universidad de Murcia, citando a múltiples investigaciones sobre el tema realiza interesantes afirmaciones, entre ellas sostiene que “los hombres agresores contra la pareja suelen estar afectados por numerosos sesgos cognitivos, relacionados, por una parte, con creencias distorsionadas sobre los roles de género y la inferioridad de la mujer y, por otra, con ideas distorsionadas sobre la legitimación de la violencia como forma de resolver los conflictos”.⁷⁶

Así, considera que detectar los sesgos cognitivos en relación con los estereotipos de género y la justificación de la violencia machista desempeña un papel muy importante en el ámbito de la prevención primaria y de la intervención con hombres violentos contra la pareja. En este último caso se trata de adaptar los programas de tratamiento a las características específicas de estos hombres

Si bien se requiere más investigación al respecto, hay bases teóricas y empíricas sólidas para considerar que la reducción o desaparición de la violencia contra la pareja

⁷⁴ Pérez, V. F., & Fiol, E. B. (2013). Cit., 110. Cfr. Luís Rojas Marcos (1998).

⁷⁵ Enrique Echeburúa, Pedro J. Amor, Belén Sarasua, Irene Zubizarreta y Francisco Pablo Holgado-Tello (2016). Inventario de Pensamientos Distorsionados sobre la Mujer y el Uso de la Violencia - Revisado (IPDMUV-R): propiedades psicométricas. (<http://revistas.um.es/analesps>). Anales de psicología, 32 (3), 837-846 <http://dx.doi.org/10.6018/analesps.32.3.231901>

⁷⁶ Cfr. Fernández-Montalvo y Echeburúa, (1997).

está asociada a la modificación de las distorsiones cognitivas en relación con la mujer y la violencia.⁷⁷

A su vez, considera que otra línea de investigación futura es la comparación del instrumento en diferentes tipos de maltratadores en tratamiento (a nivel comunitario, de suspensión condicional de la pena y de prisión) mediante una validación cruzada para depurar las propiedades psicométricas del instrumento y poder establecer un diagnóstico diferencial en estos subgrupos respecto a las distorsiones cognitivasⁱ.

9.2. Mitos respecto al maltratador

Victoria Ferrer Pérez y Esperanza Bosch Fiol elaboraron cuadros descriptivos de los mitos del siglo XXI, distinguiendo mitos sobre la marginalidad, sobre los maltratadores, sobre la mujer, y sobre la incidencia de la violencia de género, mostrando las evidencias disponibles⁷⁸

Al desmitificar las afirmaciones que suelen utilizarse respecto a los maltratadores, diferencian:

a) Antecedentes del maltrato: tras sostener que el porcentaje estaría entre un 10-40 %, recurren a las afirmaciones del Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud⁷⁹ en cuanto a que “no todos los niños que presencian malos tratos o son objeto de ellos se convierten en adultos que maltratan”, y no puede establecerse una relación causal entre un pasado de violencia y violencia actual.

b) Patología psíquica: “la proporción de las agresiones por la pareja vinculadas con trastornos psicopatológicos suele ser relativamente baja en entornos donde este tipo de violencia es común”, según el Informe antes aludido.

c) Consumo de alcohol y/o drogas: basándose en la misma fuente consideran “hay un considerable debate acerca de la naturaleza de la relación entre el consumo de alcohol y la violencia, y si ésta es verdaderamente causal. Muchos investigadores creen que el alcohol opera como un factor coyuntural, que aumenta las probabilidades de que se produzca la violencia al reducir las inhibiciones, nublar el juicio y deteriorar la capacidad del individuo para interpretar indicios”. Seguidamente, muestran cifras estadísticas

⁷⁷ Cfr. Carbajosa, Boira y To-más-Aragonés, 2013; Echeburúa, 2013; Echeburúa, Fernán-dez-Montalvo y Amor, 2006; Lila, Oliver, Galiana y Gracia, 2013

⁷⁸ Bosch-Fiol, E., & Ferrer-Pérez, V. A. (2012). Nuevo mapa de los mitos sobre la violencia de género en el siglo XXI. *Psicothema*, 24(4), 548-554.

⁷⁹ Cfr. Heise y García-Moreno (2003).

bastantes representativas, indicando que el consumo abusivo de alcohol y drogas estaría presente en el 50% de los casos de violencia de género a escala mundial, oscilando entre un 8 y un 97% según el estudio.⁸⁰

d) Presencia de celos: Los celos no son causa de la violencia, son una de las estrategias que los maltratadores usan para controlar a su pareja y los actos tendentes a controlar o aislar a la mujer constituyen violencia psicológica.⁸¹

10.- Herramientas utilizadas para reducir la relación de maltrato

Para quienes sufren violencia de género por parte de su pareja es muy difícil salir de la situación de maltrato, y aunque resulte paradójico, la víctima necesita implementar acciones para dejar de serlo, siendo incluso responsabilizada socialmente por continuar siéndolo.

Esta situación se debe a que la violencia de género no se agota en un acto o en una conducta, sino que comprende un proceso o fenómeno que puede durar mucho tiempo en el que las consecuencias terminan siendo causas de la permanencia y profundización del maltrato. Por ejemplo, la baja autoestima de la mujer es una consecuencia de la dominación que favorece que ésta perdure en el tiempo.

Lenore Walker menciona que las mujeres pueden desarrollar síntomas de evitación (negación, minimización, represión) y síntomas psicofisiológicos (palpitación cardíaca, dificultad para respirar, ataques de pánico, dolores de estómago) que están asociados al aumento de estrés y ansiedad y a la estimulación del sistema nervioso autónomo, y explica que es posible que profesionales sin formación en la temática incurran en el error de diagnosticarles algún desorden de personalidad y que sus síntomas sean vistos como una patología en lugar de interpretarse como estrategias de supervivencia o respuestas a la vivencia de maltrato que sufren.⁸²

“Romper es una manera de resistencia a través de la cual se busca rescatar la libertad por medio de mucho esfuerzo y sufrimiento. Como indica esta autora, las mujeres sobrevivientes de maltrato tuvieron que fracturar la esfera de dominación de su pareja rompiendo con el poder que les mantenía en la relación. En este punto, es importante

⁸⁰ Cfr. Sanmartín (2003) (2010).

⁸¹ Cfr. ONU (2006).

⁸² Alencar-Rodrigues, R., & Cantera, L. M. (2013). Intervención en violencia de género en la pareja: el papel de los recursos institucionales. *Athenea Digital. Revista de pensamiento e investigación social*, 13(3), 79.

hacer referencia a Foucault cuando afirma “que no existen relaciones de poder sin resistencia” para entender que, aunque estén en situación de subordinación y opresión, las mujeres víctimas de violencia de género en la pareja son capaces de resistir a la relación de dominación a la que están sometidas”.⁸³

Roberta de Alencar-Rodrigues y Leonor M. Cantera, analizan los factores que obstaculizan y facilitan el cese o la reducción de la violencia de género en la pareja, los que relaciona con recursos externos y personales, sosteniendo que la recuperación de la violencia depende de que la mujer cuente con recursos externos adecuados (red social e instituciones que la acompañen y recursos materiales) y que pueda conectar con recursos personales, dentro de los cuales destaca las estrategias de afrontamiento, la resiliencia (capacidad de superación) y creencias (estereotipos de género y roles asignados).⁸⁴

Las autoras señalan que, así como los recursos pueden facilitar el cese o reducción de violencia también pueden obstaculizarlo, resaltando que una intervención institucional inadecuada puede ser perjudicial, revictimizando y llevando a la víctima a retomar la relación, de ahí la importancia de que las instituciones comprometidas tengan personal capacitado en la temática.

El análisis y comprensión de los recursos relevantes permite intervenciones eficientes tendientes a instrumentalizar las redes y las instituciones para lograr el empoderamiento de la mujer.

Las decisiones de las mujeres de separarse del agresor, seguir conviviendo con él o abandonarlo y a los pocos meses reanudar la relación, no deben ser objeto de victimización secundaria, y lejos de ser juzgada debe ser comprendida, siendo un componente básico de su fortalecimiento la capacidad de tomar sus propias decisiones. Salir de una relación violenta es un proceso de cambio dinámico que, en determinados casos, requiere múltiples intentos antes de conseguirlo definitivamente, las víctimas pueden inicialmente minimizar la violencia, culparse por el deterioro de la relación, atribuir erróneamente la violencia a una situación pasajera y mostrar una ambivalencia.⁸⁵

Existe cierto acuerdo al señalar que la separación de la pareja maltratadora no es la única manera de poner fin a la violencia, puesto que hay mujeres que han logrado interrumpir la violencia cohabitando con la pareja.

⁸³ Alencar-Rodrigues, R., & Cantera, L. M. (2013). Del laberinto hasta el camino hacia la recuperación de la violencia. *Interamerican Journal of Psychology*, 47(1), 62.

⁸⁴ Alencar-Rodrigues, R., & Cantera, L. M. (2013). Cit. 61.

⁸⁵ Amor, P. J., & Echeburúa, E. (2010). Cit., 102.

Asimismo, puede la mujer desvincularse y continuar padeciendo violencia del agresor, sea que se mantenga el maltrato mediante acoso, amenazas, agresiones o bien mediante dificultades coyunturales como buscar trabajo, o definir la custodia de los hijos, por lo que es fundamental proporcionar un espacio terapéutico, brindar ayuda económica, facilitar servicios legales.

También se debe tener presente, que no sólo es un desafío para la víctima cortar la relación de maltrato, sino que una vez que dejan de ser maltratadas deben rescatar el control y autonomía sobre la propia vida.

11.- Manifestaciones de violencia

Entre las manifestaciones de la violencia podemos enumerar:

Violencia Física: Es aquella percibida objetivamente por otros, se trata de agresiones que provocan un daño en el cuerpo o salud de la víctima y deja huellas externas.

Consiste en golpes, empujones, mordiscos, patadas, etc. Causados por las manos u otro objeto.

Es la más visible y reprochable, por lo que facilita la toma de conciencia de la víctima y la acción de su entorno, por lo que se reconoce socialmente y es relevante al sistema jurídico.

Violencia Psicológica: Este tipo de violencia provoca un grave daño psíquico en la destinataria, supone amenazas, insultos, humillaciones, desprecio, burla, y desvalorización.

La violencia psicológica afecta la psiquis de la víctima, provoca manipulación y sentimiento de culpa que incrementa la dominación y el control.

La violencia psicológica o emocional contra la mujer ha recibido menos atención en las investigaciones sobre violencia en la pareja, pero causa tanto daño a la salud física y mental de la víctima como la violencia física y puede, además, ser precursora de otras formas de violencia.⁸⁶

Violencia Sexual: Se ejerce mediante la presión física o psíquica a la víctima para mantener una relación sexual no deseada

⁸⁶ Bosch-Fiol, E., & Ferrer-Pérez, V. A. (2012). Nuevo mapa de los mitos sobre la violencia de género en el siglo XXI. *Psicothema*, 24(4), 551.

Violencia Económica: Es cuando el agresor controla y mantiene poder sobre la víctima a través del dinero, generalmente son hombres que impiden a la mujer trabajar, que se presentan como proveedor familiar

Violencia Social: El agresor limita la vida social de su pareja, aislándola de su entorno.

12.- Conclusiones del capítulo

La violencia de género en la pareja es particularmente grave y constituye un fenómeno de características propias y distintivas de la violencia de género en general. La misma afecta profundamente a la estructura familiar, determinando psicosocialmente el desarrollo de todos sus integrantes acarreando gravísimas consecuencias.

Las razones para fragmentar el fenómeno, y otorgar mayor relevancia al desenvolvimiento del mismo en el ámbito de la pareja, son las particularidades que lo atraviesan, que a la luz del desarrollo precedente denotan su peligrosidad.

En principio, considerando las estructuras sociales donde se establecen sistema de jerarquías, en el único caso donde, además de la víctima, sólo interviene el agresor, es en la estructura familiar. A su vez, es la familia el sistema más afectado por los estereotipos patriarcales, tanto respecto a la idea de autoridad, como a los roles asignados a sus integrantes, y los valores que se le cargan tales como el amor, el respeto, la obediencia, la incondicionalidad, consolidando un ámbito donde el ejercicio de violencia como exteriorización de una vinculación desigual, sumado a la precavida injerencia del exterior, promueve un estado de dominación que puede llegar a asimilarse a la esclavitud.

En el ámbito doméstico, el hombre que ejerce violencia es considerado en la estructura familiar patriarcal el jefe o máxima autoridad, por lo que la víctima es más vulnerable, y necesita mayor protección, presentándose fenómenos psicosociales particulares representados en el ciclo de violencia y en modelos expuestos en el presente capítulo.

Entiendo que es en ese contexto donde puede desarrollarse en plenitud el control coercitivo definido como “conducta que se despliega casi exclusivamente por los hombres para dominar a mujeres individuales a través del entrelazamiento del abuso físico repetido con tres tácticas igualmente importantes: intimidación, aislamiento y control”.

En efecto, es en la violencia intrafamiliar donde debe haber intervención estatal y fuerte protección, y hago extensiva la afirmación a la violencia en la pareja, entendiendo más

representativo el término para abarcar todos los supuestos que pueden existir en la familia actual, con o sin matrimonio, con o sin convivencia, con o sin hijos.

CAPITULO III

LA VIOLENCIA DE GENERO COMO PROBLEMA SOCIAL. SU LEGISLACION EN EL AMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL

1.- Introducción

Visualizar la violencia de género como un problema social es el inicio de un largo proceso de deslegitimación de construcciones culturales históricas, la universalidad del problema y su consideración dentro de los Derechos Humanos fundamentales devino en la obligación de los Estados de protegerlos y garantizarlos, como condición esencial para su desarrollo.

2.- El reconocimiento del problema social y el mérito del feminismo

Es relativamente reciente el reconocimiento de la violencia de género como problema social, la misma, y particularmente aquella ocurrida en el ámbito doméstico, era considerada un asunto privado ajeno a la intervención de terceros.

Antiguamente, la agresión por parte del marido estaba permitida, visualizada socialmente como algo normal, otorgándole al varón el deber y el derecho de corrección dentro del hogar.

Con el tiempo esta representación se fue modificando y comenzó a reprobarse la agresión, aunque se mantenía el consenso social sobre la privacidad del conflicto, siendo tratado como un asunto de pareja en el que no debía intervenir, como si se tratara de una situación que sucedía en algunos hogares y formaba parte de la dinámica de la relación.

Esta idea de "privacidad" subsiste hoy en día, y son muchos los análisis que coinciden en señalar que es uno de los factores que subyacen al hecho de que las víctimas no denuncien y de que éste continúe siendo un problema "oculto" cuyas cifras reales son casi imposibles de conocer.⁸⁷

Para que una situación o circunstancia sea definida como problema social debe tener reconocimiento por gran parte de la comunidad o ser considerada injusta por un

⁸⁷ Fiol, E. B., & Pérez, V. A. F. (2000). La violencia de género: de cuestión privada a problema social. *Psychosocial Intervention*, 9(1), 7-19.

grupo que tenga una cierta influencia social, siendo primordial en el caso de la violencia de género el papel de los movimientos feministas.

Los grupos feministas, han logrado redefinir la violencia contra las mujeres y consolidarla como un grave problema social y político, propiciando en los últimos años un proceso de denuncia, discusión y toma de conciencia social sobre la violencia de género, vinculando su causa a la estructura de poder patriarcal y mostrando sus graves consecuencias.

Se destacan tres momentos clave en la construcción del nuevo marco de interpretación de la violencia contra las mujeres. El primero, enraizado en los feminismos del siglo XIX, que buscaron desarticular la ideología de la naturaleza diferente y complementaria de los sexos, luchar por los derechos básicos y hacer visible las condiciones de coacción y violencia que rodean a la condición femenina, en esta etapa se visualiza la desigualdad de género en el ámbito público. El segundo, representado por el feminismo radical de los años sesenta con su giro epistemológico hacia el análisis de la esfera de lo privado y su nuevo concepto de lo político como toda área de la acción humana atravesada por relaciones de poder desvelará la cara oculta de la familia y las relaciones personales, la violencia contra las mujeres deja de ser un problema personal entre agresor y víctima para definirse como violencia estructural sobre el colectivo femenino. Finalmente, el avance hacia sociedades más igualitarias junto a la deslegitimación de la violencia contra mujeres y la reconceptualización como un grave problema social y político que alcanzó el movimiento feminista, se llegó a políticas reivindicativas para su erradicación, las que se han centrado en medidas preventivas y punitivas, proceso que conlleva a una fuerte criminalización.⁸⁸

Por otra parte, los medios de comunicación han sido aliados en este proceso de visualización de la violencia de género.

Así, en los últimos años, se ha desarrollado una creciente actividad institucional y legislativa que ha tenido como objetivo abordar las desigualdades entre mujeres y hombres y las dificultades específicas de aquéllas para integrarse de forma plena e igualitaria en el tejido social.

⁸⁸ De Miguel, A. N. A. (2008). La violencia contra las mujeres. Tres momentos en la construcción del marco feminista de interpretación. *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, (38), 129-137.

3.- Regulación de la Violencia de Género en el ámbito internacional

La inclusión de la perspectiva de género en las agendas internacionales y regionales ha sido promovida durante décadas por movimientos de mujeres, comenzando la comunidad internacional a escuchar las demandas de movimientos feministas entrando en la década del 80.

Así, el Tribunal Internacional de Delitos Contra la Mujer, convocado en Bruselas por dos representantes del feminismo el 8 de marzo de 1976, fue creado como un tribunal popular que denunciaba los crímenes y la violencia contra las mujeres, éste reunió a más de dos mil mujeres de cuarenta países que discutieron sobre temas muy precisos, mutilación genital, abuso infantil y abuso sexual, planteando diferentes formas de acción, incluyendo manifestaciones, discusiones, creación de organismos de ayuda a las víctimas y cambios en la legislación sobre el tema, acciones que comenzaron a desarrollarse en los meses que siguieron en países como Italia, Alemania occidental, Gran Bretaña o Francia, este tribunal es considerado un hito a nivel internacional en la construcción de un marco feminista de interpretación.⁸⁹

En cuanto a instrumentos internacionales, la Convención para la Eliminación de toda Discriminación contra la Mujer (CEDAW), aprobada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979, fue el primero en condenar en forma expresa la discriminación contra la mujer en todas sus formas, estableciendo la igualdad ante la ley.

Entre sus disposiciones, la Convención estableció en su artículo 1º “la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los Derechos Humanos, y las libertades fundamentales, en las esferas política, económica, social, cultural y civil, o en cualquier otra esfera”. A su vez, en su artículo 15º sostiene que "Los Estados parte reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley (...) reconocerán a la mujer en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad...". En el artículo 16º que "Los Estados parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (...) los mismos derechos y

⁸⁹ Fiol, E. B., & Pérez, V. A. F. (2000). Cit.

responsabilidades durante el matrimonio y en ocasión de su disolución y los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos, el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación".⁹⁰

Si bien dicho instrumento fue fundamental en cuanto al reconocimiento de la igualdad de la mujer, el problema de la violencia de género es abordado en forma tangencial, no estableciendo una definición clara respecto a la misma, la que fue establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1993 en la "Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer", la que dispone en su artículo 1º: "A los efectos de la presente Declaración, por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada". Esta definición se ha convertido en un marco de referencia para otros abordajes de este tema y para otros organismos e instituciones.⁹¹

En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, realizada en Viena en junio de 1993, el movimiento de mujeres propuso que en la Declaración Universal de Derechos Humanos se incluyeran referencias específicas a la violencia de género y que ésta la reformulara introduciendo la perspectiva de género, que no se limita a la situación de las mujeres, sino que abarca a toda la sociedad.

A su vez, la Organización de las Naciones Unidas ha organizado cuatro conferencias mundiales sobre la mujer, que se celebraron en Ciudad de México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995).

Si bien en la primera de ellas se elabora una guía de acción encaminada a terminar con la discriminación de la mujer y favorecer su avance social, identificándose como objetivos la igualdad, el desarrollo y la paz, la preocupación específica comenzó a manifestarse a partir de 1980, cuando en la Segunda Conferencia Mundial del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer celebrada en Copenhague, entre sus 48 resoluciones se incluye una titulada "La mujer maltratada y la violencia en la familia", en la cual se manifiesta la necesidad de reconocer que los malos tratos infligidos a familiares "constituyen un problema de graves consecuencias sociales que se perpetúa de una

⁹⁰ <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

⁹¹ <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>

generación a otra”, señalando además que “... Las actitudes ancestrales que disminuyen el valor de la mujer han determinado la virtual impunidad judicial de las personas que cometen actos de violencia contra sus familiares o mujeres confiadas al cuidado de instituciones”. En esta Conferencia se habla por primera vez de violencia doméstica.

Seguidamente, en 1985 la Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer tuvo lugar en Nairobi donde los gobiernos adoptaron “las Estrategias de Nairobi” orientadas al adelanto de la mujer hacia el futuro, en las mismas se contemplan consideraciones directas relacionadas con la violencia contra las mujeres.

Posteriormente, la Declaración de la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Beijing en 1995, define la violencia contra la mujer como cualquier acto de violencia -física, psíquica o sexual- basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener por resultado un daño o sufrimiento para las mujeres, ya se produzca en la familia, dentro de la comunidad en general o tolerada por el Estado, donde quiera que ocurra ⁹². En la Declaración adoptada en la Conferencia de Beijing, se reconoce asimismo que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, a la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo y que es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto al hombre

Después de Beijing las reuniones se han desarrollado de manera quinquenal. La evaluación de la plataforma de acción de Beijing en el año 2000 se denominó “La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI”, tuvo lugar en Nueva York y de ella resultó una declaración política y nuevas medidas e iniciativas para la aplicación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing.

Desde la Unión Europea, la igualdad entre mujeres y hombres constituye un principio fundamental del Derecho Comunitario que aparece mencionado por primera vez en el Tratado de Roma en 1980. En 1992 durante la Conferencia Europea de Mujeres en el poder donde se proponen trabajar por democracias más justas e igualitarias.

92 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/55/pr/pr29.pdf>

También la Organización Mundial de la Salud se ha ocupado de este tema, y desde 1995, dentro del programa de desarrollo y salud de la mujer lleva a cabo los trabajos sobre violencia que inicialmente se centraron en violencia doméstica y luego se han diversificado hacia otros ámbitos.

En febrero de 1996 se acordó considerar la definición de violencia contra las mujeres de Naciones Unidas como referencia para las actividades de la OMS, y a mediados de ese año se estableció un grupo especial sobre violencia y salud para coordinar las diversas actividades sobre este tema. Y en mayo de ese mismo año, la 49a Asamblea Mundial de la Salud adoptó una resolución (WHA 49.25) constatando el aumento notable de la incidencia de lesiones intencionales que afectaban a personas de todas las edades y de ambos sexos, pero especialmente a mujeres y niños; reconociendo las graves consecuencias inmediatas y a largo plazo que, para el desarrollo psicológico y social de los individuos, las familias, las comunidades y los países, tiene la violencia; declarando la violencia como prioridad de salud pública; e instando a sus Estados Miembros a evaluar el problema y a tomar medidas para prevenirlo y resolverlo.⁹³

Por su parte, en la Declaración de San José sobre los Derechos Humanos, adoptada al término de la Reunión Regional para América Latina y el Caribe de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en enero de 1993 en Costa Rica, los gobiernos latinoamericanos y caribeños reiteraron que el Estado debe otorgar prioridad a las acciones que contribuyan al reconocimiento de los derechos de las mujeres, a su participación en la vida nacional en condiciones de igualdad de oportunidades, a la erradicación de todas las formas de discriminación oculta o evidente y, especialmente, a la eliminación de la violencia de género.

Entre las resoluciones de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos se hace hincapié en la importancia de que las mujeres gocen del más alto nivel de salud física y mental durante toda su vida, en vista de lo cual se reconoce su derecho a una atención de salud accesible y adecuada, a la más amplia gama de servicios de planificación familiar, al acceso a todos los niveles de la educación en condiciones de igualdad y a tener una vida libre de violencia. Uno de los logros alcanzados a partir de la propuesta del movimiento de mujeres de América Latina y el Caribe fue la inclusión en la declaración final de la Conferencia de la propuesta de designación de una Relatoría especial sobre

⁹³ Fiol, E. B., & Pérez, V. A. F. (2000). Cit., 13.

Violencia Contra las Mujeres que se encargaría de presentar informes sobre el estado de situación en todos los países del mundo.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su tarea de promover y proteger los derechos humanos en las Américas, aborda los temas de género teniendo en cuenta los principios de igualdad y no discriminación. La comisión crea en 1994 la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres con la finalidad de analizar cómo las legislaciones y prácticas de los Estados miembros incide en los derechos de las mujeres.⁹⁴

En el ámbito latinoamericano se concretó el tratado internacional más importante respecto a la problemática, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)⁹⁵, la cual fue suscripta en Brasil en el año 1994, convocada por la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

La convención reconoce expresamente la violencia de género como una violación a los derechos humanos de las mujeres, definiendo en su artículo 1° qué debe entenderse por violencia contra la mujer “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. En ella los Estados Parte se comprometieron a “adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su integridad”.⁹⁶

Se pone de resalto que la violencia puede ser ejercida por cualquier persona, contra una mujer, tanto en el ámbito privado como público, y también en el ámbito comunitario, pudiendo ser perpetrada por agentes del Estado o tolerada por el mismo.

El Preámbulo de dicha Convención afirma que “la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades”.⁹⁷

El mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará menciona que los Estados deben modernizar la legislación sobre violencia contra las mujeres con leyes

⁹⁴ Medina, G., Magaña, I. G., & Yuba, G. (2013). Violencia de género y violencia doméstica: Responsabilidad por daños. 1° ed. Santa Fé. Rubinzal-Culzoni Editores, 397.

⁹⁵ <http://www.oas.org/es/mesecvi/convencion.asp>

⁹⁶ <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

⁹⁷ <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

integrales, y que deben existir políticas públicas en este sentido, recolectar datos, elaborar estadísticas y también tiene que existir un tratamiento coherente y unificado en la justicia.

“El espíritu ético-político de la Convención Belem do Pará no sólo genera cambios profundos en las estructuras jurídicas a nivel regional y avances en la normativa y la jurisprudencia a nivel local, sino que además llega a incidir directamente en el rumbo de la investigación feminista y de género. Esto permite dar cuenta del origen, la dinámica y el impacto de la violencia contra las mujeres manifestada bajo otras expresiones, como el acoso sexual, la explotación sexual comercial, la trata de mujeres, la prostitución forzada, el femicidio y la violencia perpetrada por el Estado”.⁹⁸

En Europa el primer instrumento de carácter vinculante en materia de violencia contra la mujer y violencia doméstica es el Convenio de Estambul, firmado en el año 2011 y que está en vigor desde el 1 de agosto de 2014, siendo firmado por 46 países y ratificado por 34 en el 2019.

Es considerado el tratado internacional más completo y de mayor alcance sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, reconoce la violencia contra las mujeres como una violación de los derechos humanos y aborda la violencia contra las mujeres a través de medidas dirigidas a la prevención de la violencia, la protección a las víctimas y el enjuiciamiento de los autores.

4.- Derechos Humanos, su protección internacional y la responsabilidad de los Estados.

El desafío universal es la desconstrucción del modelo patriarcal y la inclusión del principio de igualdad como un valor constitutivo de las sociedades, no siendo posible alcanzar una verdadera democracia mientras persista la desigualdad y discriminación de la mitad de la población.

Los derechos humanos, como un conjunto de pautas éticas con proyección jurídica, surgen de la necesidad de todos los individuos de contar con las condiciones esenciales para una vida digna, y han sido producto de un largo proceso de construcción y cambio a lo largo de los dos últimos siglos.

Surge en los últimos años una concepción de los derechos humanos que cuestiona la validez universal del androcentrismo, y rechaza la posición de inferioridad y

⁹⁸ Fernández, AR y Akoka-Rovinski, M. (2019). La década de la Convención de Belem do Pará: una caracterización de la investigación psicológica sobre violencia contra la mujer realizada en la Universidad de Costa Rica, período 1994-2016. Wímbu, 85.

subordinación de las mujeres en la estructura social, comenzando a conceptualizar las agresiones vinculadas a esa situación de poder, reconociendo a las mujeres el derecho a una vida libre de violencia, promoviendo una mayor sensibilización, denuncia y solidaridad frente a estos hechos.

El reconociendo de la violencia de género en el ámbito internacional propició un avance en la igualdad, y las mujeres comenzaron a luchar por la resignificación y ampliación de la valoración internacional, planteando la necesidad de hacer una nueva lectura de las esferas pública y privada y del ámbito en que se enmarcan los derechos humanos.

Así se llegó al reconocimiento de la violencia de género en el hogar como una transgresión de los principios consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, atentando contra el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (art. 3); el derecho a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5); la igualdad ante la ley y el derecho a igual protección de la ley (art. 7); el derecho a recurrir a un tribunal imparcial (arts. 8 y 10); el derecho a circular libremente (art. 13), y de la libertad de reunión y asociación (art. 20).

A su vez, se comenzó a reconocer que la misma lesiona gravemente el derecho a la identidad de la mujer, asumiéndose también como una violación del derecho al afecto, del derecho a la paz y a relaciones personales enriquecedoras, del derecho a la protección, del derecho al desarrollo personal, del derecho a la participación social y política, del derecho a la libertad de expresión, y del derecho a una salud física y mental óptima.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su cuadragésimo séptimo período de sesiones, concordó en que la violación de los derechos humanos de las mujeres no se limita a los actos cometidos o amparados directamente por los gobiernos, sino que éstos tienen responsabilidad social y política por los cometidos por terceros si no han tomado las medidas necesarias para prevenir, investigar y castigar actos de violencia (Naciones Unidas, 1993c). De acuerdo con este criterio el Estado pasaría a ser cómplice de los hechos cuando no ofrece a las mujeres la protección necesaria frente a la violación de sus derechos, así como por actuar en forma discriminatoria al no prevenir y castigar los actos de violencia de género, negando a las mujeres la protección de la ley en condiciones de igualdad. De igual manera, la incapacidad del Estado para poner fin a las condiciones sociales, económicas y culturales que hacen vulnerables a las mujeres ante la violencia de género determina que sea responsable de ésta, puesto que debe contribuir

activamente a erradicar las injusticias y desigualdades que se manifiestan en las relaciones de género. Sin embargo, la obligación afirmativa del Estado de proteger los derechos humanos de todos los ciudadanos (mujeres y varones), en toda circunstancia, no elimina el conflicto que se plantea entre la posibilidad de una intervención estatal arbitraria en la vida privada de las personas y, por otra parte, el control de todo aquello que impide el establecimiento de relaciones familiares equitativas; ambas alternativas merecen un análisis detallado y deben encuadrarse en el marco de las libertades individuales.⁹⁹

5.- Regulaciones nacionales

5. 1. Reseña del marco normativo en materia de género

En nuestro país, el proceso legislativo en la temática se inició en 1993, con la sanción de la normativa protectora en la provincia de Tierra del Fuego, consagrándose en 2009 con la Ley 26485 de Protección Integral para prevenir, sancionar, y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Desde 1989 funciona la Dirección General de la Mujer del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que defiende los derechos civiles, políticos y económicos de las mujeres, y ha elaborado distintos programas de prevención y asistencia de la violencia familiar.

Sin embargo, inicialmente el Estado argentino puso el acento en la violencia intrafamiliar, desde que se sancionó la Ley n° 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar, que fue publicada en el Boletín oficial el 3 de enero del año 1995. Ésta no abordaba el tema desde la perspectiva de género, sino que se tenía en cuenta a toda persona que quisiera poner de manifiesto actos de maltrato ejercidos en el grupo familiar, tomando también en cuenta las uniones de hecho.

No obstante, se dictaron algunas normas que promueven la igualdad de género y la erradicación de estereotipos patriarcales posibilitando un mayor desarrollo de la mujer, entre ellas podemos mencionar la Ley 25.781 (2003) que reforma el artículo 1276 del Código Civil modificando el carácter propio del marido de los bienes cuyo origen no puede determinarse, la Ley 25.808 (2003) que prohíbe a los establecimientos de educación pública impedir la prosecución de sus estudios a alumnas embarazadas o

⁹⁹ Rico, M. N. (1996). Violencia de género: un problema de derechos humanos. Repositorio.cepal.org, LC/L.957 (ONU) 13.

madres en periodo de lactancia, la Ley 26.058 (2005) de expansión de las oportunidades educativas de las mujeres en relación con la educación técnico profesional.

Asimismo, a nivel nacional la Corte Suprema de Justicia de la Nación constituyó en el año 2004 un grupo de trabajo integrado por magistrados del Poder Judicial, para elaborar un proyecto para la atención de víctimas de violencia doméstica para garantizar el acceso a la justicia.

En el año 2008, comenzó a funcionar la Oficina de Violencia Doméstica, creada por acordada 40/2006 CSJN.

En fecha 2 de abril del año 2009, se promulgó la Ley n° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen su Relaciones Interpersonales, poniendo el acento en la violencia de género en todas sus manifestaciones.

Ese mismo año, mediante la Ley 26.571 se regula la representación femenina en las listas de candidatos y candidatas, promoviendo y facilitando la participación política de la mujer, la que había sido también promovida en el año 2008 mediante la creación de la banca de la mujer en la Honorable Cámara de Senadores de la Nación (cupos sindical femenino).

En julio del año 2010 se dictó el decreto reglamentario de la Ley 25.485, decreto 1011/2010.

En febrero de 2011, cumpliendo con el desafío contenido en la ley 26.485 de diseñar un marco normativo sancionatorio, se creó en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación la CONSAVIG (Comisión Nacional Coordinadora de Acciones para la Elaboración de Sanciones de la Violencia de Género), encomendándole la tarea de trabajar a nivel nacional, con provincias y municipios para coordinar acciones que contribuyan en el diseño de sanciones contra la violencia de género, entendiendo por sanción toda medida reparatoria para la víctima y la sociedad.

En julio del año 2011 se dictó el Decreto 936/2011 de protección integral de las mujeres, donde se promueve la erradicación de la difusión de mensajes e imágenes que estimulen o fomenten la explotación sexual.

En el año 2012 el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.791 que incorpora al Código Penal el Femicidio, como figura agravada del delito de homicidio simple, en el cual también se incorporó dentro de sus agravantes la motivación por odio "de género, o a la orientación sexual, identidad de género o a su expresión".

También en el mes de diciembre de ese mismo año, la ley 26.842 modificó la ley 26.364 de Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas. Una de las modificaciones más significativas ha sido establecer la configuración delictiva sin que se requiera un consentimiento de la víctima viciado o anulado por empleo de medios coercitivos, engañosos o intimidatorios. Se ha establecido expresamente que el consentimiento del sujeto pasivo es irrelevante a los fines de la perpetración delictiva.

En el 2014 la Ley 27.039 crea un fondo para la difusión y publicidad de la línea telefónica gratuita con alcance nacional "144", para la atención de consultas de violencia de género, esta línea es un recurso importante de asistencia para las víctimas.

Asimismo, el 4 de noviembre del año 2015, se sancionó la Ley n° 27.210, que crea el Cuerpo de Abogados para víctimas de violencia de género, en el ámbito de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el que tiene como misión garantizar el acceso a la justicia de las personas víctimas de violencia de género, en consonancia con las prescripciones de la Ley N° 26.485. En el mismo mes, la ley 27.234 establece las bases para que en todos los establecimientos educativos del país, públicos o privados, de nivel primario, secundario y terciario se realice la jornada "Educar en Igualdad: Prevención y Erradicación de la Violencia de Género".

En julio del 2018 se estableció un régimen de reparación económica para las niñas, niños y adolescentes hijos de víctimas de femicidio, mediante la ley 27.452, llamada "Ley Brisa".

El 19 de diciembre de 2018, se promulgó la "Ley Micaela", que establece la capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado.

Posteriormente se han llevado a cabo modificaciones a la Ley 26.485, promulgándose en el año 2019, la ley 27.533, que amplía el concepto de violencia de género y su extensión, contemplando la violencia política ejecutada contra mujeres.

En forma previa y paralela a la legislación nacional enunciada, los tratados internacionales a los que ha adherido el Estado brindan una normativa fundamental reconocida por la ley nacional y que goza de jerarquía constitucional.

La Convención para la Eliminación de toda Discriminación contra la Mujer (CEDAW), fue ratificada por Argentina mediante la Ley n° 23.179 del año 1985, y su Protocolo fue aprobado por la Ley n° 26.171 e incluido en el bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 de la C.N.).

La Convención de Belem Do Pará, fue incorporada al derecho interno mediante ley 24.632 en el año 1996.

Siendo Argentina parte del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos a partir de la firma y ratificación de los tratados mencionados, esta pertenencia implica un expreso compromiso con los derechos y libertades a los que refieren, y la adopción de las medidas que resultaran necesarias para hacerlos efectivos.

La labor de sensibilización y concientización sobre la problemática llevada a cabo por distintos sectores del Estado contribuyó a transformar la conciencia social sobre la vulnerabilidad de la vida y de la integridad física de las mujeres en el seno de la familia y en otros ámbitos de la sociedad, que merecen atención desde que conforman un problema público y no privado.

Hay en nuestra legislatura proyectos de ley relevantes en la temática para darle un marco de protección normativa sin la necesidad de acudir a la penalización, leyes que promueven el cambio social que anhelamos y que requiere de trabajo y coherencia para ser construido.

Entre dichos proyectos podemos mencionar 0919-S-2020 de modificación de la Ley 24.521 de educación superior, para promover la creación de espacios institucionales de prevención e intervención en situaciones de violencia de género; 3452-D-2019 de modificación del artículo 12 de la Ley N° 24.464, del Sistema Federal de la Vivienda, sobre preferencia de adjudicación a mujeres vulnerables y víctimas de violencia de género; 3767-D-2016 plan integral de auto valimiento de mujeres en situación de violencia que tiene por objeto asistir y colaborar en la inserción social y laboral de las mujeres víctimas de violencia de género.¹⁰⁰

5.2. Análisis de la Ley 26485

La ley brinda una definición clara de lo que se entiende por violencia de género “Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, 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, participación política, 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,

¹⁰⁰ <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/resultados-buscador.html>

toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón” (artículo 4° actualizado).

Una de las características de la normativa es que contempla la violencia de género en todos los ámbitos, diferenciándose de otras legislaciones en las cuales el ámbito de aplicación se ha limitado a la violencia de género doméstica. Asimismo, prohíbe la discriminación por actores públicos y privados y comprende las tres “generaciones” de derechos humanos.¹⁰¹

Entre los objetivos de ley se menciona promover y garantizar: a) La eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida; b) El derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia; c) Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos. d) El desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres. e) La remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres; f) El acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia; g) La asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia (artículo 2°).

Se considera la violencia en sus múltiples manifestaciones, sea física, psicológica, sexual, económica y patrimonial, simbólica, y política, ejercida en el ámbito doméstico, institucional, laboral, conteniendo también a la violencia contra la libertad reproductiva, la violencia obstétrica y la violencia mediática, incorporándose mediante la ley 27501 del año 2019 la modalidad de “violencia contra las mujeres en el espacio público” conocida como “acoso callejero”, y por la ley 27533 del mismo año la violencia pública-política.

Se establece un amplio catálogo de derechos y garantías mínimas en procedimientos judiciales y administrativos.

En cuanto a su estructura, se divide en cuatro partes, la primera referida a las disposiciones generales antes referidas, la segunda tendiente a determinar las políticas públicas con injerencia de los tres poderes del Estado, instituyendo al Consejo Nacional de la Mujer como el organismo competente para su ejecución y control a cargo del Observatorio de Violencia contra la mujer.

¹⁰¹ Medina, G., Magaña, I. G., & Yuba, G. (2013). Cit., 15.

Se promueve la creación de unidades especializadas que trabajen en la prevención y asistencia a las víctimas. El tercer título de la ley se refiere a los procedimientos judiciales y administrativos, haciendo hincapié en los derechos (gratuidad, repuesta, protección, participación, amplitud probatoria, entre otras) y medidas preventivas urgentes respecto a las víctimas, y finalmente un capítulo de Disposiciones Finales.

6.- Legislación comparada

Brevemente expondré a modo ejemplificativo y comparativo como se ha regulado legislativamente la violencia de género en España y Chile

6.1. Legislación española

En España el modelo se ha enfocado principalmente en el derecho represivo, y está representado por la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, siendo la normativa más importante en la materia, que como su nombre lo indica es una ley integral en tanto abarca aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales, sanitarios y penales.¹⁰²

La ley se propone entre sus objetivos actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia; se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.

En su exposición de motivos menciona los antecedentes legislativos en el país y su pretensión de atender a las recomendaciones de organismos internacionales.

Es una ley muy completa que regula la intervención en educación, los derechos de las víctimas, la asistencia, la seguridad social, los subsidios y otro tipo de ayuda estatal a las que aquellas pueden acceder, que se refiere a la tutela institucional, y que contiene además numerosas disposiciones penales, de intervención judicial y de procedimiento.

Entre sus antecedentes, podemos mencionar a la Ley Orgánica 3/1989 que actualizó el Código Penal e introdujo el delito de violencia habitual (como una falta) en el artículo 425 tipificando el ejercicio habitual de violencia física contra el cónyuge (no

¹⁰² https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2004-21760

distinguiendo sexos), luego se amplió el tipo contemplando a la violencia psíquica (Ley orgánica 14/1999) la modificación tuvo relación con la presión social, la que comenzó a aumentar en España a partir de la muerte de Ana Orantes, quien había expuesto los malos tratos que sufría por parte de su pareja en un programa de televisión, siendo a los pocos días asesinada por la misma.

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social que llevó la violencia habitual al artículo 173 del Código Penal e introdujo por primera vez el “delito de maltrato ocasional” en su artículo 153.

La Ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica, que unifica los distintos instrumentos de protección dirigidos a las víctimas de delitos y faltas de violencia doméstica y de género, otorgando la protección mediante un procedimiento judicial rápido y sencillo y coordinando una acción cautelar de naturaleza civil y penal que garantiza a la víctima la permanencia en su domicilio y facilita que una misma resolución judicial disponga conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, aprobada con el fin de ofrecer una respuesta integral y multidisciplinaria contra la violencia de género, crear los juzgados de violencia sobre la mujer y adoptar toda una serie de medidas que implican desde el ámbito penal al educativo, sanitario, social, policial, judicial y de medios de comunicación; la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y se introduce un nuevo Título “De la Trata de seres humanos”, se modifican los artículos relativos a la definición de las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad y la de privación de patria potestad.

6.2. Legislación chilena

Al igual que en el modelo español el ordenamiento jurídico chileno reduce la normativa al fenómeno de la Violencia contra la Mujer en el espacio intrafamiliar.

La ley más representativa es la Ley n° 20.066 del año 2005, la cual tiene por objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma.

Entre las modificaciones relevantes en el año 2015 se crea el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género (Ley 20.820), y en el año 2017, mediante la Ley 21.013 se tipifica al igual que en la Legislación española el delito de maltrato habitual.¹⁰³

7.- Conclusiones del capítulo

El abordaje de la violencia de género como un grave problema social y su incorporación en la agenda política de los estados, así como su regulación y control internacional, es fundamental para un desarrollo democrático de los Estados, posibilitando que las sociedades se reestructuren hacia una construcción más igualitarias, desterrando valores discriminatorios y renovando la ideología del género, esto es una conquista valiosísima del mundo moderno.

La legislación internacional es clara y contundente en cuanto a la condena de la violencia de género como manifestación de desigualdad y discriminación, siendo concreta en cuanto a la generalización del problema y su necesario abordaje estatal, sin embargo, pone en las espaldas de los Estados una difícil tarea sin precisiones sobre cómo alcanzar sus objetivos, requiriendo una compleja acción, la de castigar.

Por su parte, las regulaciones internas son también contundentes en sus fines y objetivos, pero no se corresponden con acciones concretas para alcanzarlos, y así los abordajes son deficientes por pretender demostrar excesiva eficiencia, siendo las leyes fuertes declaraciones de principios y acciones, difíciles de ejecutar.

Podemos advertir en las regulaciones un modelo encaminado a empoderar a la mujer, estableciendo técnicas de protección, de ayuda, y de fortalecimiento, colocando a su servicio instituciones públicas que ejercen un acompañamiento y abordaje integral. Frente a ello, se advierte un modelo tendiente a deshabilitar al agresor a través del sistema penal y principalmente de la pena, dirigiendo todos los esfuerzos al ámbito represivo.

En su caso, la ley argentina es una normativa muy completa, asistencialista, que no sólo se propone protección y ayuda a la víctima, sino también empoderamiento, contemplando normas destinadas a la educación y la cultura, esenciales para el equilibrar la desigualdad. No obstante, no todo es maravilloso porque nuestro país tiene recursos limitados, por lo que la regulación peca por exceso de idealismo, no adecuándose a la realidad, y a las concretas acciones que están al alcance del Estado para ejecutar, aquí y ahora,

¹⁰³ <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242648&idParte=>

por lo que termina siendo utópica, siendo preferible una ley más concisa y clara, quizás menos protectora pero más responsable con sus propósitos y soluciones.

Creo que pocas mujeres saben a dónde acudir si son víctimas de violencia de género, o mejor dicho, creen saber que deben acudir a la justicia penal, que poca solución tiene para ofrecerle, cuando hay múltiples instituciones al servicio de la comunidad, siendo idóneo que éstas ayuden a la damnificada a canalizar su reclamo en sede civil o penal según corresponda o bien recurrir a otras disciplinas mediante las herramientas que ofrece la administración pública a la sociedad.

Por otra parte, y sin ir muy lejos, hay situaciones de violencia de género en la estructura estatal, profesionales de la salud de hospitales públicos que ejercen violencia obstétrica, empleadas del Estado que padecen agresiones de un superior en virtud de relaciones de poder machista, hay instituciones estatales que sostienen y protegen a agresores y condenan a las víctimas, es ahí donde también debería observarse la eficacia de la ley, con una víctima que posiblemente no acuda a la herramienta conocida que es el derecho penal, porque que no tienen miedo a perder la vida, pero sí deben someterse al poder para no perder su trabajo, para evitar ser desafectadas de una posición institucional, o bien para sentirse mejor al recurrir a la atención sanitaria.

Creo que es primordial tener en cuenta que la violencia como manifestación de dominio y las relaciones de poder se consolidan en estructuras sociales, en las que es posible crear un sistema de responsabilidades, descentralizando la intervención estatal.

El agresor es el único interviniente sólo en la estructura familiar, y es por eso que considero que en la violencia intrafamiliar la desprotección de la víctima es mayor por lo que debe haber intervención estatal y fuerte protección, pero en las demás estructuras no solo actúa el agresor, la violencia de género es soslayada, sostenida y hasta promovida por otros actores sociales, alguno de los cuales deberían ser garantes de protección.

Ejemplificando la idea, si un sujeto ejerce violencia de género contra una mujer en el ámbito laboral, la estructura empresarial debería contar con mecanismos para hacer cesar esa violencia, y en caso de que así no sea, la damnificada debería poder acudir a entes gubernamentales para denunciar, no sólo al agresor sino a la empresa como estructura con responsabilidad para solucionar o bien sancionar la violencia de género en su ámbito de injerencia.

CAPITULO IV

CRIMINALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

1.- Introducción

La violencia machista tiene una afectación universal, es digna de reprobación social y requiere de una fuerte intervención estatal.

El desafío inicial es reconstruir la sociedad sobre bases más igualitarias, tomando conciencia del problema para poder derribar, desde los cimientos, las normas aún vigentes que impuso el sistema patriarcal.

El proceso para alcanzar la igualdad y la revalorización social de la mujer requiere de una desestructuración social abrupta, y es el Estado el que debe promoverla y garantizarla de manera legítima.

La intervención estatal no debería responder a la demanda social, muchas veces irracional, sino que debería ser el resultado de un plan de acción consiente, con metas y objetivos claros y alcanzables, plasmados en una legislación que debe proyectar su ejecución.

Como se advierte en el capítulo precedente, las legislaciones nacionales tienden a ser integrales, pero requieren de un programa de ejecución en el cual el Estado use las herramientas a su alcance con racionalidad buscando la máxima eficiencia, debiendo involucrar a todas las instituciones estatales, con injerencia de las diversas ramas del derecho, asumiéndose desde cada disciplina el rol adecuado para alcanzar el desafío final.

La tutela penal es muy importante, pero debe ser estructurada de manera razonable, analizando cuanta intervención penal se necesita y justifica. “El Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas ‘formales e informales’”¹⁰⁴.

Deben buscarse argumentos para precisar cuándo es necesario el derecho penal, en términos de eficiencia y racionalidad.

¹⁰⁴ Carnevali Rodríguez, Raúl. (2008). Derecho Penal como última ratio. Hacia una política criminal racional. *Ius et Praxis*, 14(1), 13-48. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100002>

2.- La criminalización política

Según la Real Academia criminalizar es atribuir carácter criminal a alguien o a algo.¹⁰⁵ Es así un término sociológico en tanto es la sociedad la que construye su propio concepto de criminal.

A la vez, es un concepto político que se vincula a la idea de penalizar, o a la aplicación material del poder punitivo estatal, sin que ello involucre necesariamente al derecho penal o a la norma jurídico penal formal protectora de bienes jurídicos, sino que se relaciona más bien con los efectos simbólicos del mismo, efecto que estarían conectados al fin de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes en las que producirían emociones, o cuando más, representaciones mentales”.¹⁰⁶

“El reproche de que el legislador se sirve ilegítimamente del derecho penal para producir efectos simbólicos en la sociedad se ha convertido en un argumento frecuente en el debate político criminal. Su empleo sirve para descalificar tajantemente determinadas decisiones legislativas, generalmente criminalizadoras, que no sólo carecerían de los fundamentos materiales justificadores de su adopción, sino que además realizarían un uso ventajista del derecho penal para fines que le son propios”.¹⁰⁷

Hay una utilización, desde el punto de vista político de la criminalización, tanto por quien ejerce el poder como por quien pretende ejercerlo, que la oferta como un producto de consumo electoral para satisfacer una demanda social, dando respuestas simples a discusiones complejas.

Esta orientación política político-criminal hacia la representación mediática del fenómeno criminal asume, como veremos, importantes costes de racionalidad, que no son sólo imputables a los medios, ya que éstos suelen prestarse a la elaboración de titulares, y su transmisión mediática, en virtud de razones políticas y económicas, las cuales no siempre favorecen el desarrollo de una política criminal racional. Debe señalarse la creciente atención del discurso político y una preocupante tendencia en éste a instrumentalizar, antes que resolver, delicadas cuestiones político-criminales.¹⁰⁸

¹⁰⁵ <https://dle.rae.es/criminalizar>

¹⁰⁶ Díez Ripollés, J. L. (2002). El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín mexicano de Derecho comparado*, 35(103), 67-68.

¹⁰⁷ Ripollés, J. L. D. (2002). *Cit.*, 64.

¹⁰⁸ Lázaro, F. G. S. (2009). *Alarma social y Derecho penal*. InDret.

Se advierte claramente una criminalización de la violencia de género, proclamándose un discurso político complaciente, que confunde a la sociedad, ya que tampoco se corresponde con la normativa estatal, porque la norma jurídico penal no siempre comunica lo que se dice que comunica.

El discurso político es sancionatorio, se exterioriza la idea de que el grave problema de la violencia de género es combatido mediante su penalización, aunque así no lo sea, y no por voluntad estatal, sino porque muchos hechos de violencia de género no son delitos, en tanto no encuadran en una figura penal o bien no son sujetos a imputación porque la víctima no contribuye con su intervención, no logrando el operador incorporar prueba elemental para la configuración del tipo.

El Estado muestra preocupación por las cifras de femicidios y comunica “tolerancia cero” pero ¿qué es lo que no tolera?, ¿es hoy la justicia penal un instrumento que previene las muertes de mujeres en manos de sus parejas?, ¿acaso las estadísticas demuestran que tras la criminalización masiva los números bajan?, creo que no, y que el sistema termina siendo visto como enemigo por la damnificada que recurre a él sólo en caso de extremo temor, la idea de mano dura asusta a la víctima y la aleja del sistema.

Expresa Kuhlen, citado por Silva Sánchez en su obra “Expansión del Derecho Penal”, “se trata de realizar una contribución a la solución de grandes problemas mediante la prohibición bajo amenaza de sanción de acciones, que más bien prestan pequeñas contribuciones a la constitución de estos problemas”.¹⁰⁹ Esta frase es una réplica del autor a las críticas de su tesis sobre delitos de acumulación, y si bien en la violencia de género hay actos lesivos individuales, resulta interesante y aplicable en algún sentido, como también la consideración posterior que hace Silva sobre la distinción con conductas que, contempladas en forma aislada, sí constituyen un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico que se trate. Tal reflexión, hace pensar que en violencia de género existe un discurso de criminalización global de un “problema de grandes cifras” sin la consideración individual del mismo.

3.- Populismo punitivista y generalización del fenómeno

¹⁰⁹ Silva Sánchez, J. M. (2011). La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. 3 ed. Ampliada. Euros Editores S.R.L., 146. Cfr. Kuhlen (1993).

Conforme se desprende del esbozo precedente la criminalización política se vincula estrechamente con la mediatización del tema, sirviendo los medios de comunicación, en muchas ocasiones, a un determinado discurso político.

En el discurso público también intervienen grupos de interés y grupos de presión -representados en este caso por colectivos de víctimas o movimientos feministas-, que tienden precisamente a un discurso interesado, a menudo de importante contenido emocional.¹¹⁰

La violencia de género es un tema muy mediático, escuchamos a diario noticias sobre delitos cometidos contra mujeres, e instantáneamente se cuestiona el accionar de la justicia, formando la opinión pública un juicio de valor.

Cuando en la prensa se informa sobre una víctima por violencia de género, se generaliza entre los ciudadanos la opinión de que “la justicia no funciona”, de que “el Estado es incapaz de garantizar la seguridad de los ciudadanos”, o bien que el “Derecho Penal no es lo suficientemente duro en estos casos”. Frente a tales afirmaciones, se demandan al gobierno acciones concretas para combatir este flagelo.

Sin embargo, la opinión pública no hace un análisis racional del fenómeno ni de la información, sino que se subsume en un repudio generalizado contra la violencia de género, sin comprender la amplitud del concepto y quizás, hasta su injerencia y auto responsabilidad en el tema.

Los medios transmiten una visión reduccionista del fenómeno y sus postulados giran en torno a dos términos “violencia de género” y “delito”, situación que lleva a noticias ilusorias.

Basta con buscar las repercusiones en los medios de nuestro país respecto a la ley que aprobó la incorporación del acoso callejero a la ley integral, pudiendo leerse entre los titulares de noticias “El acoso callejero fue incorporado como delito al Código Penal”¹¹¹, incluso la Agencia Nacional de Noticias (TELAM) publicó el 8 de mayo de 2019 “El acoso callejero ya está penado por ley”¹¹², información que no se condice con lo que establecía la normativa, generando una falsa idea social y realizando un fuerte de presión a nivel político para alcanzar el objetivo, de hecho, después de sancionarse la ley se

¹¹⁰ Lázaro, F. G. S. (2009). Cit.

¹¹¹ <https://infocielo.com/nota/104546/el-acoso-callejero-fue-incorporado-como-delito-al-codigo-penal>
<https://diariocronica.com.ar/574723-el-acoso-callejero-fue-incorporado-al-codigo-penal-como-delito.html>
<https://www.inforegion.com.ar/2019/05/08/el-acoso-callejero-fue-incorporado-al-codigo-penal/>

¹¹² <https://www.telam.com.ar/notas/201905/356100-el-gobierno-promulgo-ley-que-incluye-el-acoso-callejero-como-modalidad-de-violencia-hacia-la-mujer.html>

introdujo un nuevo proyecto para que se configurara la figura penal, proyecto que fue aprobado en el Senado .

Al analizar el papel de los medios de comunicación, resulta aplicable lo expuesto por Silva Sánchez al referirse a la sensación de inseguridad motor de la expansión del derecho penal, sosteniendo que en muchas ocasiones los medios transmiten una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del receptor, dando lugar a percepciones inexactas o a una sensación de impotencia, agregando que la actitud con la que se examinan determinadas noticias actúa a modo multiplicador de ilícitos y catástrofes. Afirmando el autor “los medios de comunicación que son el instrumento de la indignación y de la cólera pública, pueden acelerar la invasión de la democracia por la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización e introducir de nuevo en el corazón del individualismo moderno el mecanismo del chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos”¹¹³.

Violencia de Género no es simplemente el homicidio de una mujer ejecutado por un hombre, violencia de género es el jefe que no posibilita el ascenso a una empleada, la pareja que no le permite a su mujer desarrollarse profesionalmente porque tiene que cuidar la casa y los hijos, el padre que obliga a las hijas mujeres a realizar las tareas del hogar, y tantas otras situaciones de discriminación de una sociedad patriarcal que no asume el origen de la desigualdad y posibilidad el cambio.

Si preguntamos a quienes demandan intervención penal contra la violencia de género qué correspondería en los casos antes mencionados, difícilmente sostengan la misma afirmación, ya que es posible una identificación con la acción.

Tiene acogida el planteo de Silva Sánchez en cuanto a la bienvenida que se realiza de una política criminal intervencionista que reacciona contra la criminalidad de los poderosos, representado en este caso por el “tirano doméstico”, determinada por una representación social en que la mayoría se contempla a sí mismo más como víctima potencial que como un autor potencial, cuando podemos ser más autores que víctimas al seguir el modelo patriarcal dominante, exteriorizándose la violencia de género en situaciones cotidianas donde el victimario no es el homicida sino el padre, el hermano, el jefe, o el profesor, al que habitualmente se defiende.

¹¹³ Silva Sánchez, J. M. (2011). Cit., 28-29. Cfr. Garapon (1997). Juicio y democracia.

Debemos visualizar la violencia de género en la sociedad y “condenarla” socialmente, más que buscar en el poder sancionatorio del Estado la solución al problema global.

Una cosa es el reconocimiento de la situación de violencia que viven las mujeres en virtud de una discriminación derivada de la sociedad patriarcal, y otra es “la aceptación o el rechazo de la legitimidad del Derecho penal como instrumento único o preferente para resolver cuantos problemas importantes ha de enfrentar la sociedad de nuestros días, también el relativo a la violencia de género”¹¹⁴.

Una importante representación social de las demandas sociales en violencia de género está dirigida por el llamado “Feminismo oficial”, el cual se caracteriza por su plena confianza en el derecho penal, por lo que considera siempre insuficiente la respuesta penal, ya sea a nivel legislativo o judicial, y sostiene la convicción de que quien duda de alguna de las medidas sugeridas para atajar la violencia doméstica es porque no se toma suficientemente en serio el dolor de las víctimas. En este sentido, se apela a la extrema gravedad del problema y al número de mujeres muertas, para sostener que sólo a través de penas más severas se defienden los intereses de las mujeres.¹¹⁵

Identificar a la víctima de violencia de género con la víctima del femicidio es reducir el fenómeno a su máxima expresión y encausarnos en un objetivo de lucha desconociendo la extensión del problema. El femicidio es sólo uno en un universo de casos de violencia de género, y no todos deben ser objeto de Derecho Penal.

La generalización del problema lleva a construir un enemigo común y a combatir con máxima dureza la desigualdad de género en la sociedad, promoviéndose así una lucha de poder que es la que se quiere erradicar.

La lucha del “Feminismo Institucional” ha asegurado el castigo de los actos patriarcales confiando en los efectos simbólicos del Derecho penal para promover cambios sociales. Así, se ha dado primacía a las intervenciones penales, frente a otro tipo de intervenciones sociales, para desmontar la sociedad patriarcal, la cual ha sido capaz de superar, las profundas transformaciones sociales que han tenido lugar en el siglo XX y de mantener, consiguientemente, insostenibles desigualdades sociales entre los géneros.¹¹⁶

¹¹⁴ Laurenzo Copello, P., Maqueda, M. L., & Rubio, A. (2008). Género, violencia y derecho. Tirant lo blanch. 37-38

¹¹⁵ Larrauri, E. (2007). Cit, 66-68.

¹¹⁶ Díez Ripollés, J. L. (2007). La política criminal en la encrucijada. Buenos Aires: B de f, 99-100.

Así como la ideología patriarcal desapareció en gran medida de la ley y sus bases permanecieron en la sociedad, la intervención penal no es la solución. El discurso punitivista sólo es complaciente con el reclamo popular, pero obsta a una adecuada intervención estatal.

En este sentido, debiera considerarse también que las fuerzas políticas están siempre expuestas a la presión de los medios y de la opinión pública. Y los posibles costes políticos de una política criminal equivocada pudieran tornar finalmente, en mayores costes de racionalidad instrumental¹¹⁷.

4.- Entre mínima intervención y expansión del Derecho Penal

Frente al derecho penal como última ratio, prohibitivo de las conductas que atentaran contra bienes jurídicos fundamentales, surge el derecho penal prima ratio, el cual si bien se origina ante el auge del terrorismo y la aparición de una nueva criminalidad organizada, también comienza a ser una forma de dar respuestas a la sensación de inseguridad ciudadana ante nuevos riesgos de la modernidad, y ante la criminalidad de los poderosos, incorporándose nuevas figuras delictivas, que supone un adelantamiento de la justicia penal a la situación de riesgo y un endurecimiento de pena respecto a delitos tipificados por la norma penal.

“En la actual sociedad del riesgo, se está produciendo una expansión del sentido y alcance del Derecho penal. Esta expansión socava las bases de la pretensión de un Derecho penal de *última ratio*, más cuando el nuevo modelo de Estado ha superado el Estado de Derecho, transformándose en un Estado Social y Democrático de Derecho”.¹¹⁸

Antes de abordar el análisis de la violencia de género como causa de expansión del Derecho Penal, cabe referirnos a la “perversidad estatal” mencionada por el Profesor Silva Sánchez en su obra, donde expone que “no es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquilizan a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva)”¹¹⁹.

¹¹⁷ Lázaro, F. G. S. (2009). Cit.

¹¹⁸ Díaz, O. H. (2016). Entre la minimización y la expansión del derecho penal: la presencia de Beccaria en el debate contemporáneo. IUSTA, 1(44), 42.

¹¹⁹ Silva Sánchez, J. M. (2011). Cit., 6-7.

Ahora sí, al analizar en la obra del autor las posibles causas de expansión del Derecho Penal, es sugerente la referencia al incremento de valor de ciertas realidades que siempre estuvieron presente pero se visualizan como consecuencia de un cambio social y cultural, idea que encuentra vinculación con la violencia de género y su regulación, que si bien es variable en las distintas legislaciones responde a una idea directriz establecida por el orden supranacional, la de condenar la violencia de género, símbolo de lucha contra estructuras socio culturales obsoletas, origen de desigualdades difíciles de erradicar.

Un dato relevante para destacar, que sólo será mencionado en esta instancia y luego se desarrollará, es que las realidades que hoy se visualizan no sólo estuvieron presente, sino que eran validadas por la norma. Esa estructura social y cultural patriarcal que cambió y ahora es condenada, antes era legítima.

Retomando la argumentación, corresponde preguntarnos si existe respecto a la violencia de género una expansión del derecho penal y si la misma es razonable.

Los modelos de intervención penal en violencia de género en general se sostienen en dos pautas principales, una la decisión de crear una tutela penal reforzada aplicable sólo a la mujer, y otra respecto al incremento generalizado de la severidad de la respuesta penal.

¿Hay detrás de tales modelos un análisis racional?, la respuesta es dudosa, atento a que la vinculación de los procesos legislativos en la temática con la demanda punitivista es mayor a lo esperable, provocando una expansión del derecho penal consecuente con una política criminal tendiente a satisfacer un reclamo social o sectorial.

Ello no obsta a una necesaria y razonable expansión del Derecho Penal a fin de prevenir una terrible realidad, ya que cada año mueren más mujeres en manos de sus parejas.

“La función racionalizadora del Estado sobre la demanda social de punición puede dar lugar a un producto que resulte, por un lado, funcional y, por otro lado, suficientemente garantista”.¹²⁰

En definitiva, es necesaria la razonabilidad política-jurídica a fin de alcanzar una expansión moderada, fundamental a fin de que la intervención penal del conflicto sea justa y eficiente.

Para ello, el principio es no asumir el arbitrio irracional del legislador e intentar atemperarlo mediante principios limitadores en el momento de la aplicación del derecho,

¹²⁰ Silva Sánchez, J. M. (2011). Cit., 179.

sino que hay que someter al legislador desde el inicio de su actividad a criterios racionales de legislación, previendo los medios jurídicos político para ello.¹²¹

En la búsqueda de racionalidad de la ley penal debemos recurrir a las teorías sobre bien jurídico, del delito y de la pena, las que ofrecen buenas expectativas de poder atender directamente a los problemas que nos preocupan.¹²²

Ello invita a reflexiones jurídico-penales sobre la legitimación del contenido de tutela, de las estructuras de responsabilidad y de la naturaleza de los efectos a lograr con una sanción, siempre bajo una órbita garantista determinada por nuestra constitución que delimitaría los márgenes de argumentación.

Conforme lo expuesto, la realidad social y empírica puede demandar extensión del derecho penal, limitada donde su asistencia sea realmente necesaria y hasta donde el derecho positivo lo posibilite, manteniéndose vigente la idea de mínima intervención.

5.- La posición de la víctima y el riesgo como fundamento de intervención penal

La violencia de género y la necesidad social de eliminar o disminuir la cantidad de víctimas por tal flagelo ha llevado a un cambio de paradigma también en el sistema procesal penal, ya que la conducta disvaliosa y las garantías constitucionales del victimario dejan de estar en el centro de la escena en este caso, lugar que es ocupado por la necesidad de protección de la víctima, la cual adquiere un rol primario, en cuanto todo es en nombre de ella.

Ello conlleva a consecuencias respecto a ambas partes, víctima y victimario.

El riesgo es motivo de encarcelamiento preventivo, por lo que se puede someter al sospechado a medidas aflictivas previas a la declaración de culpabilidad, lo que será abordado al referirnos a la pena.

Por otro lado, el riesgo como fundamento de intervención afecta profundamente a la víctima, a quien bajo el lema de protección se la coloca en un plano secundario, al prescindir o ir en contra muchas veces de su voluntad.

El proceso penal en violencia de género es fuertemente aflictivo respecto a la damnificada en el sentido de que se la trata como un sujeto vulnerable, débil, y por momentos incapaz, y termina el estado asistencialista representando una posición patriarcal similar a la que tanto queremos erradicar.

¹²¹ Díez Ripollés, J. L. (2001). Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. 517.

¹²² Díez Ripollés, J. L. (2001). Cit., 516.

La víctima merece protección, pero también respeto, y si vamos a invadir un ámbito personal no podemos desoír su voluntad, sus preocupaciones, y sus miedos, ya que en la protección temporal respecto a un mal, la intervención del sistema puede causar daños permanentes y agravar la victimización.

Anular o contradecir la voluntad de la víctima nunca puede estar justificado exclusivamente en el afán de protección, o en razones de orden público, porque es su problema, y sólo podría analizarse tan cruel consecuencia en casos realmente graves, cuando estamos ante una víctima con capacidad disminuida en virtud del sometimiento que padece, que requiere una representación estatal en defensa de sus intereses. Aludir razones de orden público o interés general para, por ejemplo, instar de oficio la acción penal por las lesiones leves, delito de instancia privada en nuestro país, cuando la víctima no lo desea, nunca puede ser la regla, sólo podría validarse en casos de excepción debidamente justificados.

Por otra parte, en casos de violencia de género en que la intervención penal se funda principalmente en la protección de la víctima, debe asumirse una protección integral, haciendo referencia con esto a contemplar las contingencias (económicas, familiares, laborales) a las que se puede someter la damnificada al judicializar un conflicto personal.

Los párrafos precedentes plantean varios temas que requieren de profundos debates, pero en breve podemos resumir que tanto víctima como victimario son dos actores del mismo drama y ambos son afectados por el fenómeno psicosocial, sufriendo las consecuencias de la intervención penal, por lo que debe velarse por el estricto cumplimiento de garantías y respeto de sus derechos fundamentales.

6.- Las expectativas de conducta no sólo se construyen mediante la norma jurídico penal

Según Muñoz Conde “es norma toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia. La norma tiene por base la conducta humana que pretende regular y su misión es la de posibilitar la convivencia entre las distintas personas que componen la sociedad”¹²³.

Se establece en la sociedad un relación estructural entre los integrantes mediante un sistema de “expectativas”, en virtud del cual se deposita la confianza en el otro de un

¹²³ Muñoz Conde, F. (2001). Introducción al derecho penal. (2a.) BdeF, 38.

comportamiento conforme a la norma, y en caso de frustrarse esa expectativa, la reacción del sistema es una sanción, social ante todo, con consecuencia relacionada a la desaprobación de la conducta por los pares, y jurídica cuando se hace necesario una organización y regulación más precisa y estricta de las conductas conforme a un determinado plan vinculado al orden social. Así, el Estado es titular del orden jurídico formado por un conjunto de normas jurídicas y la sociedad es titular del orden social.

A su vez, las conductas son ponderadas por el Estado, y aquellas que suponen un mayor ataque a la sociedad o a la autorrealización personal en la misma, son contempladas en la norma jurídico penal, siendo sancionadas a través de la pena, máxima representación del poder represivo estatal.

La norma jurídica penal constituye también un sistema de expectativas y tiene la misma estructura que las demás normas, pero a su incumplimiento se impone una pena. El delito, como injusto culpable muestra el desvalor de un hecho, el desvalor del resultado y el reproche a su autor, determinándose ese desvalor por la mayor peligrosidad que supone para los bienes jurídicos penalmente protegidos, o por el valor del bien lesionado o puesto en peligro.

La creación, aplicación y ejecución de normas penales supone a su vez a una base de consenso que limita el poder represivo del Estado sobre un sistema equitativo de protección de derechos fundamentales, representado esto en dos principios esenciales el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada del poder punitivo.

Tal como se desprende del sintético análisis realizado del ordenamiento jurídico, el Derecho Penal no es la única herramienta de la que dispone el Estado para reestablecer un orden jurídico violado, y si para ello es posible imponer medidas civiles o administrativas, son éstas las que deben emplearse y no las penales.

"En la selección de los recursos propios del Estado, el derecho penal debe representar la última ratio legis, encontrarse en último lugar y entrar sólo en liza cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden jurídico"¹²⁴.

Un sistema penal está justificado si, y únicamente, se minimiza la violencia arbitraria en la sociedad. Este fin es alcanzado en la medida en la cual él satisfaga las garantías penales y procesales del derecho penal mínimo. Pero también refleja, ciertamente, que el derecho penal no es el único medio, y ni siquiera el más importante,

¹²⁴ Muñoz Conde, F. (2001). Cit. Cfr. Maurach. (1962). Tratado de derecho penal, trad. de Córdoba Roda, Barcelona, t. I, 31.

para prevenir los delitos y reducir la violencia arbitraria. Por el contrario, el progreso de un sistema político se mide por su capacidad de tolerar simplemente la desviación como un signo y producto de tensiones y de disfunciones sociales irresolutas como, asimismo, la de prevenir aquélla, sin medios punitivos o iliberales, removiendo sus causas materiales.¹²⁵

Considero que en violencia de género las medidas más importantes son las que deben ir dirigidas, necesariamente hacia el destierro de los estereotipos de género y en la educación en plena igualdad entre mujeres y hombres, como así también en el control del Estado respecto a instituciones, y estructuras empresariales.

El derecho penal, igual que el derecho en general, no es más que un instrumento, el más dañino de todos, puesto al servicio de los fines de la comunidad y cuando nos referimos a la funcionalidad y eficiencia del sistema hacemos alusión al cumplimiento de los fines para los que ha sido creado.

Si se recurre al Derecho Penal como único instrumento de pedagogía político social, como mecanismo de socialización, de civilización se produce una expansión inútil porque se somete al mismo a cargas que no puede soportar.¹²⁶

El ordenamiento jurídico tiene la misión de garantizar la igualdad y adoptar medidas para combatir la violencia de género, pero colocar al Derecho Penal en la gestión del problema no hace más que agudizarlo.

7.- Superposición de normas, entre la cultura patriarcal y la revolución feminista

Como se viene sosteniendo a lo largo del trabajo, los estereotipos de género y la ideología patriarcal constituye una construcción socio cultural que configuró una norma social con vigencia durante mucho tiempo, que aún persiste en la sociedad.

La reprobación del derecho patriarcal que legitimaba la violencia ejercida por el varón dio paso a una demanda social de exacerbada punibilidad respecto a la violencia machista promovida por movimientos sociales que buscan reivindicar los derechos de la mujer y combatir la discriminación.

Me parece sugerente la mención de Silva Sánchez en un artículo donde se propone analizar críticamente la doctrina de lucha contra la impunidad, del dato de que estas

¹²⁵ Ferrajoli L. (1995). Derecho Penal Mínimo. En Prevención y teoría de la pena. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 44.

¹²⁶ Silva Sánchez, J. M. (2011). Cit., 63.

teorías se han desarrollado en el marco de la llamada “justicia de transición” o, en otra terminología, de la “superación del pasado”.¹²⁷

Debemos tener en cuenta que los nuevos valores instaurados en la sociedad no han removido el patriarcado ni las normas que lo legitimaban, siendo el reconocimiento del problema el fundamento de una reconstrucción social.

Al ser consecuencia de construcciones socio culturales, históricas y universales, la violencia de género es un fenómeno que afecta a la mayor parte de las mujeres en el mundo, quienes por el sólo hecho de serlo está expuesta a padecer alguna manifestación de violencia en virtud del género.

Por ello, la violencia de género sólo puede combatirse eficientemente mediante la revisión de normas socioculturales imperantes, involucrándonos como sociedad en la reprobación de espacios donde impera un orden social que ha caducado y debe restablecerse bajos otros principios.

8.- Bien jurídico, principio de lesividad e incriminación de la violencia de género

La norma penal tiene una función protectora de los bienes jurídicos, al definir el bien jurídico Muñoz Conde expresa “La necesidad de la convivencia -condensada en la idea freudiana de que la sociedad frustra, pero satisface al mismo tiempo las necesidades humanas individuales- supone la protección de esa convivencia, pues sólo en ella puede la persona individual auto realizarse. La autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan "bienes" y, concretamente, en tanto son objeto de protección por el derecho, "bienes jurídicos". Así, pues, bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para la autorrealización en la vida social”¹²⁸.

Silva Sánchez sostiene “la discusión actual no aparece centrada sobre la punición o no de hechos lesivos de valores morales, sino sobre cuál es la específica protección (civil, penal, administrativa) que debe prestarse a determinados “bienes” sobre cuya naturaleza de objetos jurídicamente protegibles no existe duda. La obtención de criterios de delimitación del objeto que deba ser protegido por el Derecho Penal es, pues, decisiva,

¹²⁷ Silva Sánchez, J. M. (2009). Una crítica a las doctrinas penales de " la lucha contra la impunidad" y del " derecho de la víctima al castigo del autor". Revista de Estudios de la Justicia, (11), 37.

¹²⁸ Muñoz Conde, F. (2001). ob.

a fin de contar con un baremo político-criminal que permita analizar críticamente los procesos de incriminación o desincriminación”.¹²⁹

El autor mencionado señala como decisivo la distinción en la teoría del bien jurídico penalmente protegido de consideraciones utilitaristas y axiológicas, indicando que una teoría basada en las primeras se superpondría con la teoría de intervención mínima y en segundo caso se debería incluir la consideración de la importancia del bien y la gravedad del ataque, considerando que no puede prescindirse de ninguno de los dos aspectos. Añadiendo que la teoría del bien jurídico-penal en tanto que la teoría de la incriminación o de la tipificación constituyen una de las manifestaciones del conflicto existente entre la diversas finalidades contrapuestas del Derecho Penal (prevención y garantía), y reflejo, por tanto, de las sucesivas síntesis que entre tales fines se vayan alcanzando, lo que aporta dinamismo a la evolución del Derecho Penal y expresa el concreto contenido que se asigna en cada momento a la noción de tutela jurídico penal.¹³⁰

A su vez, según Muñoz Conde desde un punto de vista político criminal siguen estando vigentes las ideas de Mayer para quien el legislador debe intervenir para proteger penalmente un bien, cuando éste sea "merecedor de protección", "necesitado de protección" y "capaz de protección".¹³¹

Patricia Laurenzo Copello, considera que una adecuada comprensión del sentido del bien jurídico presupone la adaptación del Derecho Penal a cada situación histórica, considerando que deben buscarse criterios para decidir las características de los objetos de tutela penal conforme a las valoraciones sociales actuales.¹³²

Pawlik sostiene que el déficit de la teoría del bien jurídico reside en su unidimensionalidad, en la medida en que no describe la dañosidad social y el merecimiento de pena como una perturbación de las relaciones entre personas en Derecho, sino “como una lesión de objetos externos, a los que una sociedad les adjudica valor”, estimando que la teoría ensombrece el horizonte social del Derecho y su vinculación con las interacciones sociales. Agregando, “sin una mirada a la relación jurídica en la que el bien ‘vive’, [...] no es [posible] obtener ni una escala para su valor, ni un criterio para su menoscabo”. Propone el autor que delito no se determine a partir de

¹²⁹ Silva Sánchez, J. M. (2010). Aproximación al derecho penal contemporáneo, 2ª. BdeF. 431-432.

¹³⁰ Silva Sánchez, J. M. (2010). Cit., 441-447.

¹³¹ Muñoz Conde, F. (2001). Cit. Cfr. Mayer, M. E., *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts*. 2ª ed., 1923, p. 23.

¹³² Laurenzo Copello, P. (2003). Recensión a La expansión del Derecho penal de Silva Sánchez. En: RDPC, (12) en Silva Sánchez (2011) Cit., 255.

la lesión del bien jurídico como resultado no deseado, sino con base en el alcance de la obligación que al autor le corresponde en su condición de ciudadano, sosteniendo que la relevancia no está en el bien sino en la persona de derecho, y por lo que entiendo personalmente, la lesividad en su propuesta está representada en la afectación de espacios de libertades personales.¹³³

He expuesto brevemente algunas ideas de autores a las que adhiero y me parecen insinuantes para el tema, no siendo mi intención introducirme en discusiones doctrinarias respecto al concepto y alcance del término bien jurídico, ni al reconocimiento de este como objeto de protección de la norma.

Partiré de la idea que más allá de su función toda norma tiene una razón de ser, encaminado el planteo, a la razón de ser de las normas jurídicas especiales en torno a la violencia de género y a la afectación que hace necesarias la creación de normas jurídicas penales específicas.

Definir qué bienes son afectados por la violencia de género en general, no ofrece mayores problemas, ya que la misma atenta contra bienes fundamentales reconocidos constitucionalmente, variando los afectados en atención a las diversas conductas que los involucren, las que son descriptas en delitos comunes, tales como homicidio, lesiones, amenazas, etc. A su vez, el plus de injusto que determina la comisión de alguno de ellos en un contexto de abuso de poder se justifica en la mayor afectación a la dignidad de la persona humana y su integridad moral.

El conflicto entonces, más que en determinar los bienes objeto de tutela, es delimitar su protección.

Diez Ripollés en su artículo sobre la racionalidad de la ley penal, sostiene respecto al objeto de tutela de la misma, que desde un enfoque garantista, se adopta sorprendentemente la tesis de que, como las sanciones del derecho penal son muy graves, se han de restringir los objetos de tutela, lo que explicaría el principio de fragmentariedad, de subsidiariedad, cuando lo lógico, según el autor, sería seleccionar los objetos de tutela importantes y plantear desde distintos criterios hasta donde se puede llegar para su protección en el uso del arsenal sancionador.¹³⁴

¹³³ Pawlik, M. (2016). El delito, ¿lesión de un bien jurídico? InDret.

¹³⁴ Diez Díez Ripollés, J. L. (2001). Cit., 517.

Según mi opinión, las dos alternativas mencionadas por el autor podrían confluír en un mismo supuesto que puede ser enfocado desde distintas perspectivas, siendo lo relevante el nivel de afectación del objeto de tutela.

El carácter fragmentario del Derecho Penal implica que el mismo no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino solo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos, considerando Mir Puig que, en nuestros días, este carácter se reputa como característica de un Estado de Derecho respetuoso para con la libertad del ciudadano.¹³⁵

Y creo que entra en juego el planteo de Pawlik en cuanto a la influencia de la acción lesiva en consideración con las competencias relacionales, es decir, la relevancia de la conducta de alguien en su relación con el otro, -esto que el sujeto A hace respecto de B más allá de lesionar sus bienes produce una afectación X en el ámbito de su libertad personal protegida por el derecho-.

En consecuencia, además de la subsunción de las conductas ejecutadas en contexto de violencia en la tipificada de delitos comunes, ¿merece la violencia de género en sí una protección penal diferenciada?

La decisión sobre la incriminación de una conducta, según Amelung, implica una ponderación de los argumentos contrarios y favorables a la tipificación penal de un hecho.

Tengamos presente que el término violencia es muy amplio, y puede ejercerse violencia que no está tipificada en un Código Penal. Por ejemplo, en nuestro sistema penal los insultos no son delitos a pesar de que constituye un acto violento y lesivo a la dignidad de una persona, por lo que un hombre puede insultar a una mujer en virtud de una relación desigual de poder y no cometer un injusto culpable.

La intervención penal debería operar cuando el Estado, previamente, ha agotado todas las posibilidades no penales (culturales, educacionales, asistenciales, de política general) y pese a todo, de ahí su naturaleza subsidiaria, persisten los conflictos agudos de desviación. Se impone la presencia de dos elementos para que el Derecho penal actúe: que el bien jurídico posea importancia y que la lesión a este sea grave.¹³⁶

No todo bien merecedor de protección está necesitado de protección penal. Muchas veces bastará con la que le conceden las leyes civiles, administrativas, etcétera. Conforme al principio de intervención mínima el derecho penal concederá, pues, su

¹³⁵ Mir Puig, S. (2003). Introducción a las bases del derecho penal. (2ª) BdeF, 108-109.

¹³⁶ Díaz, O. H. (2016). Cit., 48.

protección, cuando fracasen o sean insuficientes las barreras protectoras que deparan las demás ramas jurídicas.

A veces, la protección que ofrecen a determinados intereses las otras ramas jurídicas es tan insuficiente, que el derecho penal se ve obligado a intervenir allí donde no era necesaria su intervención¹³⁷.

Por ejemplo, la violencia de género puede manifestarse en una relación de empleo en una institución pública mediante acciones que a priori no constituyan delito, supongamos que una empleada estatal es hostigada, insultada y agredida por su condición de mujer por un superior, situación que deberían estar regulada y tuteladas por el Derecho Administrativo, debiendo existir en las dependencias estatales protocolos de violencia de género, así, en el caso dado el superior debería ser sometido a un proceso administrativo por ejercer violencia de género en su ámbito laboral. Ahora bien, la omisión de normas específicas y la complicidad de quien tienen responsabilidad e injerencia para intervenir, podría habilitar una intervención penal, a fin de investigarse el ilícito de Violación de los Deberes de Funcionario Público (artículo 248 del Código Penal Argentino), atento la obligación del Estado a nivel nacional e internacional de condenar la violencia de género, la que debe ser asumida, protocolizada y ejecutada por todas sus dependencias por los funcionarios que las representen.

En este punto es donde, a mi entender, deja de tener relevancia el bien jurídico merecedor de protección para asumir un papel primordial la necesidad de protección de ese bien jurídico en virtud del principio de lesividad de la conducta, en términos de relación entre personas de derecho.

En el supuesto antes dado, puede que la omisión del funcionario público con injerencia para intervenir termine agravando la posición de la víctima, lesionando gravemente sus bienes fundamentales, a través del incumplimiento de sus deberes, supongamos que en vez de hacer cesar la agresión la intensifica, llevando a la damnificada a renunciar a su empleo.

Según Ferrajoli, el principio de ofensividad, en cuanto limite a la punición respecto a los comportamientos que en concreto sean ofensivos respecto a los otros, puede dividirse en dos sub principios: el de ofensividad en abstracto, que implica comportamientos que ofendan bienes jurídicos de relevancia constitucional, y el de ofensividad en concreto de hechos que produzca un daño concreto al bien protegido,

¹³⁷ Muñoz Conde (2001). Cit.

agregando a su vez que la lesión del bien entendida de esta manera, puede provenir de delitos de daño, o de delitos de peligro consistentes en el “peligro corrido” por el bien mismo, refiriéndose a un peligro concreto y excluyendo la legitimidad de los delitos de peligro abstracto.¹³⁸

¿Cuándo la violencia de género que no constituye delito de daño sino de peligro debe ser alcanzada por el derecho penal?, según mi opinión, cuando estamos ante una violencia de género coactiva, a la que identifico con el término “*terrorismo íntimo*”¹³⁹.

Corresponde valorar los elementos de lesividad presentes en una conducta ejecutada en un contexto de violencia de género para ponderar la necesidad de intervención del derecho penal.

Hay conductas cuya lesividad no puede discutirse en ningún sentido, por lo que no sólo interviene el derecho penal, sino que lo hace con mayor rigor, previendo en la legislación el mayor disvalor de acción, como en el caso del femicidio.

Sin embargo, las conductas lesivas en un contexto de violencia de género van mucho más allá que el femicidio y las lesiones, que son delitos contemplados y calificados en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, y son en aquellos casos no previstos en los que la valoración de la lesividad es fundamental a los fines de determinar la intervención.

En tal sentido, entiendo que es necesaria la tutela penal cuando exista violencia coactiva en una relación de pareja, aún sin configurarse una acción típica, porque en esta situación son constatables en la conducta del autor en un juicio ex ante todos los elementos de lesividad: lesión, peligro concreto, y peligro abstracto. La acción violenta en una relación de vínculo afectivo ejecutada para lograr dominación sobre la otra persona afecta de tal manera de libertad personal que hace imposible que no exista un reproche penal, considerando a su vez, que si la acción se prolonga en el tiempo la afectación es cada vez mayor, pudiendo alcanzar la anulación total del ámbito de libertad, asimilable a una esclavitud.

Por otra parte, la intervención penal puede justificarse en un juicio de valor ex post cuando se dan los elementos de lesividad mencionados y sea insuficiente la tutela brindada por el ordenamiento jurídico.

¹³⁸ Ferrajoli, L. (2013). El principio de lesividad como garantía penal. *Nuevo Foro Penal*, 8(79), 111-112. <https://doi.org/10.17230/nfp.8.79.4>

¹³⁹ El término "Terrorismo Íntimo" surge en la década de 1990, utilizado por el sociólogo estadounidense Michael P. Johnson. (véase capítulo II)

“Bajo la concepción de un Derecho Penal limitado, si parece legítima su intervención en casos especialmente graves, en otras palabras, cuando cierto tipo de actos de violencia refuerzan, mantienen o reproducen la sociedad patriarcal. Es decir, actos de violencia patriarcal que constituyen control coercitivo.”¹⁴⁰

Finalmente, me parece interesante el aporte del autor antes citado en las conclusiones de su artículo “Ciertamente parece apropiado, por decir lo menos, que la legislación distinga apropiadamente las diferentes formas de violencia, y en sus medidas, posiblemente, destine las más severas cuando se trate de hechos efectivamente lesivos de intereses relevantes para las personas. La propuesta, si bien implicaría mayor criminalización formal de conductas que quizás no estén suficientemente sometidas al escrutinio de los tribunales, no descansa en una confianza injustificada en el sistema penal. Sin embargo, la evidencia y la experiencia comparada muestra que, si bien la herramienta penal puede ser necesaria para regular ciertos casos especialmente graves, no es suficiente. Se requieren de otro tipo de medidas, algunas de carácter más terapéutico en la esfera civil y propiamente de familia, y la existencia de medidas no solamente resocializadoras sino de justicia restaurativa. La protección de la libertad negativa de las víctimas de la violencia patriarcal también requiere de prestaciones específicas que ayuden a reconstruir y posibilitar la libertad positiva de quienes han sufrido este tipo de violencia”.

9.- La violencia de género en el Código Penal argentino

A diferencia de lo que podríamos creer tras leer diarios de nuestro país, la penalización de la violencia de género ha sido limitada y aún restringida, no procediéndose a crear nuevos tipos, contemplando algunas agravantes para casos graves, entendiéndose que responde a un estilo liberal.

El proceso de penalización podemos localizarlo en una tercera etapa en la evolución legislativa, ya la Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales, no contiene normas penales, aunque tienen un proyección penal que luego explicaré.

No obstante, la Ley integral sí hizo referencia al desafío de diseñar un marco normativo sancionatorio, creando en consecuencia en el año 2011 la CONSAVIG

¹⁴⁰ Fernández Ruiz, J. M. (2019). Cit.

(Comisión Nacional Coordinadora de Acciones para la Elaboración de Sanciones de la Violencia de Género), esta comisión dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación tiene la misión de implementar, conjuntamente con otros organismos nacionales, provinciales y municipales, tareas vinculadas con la elaboración de normas judiciales y administrativas referidas a la sanción de la violencia de género, así como también tareas de asesoramiento que profundicen la lucha contra la violencia de género. En su informe de gestión (periodo 2011-2012)¹⁴¹ la comisión destaca que cuando habla de sanciones no necesariamente se refirieren a condenas de tipo penal, enfocando su trabajo en el desarrollo de proyectos de ley que modifiquen el marco normativo vigente e impulsando la instalación del reproche social como la forma más efectiva de sancionar a la violencia de género.

La CONSAVIG debería sancionar administrativamente a quienes incumplen la normativa prevista en la ley integral mediante un sistema de denuncias.

En el informe de gestión antes referido se mencionan proyectos legislativos elaborados, entre ellos el de incorporar la figura del femicidio en el Código Penal Argentino de ley (S-1212/12). El mismo contemplaba: la tipificación autónoma del delito “Artículo 88 bis: Se impondrá prisión perpetua al varón que matare a una mujer o a una persona con identidad femenina, en razón de serlo”, la incorporación de una agravante genérica para todos los delitos cometidos por un hombre contra una mujer o persona de identidad de género femenina por su condición de tal; y la necesidad de regular alimentos para los hijos o hijas menores de la víctima y un sistema de reparación destinado a herederos forzosos.

Ciertamente, la intención de introducir el delito de femicidio al Código Penal ha sido puesta de manifiesto en numerosos proyectos ingresados al Congreso de la Nación en los últimos tiempos.

Finalmente, la violencia de género es introducida en la normativa penal a través de la Ley n° 26.791, la que fue sancionada el 14 de noviembre de 2012, luego de las idas y venidas entre ambas Cámaras legislativas, siendo sancionado el proyecto original de la Cámara de Diputados.

¹⁴¹ <http://perlaprigoshin.com.ar/2013/07/03/informe-de-gestion-2011-2012/>

Entre los proyectos que entraron en debate, se planteó la incorporación del femicidio como figura autónoma, la introducción de la definición de violencia de género establecida en la Ley integral, el agravante de otras figuras penales.¹⁴²

En definitiva, la reforma de la Ley n° 26.791, sólo introduce modificaciones en el artículo 80, siendo mayormente relevante la incorporación del inciso 11° que expresa el merecimiento de pena prisión perpetua el que matare a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género, hecho denominado comúnmente “femicidio”.

El término femicidio tiene su origen en estudios de movimientos feministas anglosajones que lo usaron en los años 90 del siglo pasado para denominar el “asesinato de una mujer”. Fue Diana Russel quien usó por primera vez la expresión femicide en el Tribunal Internacional sobre Crímenes contra las Mujeres celebrado en 1976 en Bruselas, y luego junto a Jane Caputi, dieron a conocer el término en un artículo publicado en la revista “Miss”, titulado “Speaking the Unspeakable” (hablando sobre algo que no se puede hablar, 1990), definiendo el femicidio como el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres. Más adelante, en 1992, la misma Diana Russell, pero esta vez con Jill Radford, definió el femicidio como “el asesinato misógino de mujeres cometido por hombres”.¹⁴³

Me parece apropiado el no uso de la palabra femicidio en la ley siendo clara la formulación terminológica empleada.

Según Boumpadre, la reforma penal evidencia la tipificación del llamado femicidio íntimo o vincular, haciendo referencia a una relación íntima, familiar, de convivencia con la víctima, y deja al margen otras clases de femicidio, como aquel no íntimo, y el femicidio por conexión (“asesinato de sujetos que se encontraban en la “línea de fuego” de un hombre tratando de matar a una mujer, por ejemplo por intervenir en defensa de la víctima o porque simplemente se hallaba en el radio de acción de autor”), y agrega que configura un instrumento peligroso por su excesiva amplitud e indeterminación en la redacción de los tipos penales, que acarrearán difíciles y complejos problemas de interpretación y aplicación en la praxis.¹⁴⁴

¹⁴² <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/parlamentaria/ley>

¹⁴³ Boumpadre, J. E. (2013). Los delitos de género en la reforma penal (Ley N° 26.791). Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf>.

¹⁴⁴ Buompadre, J. E. (2013). Cit.

No comparto lo expuesto por el autor, la definición de violencia de género es clara e incluso está contenida en nuestro ordenamiento jurídico, y contempla un concepto amplio del término por lo que no está limitada la regulación a casos en que existe una relación entre las partes, sino a que se compruebe una situación desigual de poder, ciertamente más sencillo de probar en una relación de pareja. Por otra parte, si bien pueden existir problemas de interpretación no considero que los mismos sean difíciles y complejos, diferentes a los que acarrea la interpretación judicial, aunque sí se requiere la concurrencia de la perspectiva de género.

En otro aspecto, quizás habría que analizar, como lo plantea Elena Larrauri, si la mayor penalidad prevista para las hipótesis de femicidio no resulta violatoria del principio de inocencia, ya que si lo que fundamenta el incremento de la pena es la variable de género (que presupone un contexto de dominio y poder) entonces la carga de la prueba de la inexistencia de tal contexto de género debe quedar en cabeza del agresor, con lo cual estaríamos admitiendo una presunción *iuris tantum* “contra reo”, ya que los motivos que el legislador tuvo en cuenta para aumentar la penalidad (contexto de género) podrían no concurrir en todos los casos.¹⁴⁵

En las modificaciones de los otros tres incisos que se realizaron no existe diferenciación de sexo, por lo que pueden ser aplicadas a hombres o mujeres, y si bien la doctrina ha formulado observaciones críticas en cuanto a la imprecisión del término “relación de pareja”, o a la asimilación del vínculo de cónyuges al de novios, es posible, como concluye Buompadre, que “el principio de igualdad ante la ley y una interpretación restrictiva de la norma puedan suministrarnos una equilibrada respuesta a la hora en que deba resolverse la cuestión judicialmente”¹⁴⁶.

Mayores reparos ofrece, a mi entender, el último párrafo del artículo 80 que establece “Cuando en el caso del inciso 1 de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima”. En este caso la normativa emplea términos amplios y no hace referencia a violencia de género, sino a la mujer, lo que parece discriminatorio, a su vez, considero que la formulación legislativa ofrece un amplio margen de interpretación, fundamentalmente respecto a dos términos: “anteriormente” y “violencia”.

¹⁴⁵ Larrauri Elena (2009). Igualdad y violencia de género. InDret Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, 19. Disponible en www.indret.com

¹⁴⁶ Buompadre, J. E. (2013). Cit.

La ubicación del femicidio como agravante del artículo 80 y no como tipo autónomo según propuso el proyecto en la cámara de senadores, tuvo una razón de ser, ya que de esta manera se hace extensible la agravante al delito de lesiones, según la remisión del artículo 92 respecto a las circunstancias agravantes del homicidio, esta extensión justifica la irracionalidad de que en nuestro ordenamiento se agraven sólo las lesiones, dentro de los delitos más leves, en virtud de la violencia de género, y ello responde que tal calificación fue dada por la intención de agravar el delito más grave de nuestro ordenamiento que es el homicidio, demostrándose que el agravante de las lesiones es casual, no expresando nuestro legislador la intención de agravar en general los ilícitos en virtud de la violencia de género.

Por otra parte, hay en nuestra legislatura algunos proyectos para ampliar la intervención penal en materia de género, entre los que podemos mencionar la intención de convertir en ilícito penal el acoso callejero (1294-D-2019) proyecto que tuvo media sanción en la cámara de diputados, y el planteo reiterado de la modificación del artículo 150, agravando tipo cuando la violación de domicilio se produce haciendo caso omiso a una medida de protección (1106-D-2018), (0463-D-2017), (5379-D-2016).¹⁴⁷

Hasta el momento actual, la legislación nacional sólo ha contemplado la mayor culpabilidad que representa un homicidio en un contexto de violencia de género.

No obstante, por lo menos en la práctica del foro local en la que me desempeño, a las calificaciones delictivas se les añade “en contexto de violencia de género” cuando así lo son, consignando en la previsión de la norma el artículo 4 de la ley 26485, y aquí veo la proyección penal de la ley que a título anticipado mencioné, ya que esa consideración si bien no aumenta la pena en abstracto del delito investigado sí tendría implicancias en el proceso, por ejemplo en la instancia de oficio de la acción penal ante un delito de Lesiones Leves, o bien en la consideración de medidas alternativas.

10.- Sistema penal español

A diferencia de nuestro país, España no agrava la pena prevista para el homicidio simple cuando existe violencia de género ni tipifica penalmente la figura de femicidio.

Por otra parte, también diferenciándose de nuestra legislación la normativa más importante que legisla sobre el tema, sí contempla la intervención penal. Así la Ley Orgánica N° 1/2004 sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género,

¹⁴⁷ <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/resultados-buscador.html>

introduce modificaciones al Código Penal, incluyendo dentro de los tipos agravados de lesiones uno específico que incrementa la sanción cuando la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (artículo 148 inciso 4º). También se castigan como delito, y no como falta, las coacciones leves (artículo 172 inciso 2º) y las amenazas leves (artículo 171) de cualquier clase contra las mujeres, según el criterio antes expuesto, y el trato degradante (artículo 173), y finalmente, el artículo 153 que sanciona el delito de maltrato ocasional con mayor pena privativa de libertad cuando el sujeto activo es varón y la víctima una mujer.

Cabe destacar que la tipificación del “maltrato” en la legislación española no tiene origen en el fenómeno actual de la violencia de género, reconociendo su antecedente en la Ley Orgánica 3/1989 que introduce la nueva figura en el artículo 425 “El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviere unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor”. Sin embargo, y a pesar de no hacer una expresa referencia a la mujer el legislador en ese entonces enfocó su planteo al actual y en el preámbulo de la ley justifica su introducción en el Código expresando que respondía a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros o incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando, a pesar de no integrar individualmente considerados más que una sucesión de faltas, se producen de modo habitual.¹⁴⁸

Sin profundizar en el tipo penal de mención, intentaré en este siguiente punto realizar un breve análisis sobre las figuras de maltrato habitual y maltrato ocasional en el Código Penal Español, las que resultan ajenas a nuestra normativa, y a los planteos críticos respecto a la mismas, a fin de efectuar un análisis valorativo y comparativo respecto a nuestra legislación.

11.- La tipificación del delito de maltrato habitual y ocasional.

11.1. El maltrato habitual como delito contra la integridad y la convivencia familiar

¹⁴⁸ Olivares, G. Q. (1989). Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 42(3), 915-946.

En el Título VII del Código Penal español, titulado “De las torturas y otros delitos contra la integridad”, reza el artículo 173 “1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaleciendo de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima. Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda. 2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.- Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada. - 3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya

ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

- 4. Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84.-Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

El artículo citado comprende varias figuras, entre ellas, el Delito de Trato Degradante, considerado el tipo básico de un ilícito que atenta contra la integridad moral de las personas, identificada, por un lado, con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona y con los conceptos de “incolumidad” e “integridad personal”.¹⁴⁹

La acción consiste en infringir un trato degradante, y el resultado menoscabar gravemente la integridad moral.

“En los debates parlamentarios, se habló de la protección de la integridad moral, de la integridad psíquica y de la salud física y mental. Como quiera que todos estos bienes tienen una protección amplia en el Derecho penal, parece obligado referirse a un bien jurídico protegido más específico, como puede ser la inviolabilidad de la persona como manifestación directa de la dignidad humana”.¹⁵⁰

Los incisos 2º y 3º se refieren a la figura del “Maltrato habitual en el ámbito familiar”, su localización en el digesto punitivo fue modificada en el 2003, ya que antes formaba parte de los ilícitos de lesión.

Según expone Rodríguez Ramos al comentar el Código Penal Español “El bien jurídico protegido va más allá de la integridad personal al atentar a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes, y en el derecho a la seguridad, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia

¹⁴⁹ Rodríguez Ramos, L. (2009). Código penal comentado y con jurisprudencia, 3º Edición. Madrid: La Ley, 595.

¹⁵⁰ Rodríguez Ramos, L (2009). Cit.

y la protección integral de los hijos. Y es que realmente el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad. Dicho más sintéticamente, la pacífica convivencia familiar”.¹⁵¹

11.2. El maltrato ocasional y los planteos de constitucionalidad

Dice el artículo 153 del Código Penal español “1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.- 2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.- 3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza...”¹⁵²

¹⁵¹ Rodríguez Ramos, L (2009). Cit., 598-599.

¹⁵² www.boe.es

Este artículo es incluido en el Título III de las lesiones y la figura es considerada bajo el término “maltrato ocasional”, siendo muy controvertido.

Es llamativa, a la luz de nuestra legislación, la amplitud de acciones contempladas, las que no son incorporadas por la reforma, sino que permanecen de su redacción original, contemplando tanto la conducta que causa menoscabo psíquico o lesión, como el golpear y maltratar, advirtiendo la ausencia de principio de lesividad.

La reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2004 efectúa una distinción de la pena prevista cuando la víctima “sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” o sea cualquier otra persona perteneciente al círculo familiar, diferenciación que se ha considerado por muchos autores discriminatoria.

Simplifica Elena Larrauri, “surge el slogan de que ‘si un hombre pega a la mujer se le castiga con una pena mayor; si una mujer pega al hombre se le castiga con una pena menor’; y por consiguiente se alega la vulneración del artículo 14 de la Constitución española que reconoce el derecho a la igualdad, porque, sigue el argumento, por los mismos hechos se imponen penas distintas”.¹⁵³

Considera la autora que la conducta prevista en la norma podría ser cometida por un hombre o una mujer, señalando que el término ‘El que’ nos comprende a todos, pero que una determinada interpretación (mayoritaria según sostiene) entiende que sólo se considera sujeto activo al hombre, y añade “Por otro lado, además, el artículo añade como víctima a cualquier persona especialmente vulnerable, sea del sexo que sea. En consecuencia, una podría replicar a la simplicidad del slogan con la pregunta: ¿Dónde está la desigualdad? A pesar de lo expuesto, Larrauri termina reconociendo que probablemente los legisladores tenían en mente la idea de concebir sólo al hombre como sujeto activo, asumiendo que el artículo contempla de forma diferenciada como víctima a la mujer.”¹⁵⁴

El artículo en análisis no sólo ha sido objeto de cuestionamientos doctrinarios, sino que también se han planteado numerosas cuestiones de inconstitucionalidad, una de las cuales fue resuelta por el Tribunal Constitucional, quien en su STC 59/ 2008 de 14 de mayo declaró la constitucionalidad del precepto.

¹⁵³ Larrauri, E. (2009). Cit., 597.

¹⁵⁴ Larrauri, E. (2009). Cit.

El planteo de inconstitucionalidad “se centra en su posible inconstitucionalidad a la vista de que, en su interpretación del precepto y en comparación con el del art. 153.2 CP, establece un trato penal diferente en función del sexo de los sujetos activo y pasivo del delito que podría ser constitutivo de una discriminación por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE y que además podría comportar una vulneración del principio de culpabilidad”. Se expresa en el fallo que habiendo sido configurado el principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, los poderes públicos están limitados y obligados a respetarlo, y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas”.¹⁵⁵

En efecto, el Tribunal considera que la igualdad reconocida en la Constitución no prohíbe diferenciación, sino que en tal caso requiere justificación, razón fundada y razonable y proporcionalidad. Respecto a la justificación sostuvo “Tal necesidad la muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja. Esta frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena”. Por otra parte, el Tribunal entiende que el desequilibrio “no es patente y excesivo o irrazonable”, puesto que la diferencia se produce sólo en el mínimo de la pena y hay una pena alternativa de trabajo en beneficio a la comunidad.

También se menciona entre los fundamentos “Se trata de que, como ya se ha dicho antes y de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima”, agregando al finalizar “Como esta gravedad no se presume, como la punición se produce precisamente por la

¹⁵⁵ http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6291#complete_resolucion&fundamentos

consciente realización del más grave comportamiento tipificado, no podemos apreciar vulneración alguna del principio constitucional de culpabilidad”.¹⁵⁶

Al comentar la Sentencia del Tribunal Constitucional, Elena Larrauri efectúa algunos cuestionamientos, primero preguntándose si estamos frente a comportamientos iguales y si en algún caso existe la mayor gravedad y luego si la mayor gravedad se produce siempre en toda agresión. Entre las consideraciones que realiza para sostener que no son iguales los comportamientos y que aquellos ejecutados por un hombre respecto a una mujer son más graves y reprochables menciona el mayor temor que la agresión de un hombre ocasiona y la mayor posibilidad de que se produzca un resultado lesivo, y que se agrede a una persona en un contexto que socialmente la hace más vulnerable, considerando que la asimetría de poder en el matrimonio constituye una fuente de vulnerabilidad. Respecto al último planteo, la autora refiere “Estoy dispuesta a conceder que los motivos por los cuales opino que una agresión del hombre a su pareja femenina es generalmente más grave, pueden no estar siempre presentes. Y creo que en los casos en que ello no se produzca, el juez está autorizado a “desviarse” de la norma precisamente en la fase de individualización de la pena. El hecho de que el legislador establezca una presunción no impide que el Tribunal deba valorar si el fundamento agravatorio que motiva la norma concurre en este caso.”¹⁵⁷

Fernando Molina ha sido bastante crítico de la reforma en España señalando que precisamente porque el fin perseguido es loable y merecedor de apoyo, el instrumento de protección debería ser cuidadosamente elegido para no desvirtuar las medidas con polémicas innecesarias, considerando que pese a su indiscutible buena intención, el legislador había actuado de forma un tanto tosca en este tema, quizás más atento a observables efectos políticos a corto plazo que a consecuencias más importantes a largo plazo, en el frágil entramado de los derechos fundamentales. En cuanto a la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008 considera que no ofrece la argumentación que requiere la importancia del tema al dar por buena la norma, y que el papel que asume como valedor de la Constitución debería hacerle más inmune a las urgencias políticas y más sensible a los argumentos basados en principios.¹⁵⁸

¹⁵⁶ http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6291#complete_resolucion&fundamentos

¹⁵⁷ Larrauri, E. (2009). Cit.

¹⁵⁸ Fernández, F. M. (2009). Desigualdades penales y violencia de género. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, (13), 61.

12- Conclusiones del capítulo

En Argentina se comunica más penalización de la violencia de género de la que efectivamente existe, y hay graves situaciones presentes en este fenómeno que no son alcanzadas por las figuras delictivas básicas que se aplican en nuestra legislación, que no configuran acciones penalmente reprochables, pero constituyen el precedente directo del femicidio y de sus alarmantes cifras en el país.

En principio, la violencia de género no debería estar penalizada, salvo en aquellas circunstancias de mayor gravedad. No hay razón, según mi parecer, para criminalizar el acoso callejero, ni la violencia laboral e institucional, pero sí para hacerlo respecto de la violencia, en sentido amplio, reiterada y coactiva ejercida en la pareja, en virtud de la cual la víctima es sometida a un ciclo que asegura su vigencia, incrementándose en la permanencia de la relación violenta, la afectación de distintos bienes jurídicos y aumentándose su poder de lesividad, existiendo un peligro concreto de que la damnificada pierda su libertad a un nivel asimilable a la esclavitud, y un peligro abstracto de que pierda su vida.

Advierto cotidianamente víctimas que acuden al sistema penal confiadas en un discurso popular de criminalización, y no se configura en el hecho un tipo penal, ya que son damnificadas de una situación de maltrato no penalizado, que han sido golpeadas sin ser lesionadas o bien que se sienten aterrorizadas sin ser amenazadas, víctimas de una violencia coactiva que no es visualizada, y que padecen consecuencias lesivas al recurrir a la justicia penal, por lo que no vuelven a acudir.

A medida que he ido concluyendo los capítulos precedentes, he expuesto porque entiendo que la violencia coactiva en la pareja es mayormente lesiva y peligrosa, diferenciándola de la violencia de género en sí, la que también es peligrosa, pero puede prevenirse y abordarse eficientemente mediante otras herramientas del Estado que no sea el sistema penal.

Para finalizar, me resulta interesante el modelo español, el que podría tomarse en consideración para abordar una propuesta de penalización conforme la idea esbozada, teniendo en cuenta la habitualidad del maltrato en la pareja, aunque limitando la extensión del Derecho Penal que opera en la legislación comparada, abarcando acciones leves sólo en la medida en que la habitualidad y reiterancia de las mismas configure la violencia coactiva a la que nos hemos anteriormente referido.

CAPITULO V

LA PENA Y SUS ALTERNATIVAS EN VIOLENCIA DE GÉNERO

1.- Introducción

Que en la pena descansen todas las posibilidades de solución de la violencia de género es una idea contraria a los fines de la misma con relación al fenómeno, siendo las alternativas un medio idóneo de manifestación del poder estatal integrando al sistema penal la complejidad transversal y multidisciplinar que se requiere.

“Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir los hombres al punto mayor de felicidad o al menor de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de bienes y males de la vida [...]” (Beccaria, 1993, p. 20).¹⁵⁹

2.- Concepto y fines de la pena

2.1. Definiciones de la pena

Distinguiendo el concepto en un Derecho Penal del hecho y un Derecho Penal de autor, se sostiene en el primer caso que “la pena estatal es usualmente entendida como un mal, que se impone como compensación de una acción típica, antijurídica y amenazada con pena por ley y da expresión a la desvaloración pública del hecho”¹⁶⁰. Y en un Derecho Penal de autor “la pena se anuda inmediatamente a la peligrosidad del autor, la cual, en definitiva, para justificar la pena, debe ser reconducida a la culpabilidad como forma de vida. Lo decisivo aquí es el reproche de que el autor se ha convertido en una personalidad criminal”.¹⁶¹

Elegí una conceptualización que contenga la idea de hecho y de autor porque ambos aspectos representan la penalización de la violencia de género, ya sea formal o

¹⁵⁹ Díaz, O. H. (2016). Cit., 46.

¹⁶⁰ Lázaro, F. G. S. (2009). Cit. Cfr: BverfGE NJW, 2004, pp. 739, 744.

¹⁶¹ Lázaro, F. G. S. (2009). Cit. Cfr: Jescheck/Weigend, At, 5ª ed. 1996, p. 54 - Roxin, AT I, § 6 nm. 23: “Die Täterpersönlichkeit steht im Vordergrund, und die Tat dient nur zur Auslösung der Sanktion und zur Verhinderung unverhältnismäßiger Exzesse bei ihrer Anwendung”.

simbólica, donde se ha instaurado un debate que no tiene que ver mucho con las normas sino con entender al agresor como alguien realmente peligroso respecto al cual la única respuesta es la cárcel.

Por otra parte, se destaca en el concepto moderno de la pena una doble dimensión, una dimensión comunicativa o simbólica representada por lo que se quiere transmitir a la sociedad, en cuanto mensaje con contenido valorativo y con capacidad de influenciar las conciencias produciendo emociones o representaciones mentales, y una dimensión aflictiva representada por la imposición física de castigo.

Así, la pena ha sido definida como un mal simbólico comunicativo que se reprocha a una persona que ha cometido un delito, debiendo añadirse otro mal, representado por la afectación directa sobre bienes del sujeto, provocando un dolor físico, que se valida sólo en la medida necesaria de comunicación.

Pawlik plantea en su teoría de la pena la idea de que cada persona es acreedora de un derecho a ser tratada en un plano de igualdad, como un sujeto que construye su propia vida en libertad, y la tarea del derecho penal consiste en permitirlo, aunque esa libertad real no puede ser garantizada fácticamente sólo por medio de acciones directas del Estado, porque se caería en un estado policial, siendo necesaria la colaboración de las personas, quienes asumen el rol de ciudadano responsable del Derecho, en virtud del cual tienen un deber de cooperación con la comunidad jurídica a la que pertenecen, tendiente al mantenimiento de un estado de libertades. Cuando el ciudadano viola su obligación primaria de cooperación, el contenido de la obligación se transforma en una obligación secundaria de tolerancia de la pena.¹⁶²

Cada autor al definir lo que entiende por pena elabora una teoría para determinar su sentido, su fin, o justificación, por lo que las teorías sobre el fin de la pena revelan también el concepto dado por su creador.

Para Díez Ripolles resulta imposible legitimar la búsqueda de cualquier finalidad social a través del mecanismo de la pena si el uso de ella no ha sido fundamentado. A su vez, considera que en forma previa a la argumentación se deben admitir dos realidades sociales, por un lado la efectiva producción de graves lesiones o puestas en peligro de bienes y por el otro la existencia de ciudadanos a los que es posible responsabilizar por

¹⁶² Pérez Barberá, Gabriel, Lerman, Marcelo D. y Dias Leandro A. Introducción al pensamiento de Michael Pawlik. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/derecho-penal/documentos/depto-penal-gacetilla-004.pdf>

los daños causados, siendo el objetivo inmediato evitar daños o riesgos más graves a los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia y para el orden social básico.¹⁶³

La pena es necesaria para comunicar reproche, y para algunos autores, para restablecer la vigencia del ordenamiento jurídico, por lo que el dolor que provoca debería tener una justificación de utilidad. Debemos tener presente que el hecho delictivo significa algo para el autor en términos gananciales, y lo positivo que representa el ilícito en él debe ser compensado o superado por lo negativo.

El dolor penal sólo se justifica para restablecer un orden social y vínculos sanos, para que cada persona pueda desarrollarse en plenitud.

Así, el sentido y fin de la pena se entrecruzan en el debate entre la retribución y la prevención, el cual es muy complejo, por lo que mencionaré sintéticamente alguna de las teorías.

2.2. Teoría absoluta y relativa de la pena

Para quienes sostienen las teorías absolutas (representada inicialmente en Kant y Hegel) la pena constituye un fin en sí misma, y tiene un sentido puramente retributivo. El análisis es posterior al delito, compensando al autor conforme la culpabilidad respecto al mal causado en forma proporcional.

Se basan en premisas que implican "la existencia de verdades o valores absolutos anteriores al hombre", en virtud de los cuales la pena tiene por fin alcanzar la justicia o la afirmación de la vigencia del derecho.

Según los retribucionistas, la pena no puede perseguir otros fines, como la prevención del delito, toda vez que se vería afectada la "dignidad humana" al ser utilizado el hombre, como si fuese un animal, para orientar su comportamiento en sociedad a través de la pena. Asimismo, los partidarios de esta teoría no admiten la no ejecución de la pena o su ejecución parcial, entendiendo que son actos inconcebibles y totalmente contrarios a su teoría, ya que, por principio, dichos hechos se enfrentan con las exigencias irrenunciables de la justicia y el derecho.¹⁶⁴

Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del talió "ojo por ojo, diente por diente", más representada en la idea de Kant y su concepción valorativa

¹⁶³ Díez Ripollés, J. L. (2002). Cit., 71.

¹⁶⁴ Durán Migliardi, M. (2011). Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual. *Revista de filosofía*, 67, 123-144.

de la justicia. Hegel llega a un resultado parecido, interpretando el delito como la negación del derecho y a la pena como la negación de esta negación, que anula el delito, que de lo contrario tendría validez, llegando a un restablecimiento del derecho, la anulación del delito es retribución en cuanto es una lesión de la lesión. Materialmente, se distingue de Kant sobre todo en que el principio del talión, prácticamente irrealizable, el que sustituye por la idea de la equivalencia entre el delito y la pena, y en esta forma se ha impuesto la teoría de la retribución durante los siguientes ciento cincuenta años.¹⁶⁵

La posición opuesta a la teoría expuesta está representada por las teorías relativas que asignan a la pena una función previa a la comisión del ilícito, haciendo desistir al autor de cometerlo. Se dividen en teorías de la prevención especial y teorías de la prevención general.

Las primeras, ven el fin de la pena en la prevención general del delito, entendiendo que la misma provoca una intimidación respecto a todos los ciudadanos evitando que incurran en la comisión de ilícitos. Su principal representante fue Feuerbach, que consideraba la pena como una "coacción psicológica" que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos. Por otra parte, las teorías de la prevención especial ven el fin de la pena en apartar al delincuente de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección y educación, bien a través de su aseguramiento. Su principal representante fue Franz von Liszt, quien consideró al delincuente como el objeto central del derecho penal y a la pena como una institución que se dirige a su corrección o aseguramiento.¹⁶⁶

Las teorías de la prevención admiten formulaciones positivas y negativas. Así la teoría de prevención expuesta por Muñoz Conde es una teoría negativa que acude al miedo para impedir la comisión de delitos futuros por parte de los miembros de la sociedad, mientras que, en su formulación positiva, el fin de prevención se busca mediante la afirmación del derecho y el respeto al orden jurídico a través de la confianza en las instituciones. En cuanto a la prevención especial, el fin de resocialización sería parte de las teorías positivas y el aseguramiento o inocuización es el fin planteado en las teorías negativas.

2.3. La teoría mixta de la pena.

¹⁶⁵ Roxin, C. (1997). Derecho penal parte general: Fundamento. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Traducido por: Luzon Peña, D. Editorial Civitas, España, 81-82.

¹⁶⁶ Muñoz Conde, F. (2001). Cit., 70-71.

Entre las posiciones de las teorías antes expuestas, una postura intermedia es representada por las teorías de la unión, que sostienen la idea de retribución, pero a su vez le añaden fines preventivos. Estas teorías consideran la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente, o bien considerando la preminencia de unos sobre otros, configurándose así teorías unificadoras retributivas o preventivas.

Dentro de esta postura, Roxin distingue momentos en que la pena ejerce diversas finalidades, así la amenaza penal contenida en la norma que prohíbe la conducta cumple una función de prevención general, destinada a que los miembros de la comunidad se abstengan de realizarla. En segunda instancia, si a pesar de la intimidación que supone la ley el hecho es cometido, la pena asume un fin retributivo, y finalmente, durante su ejecución, la idea de prevención especial está representada por la reeducación y socialización del delincuente. Roxin critica a las teorías retribucionistas en tanto aquellas presuponen la necesidad de pena, pero no explica cuándo se tiene que penar.

La pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivo-especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivo-generales. Una concepción así no tiene en modo alguno un significado predominantemente teórico, sino que, aparte de lo ya expuesto, tiene también muchas e importantes consecuencias jurídicas.¹⁶⁷

2.4. El neo retribucionismo y las teorías modernas de la pena

A pesar de lograr adhesión en la doctrina, las críticas a la denominada prevención general positiva y al fracaso del ideal resocializador, han planteado la necesidad de revisar las teorías absolutas o retributivas de la pena, con el fin de reconducir sus posibilidades de aplicación, surgiendo teorías neo-retribucionistas que intentan sostener la idea de la pena como un mal, sin justificar una función o finalidad.

Para Pawlik la pena aparece como una reacción retributiva del Estado frente al autor que, mediante su hecho, ha lesionado su deber frente a la comunidad de cooperar a la conservación del estado del Derecho existente, en tanto estado de libertades.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Roxin, C. (1997). Cit., 103.

¹⁶⁸ Pérez Barberá, Gabriel, Lerman, Marcelo D. y Dias Leandro A. Cit.

A su vez, dentro de la teoría moderna de la pena, Jakobs incorporó la teoría retributiva en el sistema de referencia de una sociedad concebida como “comunicación normativa”, con la transformación simultánea de un individuo entendido naturalísticamente en una persona concebida como sujeto de normas de imputación.¹⁶⁹

En su visión retributivo-funcional el autor le asigna a la pena la misión de “comunicar” una reacción frente al delito para restablecer la norma como expectativa, para reafirmar la vigencia de ésta. Desde esta perspectiva, la pena se movería, al margen del mundo empírico, lejos de las concepciones psicologicistas de la prevención general positiva: ello, porque “la sanción no tiene una finalidad, sino que ella misma es la consecución de esa finalidad”. En efecto: si la norma es depositaria de una expectativa social, entonces la pena, al reafirmar la norma, produce un efecto “lógico” (no empírico) de integración social.¹⁷⁰

Si bien el planteo es principalmente retributivo, se advierte en el mismo una idea subyacente de prevención general positiva en términos de psicología social.

Las dos dimensiones aludidas de la pena estarían presente en la tesis de Jakobs, quien señala que la pena es coacción de diversas clases, “está la coacción en cuanto portadora de un significado, portadora de la respuesta al hecho: el hecho, como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad. En esta medida, tanto el hecho como la coacción penal son medios de interacción simbólica, y el autor es tomado en serio en cuanto persona; pues si fuera incompetente, no sería necesario contradecir su hecho. Sin embargo, la pena no sólo significa algo, sino que también produce físicamente algo: así, por ejemplo, el preso no puede cometer delitos fuera del centro penitenciario: una prevención especial segura durante el lapso efectivo de la pena privativa de libertad”. Añade el autor que el derecho tiene autorización para emplear coacción, expresando la idea que cuando una persona daña la vigencia de la norma mediante su conducta es llamada de modo coactivo a equilibrar el daño en la vigencia de la norma, lo que sucede mediante la pena, que

¹⁶⁹ Schünemann, B. (2008). Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. InDret, (2), 4.

¹⁷⁰ Silva Sánchez, J. M. (2006). Del Derecho abstracto al Derecho "real". InDret, (4).

mantiene la expectativa defraudada por el autor como válida, y a la conducta del autor como máxima que no puede ser norma.¹⁷¹

Shünemann, menciona en cita las palabras Jakobs “De la misma manera que el hecho modela definitivamente el mundo externo de las personas (y no sólo ‘significa’ algo), la reacción al hecho también debe modelar definitivamente, es decir, debe hacer de manera efectiva imposible la adhesión y, a través de la sustracción de medios de comportamiento corporal, confirmar con el autor lo materialmente adecuado a la norma como único modelo capaz de adhesión”.¹⁷² Agregando el autor que, igual en un contexto consecuencialista Jakobs mira a la “realidad social”, para prescindir en absoluto de una pena cuando “el peligro de una adhesión al contenido material del quebrantamiento de la norma no existe seriamente”, con lo que da a conocer que sin un fin preventivo tampoco puede haber una pena, y se repliega así, finalmente, en el refugio de la prevención general positiva.

Finalmente, en la Teoría de Jakobs se establece la diferencia entre ciudadanos y enemigos, comprendiendo en el trato de éstos últimos la necesidad preventiva de la pena, expresando el autor la idea de que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera, disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona, razón por la que se adopta una legislación de lucha contra individuos que en su actitud no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona por lo que para la eliminación de un peligro la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos, afirmando el autor “Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación”.¹⁷³

Comparto lo expuesto por aquel en cuanto “Un derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho Penal con fragmentos de regulaciones propias del derecho penal del enemigo”¹⁷⁴.

¹⁷¹ Jakobs, G., & Cancio Meliá, M. (2003). Derecho penal del enemigo. España. Civitas Ediciones, S. L. 23-24.

¹⁷² Schünemann, B. (2008). Cit. Cfr: Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 2ª edición, 1999, págs. 105 y 107.

¹⁷³ Jakobs, G., & Cancio Meliá, M. (2003). Cit., 38-41.

¹⁷⁴ Jakobs, G., & Cancio Meliá, M. (2003). Cit., 56.

Se le ha criticado al planteo que no explica por qué, para comunicar que la norma continúa siendo una expectativa vinculante, era necesario infligir dolor al autor del delito, entonces o se renunciaba a la concepción puramente comunicativa o se eliminaba su dolorosa realidad, lo que resulta una utopía.¹⁷⁵

La teoría de Jakobs de la pena es un interesante planteo científico desde la dogmática penal, aunque de compleja adecuación a una visión más social del Derecho desde una concepción político criminal.

Frente a la tesis de Jakobs se desarrolla una propuesta por Klaus Günther de abandonar la idea de que la pena es comunicación, que para él resulta contraintuitivo, señalando que cuando se mete a alguien a la cárcel no se habla con él, en tanto que el discurso fue precedente al emitirse el juicio de la culpabilidad, agregando que para la comunicación de que la norma continúa siendo pauta de conducta vinculante bastaría con la declaración verbal o con cualquier otro mecanismo expresivo carente de dimensión aflictiva. La respuesta del autor cuestionado es que, dado que el delito se proyecta también sobre el plano de lo físico la pena debía hacer lo mismo, el delito no sólo niega el derecho, sino que cambia el mundo y por tanto, la pena no sólo ha de reafirmar el derecho, sino también reconfigurar el mundo a través de la aflicción. El “dolor penal” sería pues, el soporte de la comunicación de reafirmación de la norma al igual que la lesión de bienes fue, en el delito, el soporte de la negación del derecho. Y -se supone- todo ello se debería a que el “individuo” es el soporte sensible de la persona de la comunicación racional.¹⁷⁶

Según Silva Sánchez, el Derecho Penal sigue teniendo fines de protección social a través de la prevención, el que se alcanza por mecanismos diversos, y en tanto el delito no se haya cometido la prevención opera fundamentalmente a través de la norma con pretensiones disuasivas, asentadas tanto en la intimidación derivada de la naturaleza penal de la norma, como en la comunicación del contenido de valor que incorpora la misma. Una vez cometido el delito, e independientemente del refuerzo de la intimidación inherente a la norma, es lo esencial restablecer el estado de paz social previo a tal comisión: a ello contribuye la pena como mecanismo contra fáctico de restablecimiento de la vigencia de la norma y descrédito de su vulneración; y también la medida, como vía de aseguramiento cognitivo¹⁷⁷. La tesis del autor contempla una doble dimensión de la

¹⁷⁵ Silva Sánchez, J. M. (2006). Cit.

¹⁷⁶ Sánchez, J. M. S. (2006). Del Derecho abstracto al Derecho "real". InDret, (4). Cit.

¹⁷⁷ Silva Sánchez J. M (1998). Perspectivas sobre la política criminal moderna. Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 207.

pena, un plano simbólico comunicativo (restablecimiento del derecho vulnerado) y un plano aflictivo, representado por el dolor penal, que representa el ámbito preventivo de la psicología social.

A mi modo de ver, lo valioso de este planteo es que constituyen una herramienta para arribar a la solución de problemas jurídico mediante sistematizaciones dogmáticas compatibles con una adecuada política-criminal.

Shünemann concluye en el interesante artículo citado que “La teoría neo-absoluta de la pena corta así, finalmente, la conexión con la sociedad contemporánea y sus necesidades de protección y conduce, de esa manera, al margen de todas las aporías conceptuales, a un callejón en el que no se ve ninguna salida” y como solución plantea volver a “las rocas duras de la prevención general amenazadora” preservando el principio de culpabilidad como principio de legitimación, núcleo justificado de la teoría absoluta, y se lo combine con el principio de prevención como condición de utilidad.¹⁷⁸

3.- Pena y política criminal

La violencia de género es un grave problema social, que afecta la autorrealización de la mujer y su desarrollo en comunidad, siendo esta realidad empírica objeto de la política criminal de la mayoría de los Estados en el mundo.

“La vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica”¹⁷⁹.

En esta visión del problema desde una orientación político criminal la pena cumple un papel más que relevante.

En el libro homenaje a Roxin, el Profesor Silva Sánchez sostiene “Comúnmente, la orientación político criminal se ha asociado al consecuencialismo, identificándose con una orientación del sistema del Derecho penal a las consecuencias empíricas de su aplicación (Folgenorientierung). De hecho, en la obra de Roxin se dan apuntes en este sentido al indicarse que la construcción del delito debe orientarse a los fines (sociales) de la pena (de prevención general y de prevención especial)”¹⁸⁰. Sin embargo, agrega el

¹⁷⁸ Schünemann, B. (2008). Cit.

¹⁷⁹ Roxin, C., & Conde, F. M. (2002). Política criminal y sistema del derecho penal. Hammurabi, 49.

¹⁸⁰ Silva Sánchez, J. (1997). Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin. J.M. Bosch Editor-Barcelona, 19.

autor que no se define en criterios exclusivamente consecuencialistas de prevención eficaz del delito, sino que en su concepto nos hallamos ante una política criminal valorativa, que integra las garantías formales y materiales del Derecho penal.

Avalo la idea que la política criminal debe comprender la realidad social, siendo a su vez limitadora del poder estatal y protectora del individuo a través de los principios básicos del ordenamiento jurídico.

En cita a Roxin, reza en la obra en análisis “Debe partirse de la tesis de que un sistema moderno del Derecho penal debe estar estructurado teleológicamente, esto es, asentarse sobre determinaciones valorativas de fines. Pues si la solución sistemáticamente correcta aparece como resultado de una valoración preestablecida, se garantiza de antemano la sintonía entre consecuencia sistemática y pretendida corrección material, cuya ausencia ha traído consigo tantas dificultades”¹⁸¹, “...el principio *nullum crimen sine lege* no tiene menos naturaleza de postulado político-criminal que el mandato de combatir eficazmente el delito”, “... la limitación jurídica de la violencia punitiva es también en sí misma una importante meta de la Política criminal del Estado de Derecho”.¹⁸²

Lo expuesto por el profesor español, traduce mi referencia a una intervención penal eficiente, frase con la que título este trabajo, llegando a ésta instancia de investigación con la convicción que la política criminal en la materia debe ser razonable, tipificando sólo aquellas conductas que representan un mayor desvalor de acción y que suponen una lesión y un grave peligro respecto a bienes fundamentales, y que la punición del estado, como violencia legitimada, no debe atentar contra los principios que rige su actuación, considerando a su vez, la posibilidad cierta de prevención, ante el daño del fenómeno respecto a la humanidad.

Imposible no citar textualmente la idea en palabras de Roxin, ante la impecable claridad con la que la trasmite su discurso. “Esta Política criminal plantea como objetivo del Derecho penal la creación de un sistema de reglas que facilite a los ciudadanos una convivencia protegida y el libre desarrollo de su personalidad. Las privaciones de libertad que no sean una condición indispensable para la coexistencia pacífica se tienen que suprimir. El carácter despreciable, en el sentido moral, de un comportamiento, no legitima por lo tanto la penalización, hasta que no vulnere los derechos de alguna persona y, en

¹⁸¹ Silva Sánchez, J. (1997) Cit., 22. Cfr. Roxin, AT, I, 2." ed., § 7, V, N.º marg. 51.

¹⁸² Silva Sánchez, J. (1997) Cit, 23. Cfr. Roxin, AT, /, 2." ed., § 7, V, N.º marg. 68.

consecuencia, perturbe la paz social. Solamente se debe emplear el Derecho penal, ya que se trata del medio de reacción jurídica más severo, cuando la paz social no se pueda restablecer con medidas menos incisivas. El Derecho penal es por lo tanto de carácter subsidiario. El sentido del Derecho penal tampoco debe residir en un principio irracional como la venganza, ya que ésta no cambia en nada el delito cometido. La función de la penalización solamente puede ser preventiva, es decir, que tiene la finalidad de prevenir futuros delitos y eliminar el conflicto social provocado por el acto”.¹⁸³

En cuanto a la vinculación entre la teoría de Jakobs y la política criminal podemos considerar que el cuestionamiento de la vigencia de la norma no siempre tiene causa en una concreta conducta antijurídica. Los citados textos normativos dan cuenta de que para ello basta una irracional sensibilización de la opinión pública. Y aun cuando tal disfunción no se resuelva mediante una contradicción contra fáctica a cargo de un concreto infractor, parece que urge una respuesta de la Ciencia del Derecho Penal.¹⁸⁴

Cualquiera sea la función de la pena que se adopte, no puede negarse de modo alguno que implica el ejercicio de una violencia legitimada del Estado y que produce diversos efectos.

Cuando hablamos de violencia hablamos de dolor, de daño, de pesar, y al mencionar la legitimidad nos referimos a un deber del Estado, respecto al derecho positivo y también basado en el valor de justicia.

A su vez, la pena produce inocuización, desactivando al delincuente, y no podemos obviar que mientras está en prisión aquel no comete delitos, o mejor dicho no los comete en sociedad.

Finalmente, la imposición de pena en su dimensión aflictiva también trae aparejada una intimidación, capaz de influir en el procesos motivacional del penado para futuros comportamientos, viendo en el sistema penal actual que esta intimidación es el único factor de resocialización aplicado hoy en la pena, en términos fácticos, es decir, se confía en que el delincuente se resocialice por el pesar de su dolor.

A su vez, el carácter simbólico de la pena promueve confianza social en el ordenamiento jurídico y la imposición de la pena en su dimensión aflictiva al delincuente, refuerza la amenaza condicional en otras personas ante la nota de seriedad y persistencia del castigo.

¹⁸³ Silva Sánchez, J. M. (1997) Cit, 37. Contestación, por Claus Roxin.

¹⁸⁴ Lázaro, F. G. S. (2009). Cit.

4.- Función real e ideal de la pena en el sistema penal actual

Tras analizar las teorías de la pena, los objetivos planteados por la política criminal, y los efectos que alcanza la punición, corresponde analizar los planteos argumentativos y su funcionamiento en la realidad social.

¿La pena realmente comunica? ¿Cumple sus fines? ¿Comunica lo esperado en una estructura analítica de dos dimensiones? ¿El autor es retribuido por el mal causado en proporción al quiebre que provoca en el ordenamiento jurídico o al daño que realiza? ¿Se produce una resociabilización tras una condena? ¿Se asegura la sociedad que al estar privado de libertad el condenado no cometerá más delito?

Ante las preguntas formuladas recordé una conversación familiar en torno a mi trabajo de investigación, en la que alguien expuso: “el problema es que entran por una puerta y salen por la otra”, frase tan conocida en la opinión pública respecto a la delincuencia en general, y que demuestra que, en definitiva, lo que la sociedad espera de la pena es inocuización, y ¿por qué?, simplemente porque la sociedad ve a todo delincuente como el enemigo de Jakobs, siendo anecdótico que en la charla familiar mencionada ante la respuesta consignada, pregunté qué pensarían si el denunciado por violencia de género era nieto, padre, hermano, o similar, y a partir de ahí opero una lógica distinta. El planteo respecto a la función de la pena es similar, en tanto sólo desde una mirada objetiva pueden alcanzarse soluciones racionales.

En cualquier persona se despierta rencor y sentimiento de repudio cuando enfrenta un testimonio de victimización, sobre todo en casos de violencia de género en que el relato de vida de la víctima es desolador.

En España se promovió una legislación penal interventora en materia de género a partir de un hecho aberrante, el fallecimiento de Ana Orantes, quien dio testimonio público en un programa de televisión, exteriorizando haber padecido años del más cruel sometimiento por parte de su pareja, y a los días perdió la vida en manos de su agresor. Su testimonio desgarrador, convirtió al autor de su muerte en un enemigo público, pero no sólo a él sino también a todo victimario en asimilable situación, reclamando la sociedad castigo.

El ciudadano, al conectar emocionalmente con la imagen de las víctimas que los medios de comunicación le proporcionan, puede verse fácilmente condicionado por el dilema “ofensor o víctima”, lo que provoca actitudes menos comprensivas con el agresor,

que deja de ser percibido como un miembro del propio grupo o comunidad, y ello a su vez hace olvidar el deber de intentar reintegrarle y de protegerle de una posible violencia estatal arbitraria.¹⁸⁵

La diferencia entre ciudadanos y enemigos de Jakobs tiene más relevancia de la que imaginamos, ya que la demagogia punitivista crea enemigos sociales y desvanece la idea del ciudadano del dogmático, no habría ciudadanos en la representación social del delito, representándose en términos simbólicos la función de la pena en el derecho penal del enemigo que plantea Jakobs, en tanto lucha contra individuos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima necesaria por lo que para la eliminación del peligro la punibilidad se adelanta al ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros.¹⁸⁶

5.- La pena en violencia de género

Por lo expuesto, el análisis que me propongo respecto a la función de la pena en violencia de género es concreto, valiéndome tanto de los planteos dogmáticos como de mi observación en la praxis judicial; y proyectivo hacia el ideal, el que no debe abandonarse en la búsqueda de soluciones, aunque parezcan utópicas. Es muy importante lo que está en juego como para conformarnos con lo que existe sin intentar algo más, aunque parezca inalcanzable.

Para ello, distinguiré en principio dos modelos de intervención en violencia de género, diferenciando un modelo en el que la propuesta político-criminal es el aumento de las penas y la calificación de los tipos básicos como sucede en nuestro sistema penal (con las salvedades que luego se expondrán), ello fundado en el mayor desvalor de la conducta o la mayor afectación de bienes jurídicos, y un modelo en el que se tipifica la violencia de género como delito autónomo, destinado a contemplar en cierta medida un delito de peligro que no necesariamente supone mayor gravedad como es el modelo español. Frente a tales modelos, propongo una alternativa intermedia, expuesta en el capítulo precedente, de una tipificación autónoma fundada en la mayor relevancia lesiva y de peligro que asumen ciertas conductas, en el que analizaré los fines ideales de la pena.

¹⁸⁵ Gil, A. G. (2016). Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena. InDret. 6.

¹⁸⁶ Jakobs, G., & Cancio Meliá, M. (2003). Cit., 38-41.

En el primer caso, la pena cumple una función retributiva, compensando la mayor culpabilidad del autor con mayor pena. ¿Es necesario en este caso atribuir una función preventiva a la sanción?, creo que no, en tanto no tiene razón de ser.

Pensando en el delito de femicidio, la amenaza de pena es a mí entender irrelevante para quien asume una conducta de tal magnitud que quiebra al ordenamiento jurídico y atenta contra la vigencia de un orden supremo. Considerando que en estos casos el autor asume el costo de su acción como justa retribución.

Ahora bien, hay en nuestro sistema, por lo menos en la práctica judicial de nuestra provincia, una variante a este modelo que lo acerca más al segundo caso aun sin una legislación penal específica, tal variante está representada por la consideración del contexto de violencia de género en la comisión de ilícitos, haciéndose referencia en la calificación del tipo al artículo 4 de la ley 26.485. Este hecho es más que significativo, y expresa la necesidad de una reforma legal, ya que introduce el fin de prevención de la Ley integral, acción riesgosa respecto al Estado de Derecho y el respeto por las garantías fundamentales, en tanto da lugar a la discrecionalidad del operador, ya que no sólo se mide el disvalor de acción sino el peligroso contexto en el que se desarrolló.

En virtud de lo expuesto, el análisis del modelo más intervencionista en materia de violencia de género es aplicable a nuestro sistema, que esconde una realidad no prevista en la norma jurídico penal.

Entrando a analizar modelos de mayor intervención como el español, en éstos la tipificación de la conducta tiene una finalidad clara, prevenir conductas lesivas graves a través del reproche de conductas lesivas leves, como primera manifestación de un ciclo de violencia.

En este caso, se asigna a la pena una prevención general en términos comunicativos fuertes, contrarrestando la comunicación del caso de Ana Orantes, haciendo saber que cualquier ciudadano puede ser plausible de una sanción penal; y una función preventiva especial de aseguramiento en virtud de la motivación que se pretende lograr respecto al autor para abstenerse de continuar su proceder delictivo. Sin embargo, en términos retributivos es muy probable que la sanción exceda la culpabilidad, ya que no todos los casos leves son posibles casos graves, y esa proyección imaginaria atribuye al hecho material mayor reproche del que le corresponde.

En lo que considero un tercer modelo, partiendo de la representación de lo que estimo debe ser objeto de intervención penal en materia de género, esto es, a mi entender

el ejercicio de violencia coactiva habitual en una relación de pareja o similar. El fin de la pena estaría representado por una justa retribución, adecuada a la culpabilidad del autor de un hecho delictivo grave, no por su proyección sino por su materialidad retrospectiva, que quiero decir con esto, intento mostrar que no estaríamos atribuyendo, como en el modelo español, responsabilidad por un hecho leve que puede ser grave, sino que se trata de un hecho cuya gravedad está en la consecución de hechos leves que conforman un poder de dominación que trasciende a cada suceso que lo materializa.

Por otro lado, apunto a una prevención general positiva racional, demostrando a la sociedad la vigencia de un ordenamiento jurídico respetuoso de las garantías que cualquiera puede necesitar estando sometido a un proceso, y protector de los bienes fundamentales afectados por fenómenos sumamente lesivos que preocupan a la sociedad. Sumando a una prevención positiva especial, en cuanto a las pretensiones de rehabilitación y resocialización del delincuente, principal fin de la pena que en este caso se debería buscar.

En primer término, el significado comunicativo de la norma debería asociarse a la realidad instrumental de la misma, y así la vigencia expresiva debe ser integradora de la propuesta político-criminal, ajena a las cargas de argumentación que imponen ‘grupos de presión’ que ejercen una influencia estratégica orientada a la imposición de sus intereses.

Al plantear los fines de la pena no podemos desconocer la realidad en la que esos fines operan, por lo que los efectos expresivos integradores deben desprenderse de injerencias de interés que afectan la comunicación pretendida a los fines político criminal. Así, la reivindicación de los derechos de la mujer no tienen nada que ver con la prevención del delito de maltrato en la pareja, y los mecanismos con los que podemos prevenir la desigualdad de género no tiene vinculación con la prevención que debe operar en el segundo supuesto objeto de penalización.

Respecto al punto, apunta Díez Ripollés que los “efectos socio-personales expresivo-integradores (...) carecen de legitimidad no por su naturaleza, sino porque no se acomodan a las decisiones político-criminales que fundamentan la pena (...). Ello sucederá si los mencionados efectos satisfacen objetivos que no son necesarios para mantener el orden social básico, si centran su incidencia sobre objetos personales que no son los decisivos en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, o si, finalmente, su contenido no guarda relación con las necesidades de control social a satisfacer con la reacción penal”. El autor, arguye respecto a otro delito (la clonación en España), no

obstante, hago extensiva la siguiente frase a la materia que nos interesa “la reacción penal no atiende a la prevención de comportamientos delictivos, esto es, a la evitación de daños o riesgos graves a los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia. En consecuencia, ignora el objetivo fundamentador de la intervención penal”.¹⁸⁷

Y agrega Lázaro en su artículo “La idoneidad de ciertas cláusulas jurídico-penales materiales para articular una tutela comunicativa anticipada de determinados bienes jurídicos, no esconde sus limitaciones frente a disfunciones preventivas como las que motivaron los anteriores procesos de reforma. Aquellos responden en buena medida, a un discurso público en el que confluyen diversas corrientes y grupos de intereses cuyas posiciones, muchas veces, muestran un importante contenido emocional”¹⁸⁸. Referencia que hago extensiva a la violencia de género a título personal, no siendo vinculado el tema por el autor.

No en todo fenómeno delictivo, según mi parecer, la pena tiene fines preventivos, pero en violencia de género, y particularmente en la necesaria intervención penal planteada, los fines preventivos de la pena son fundamentales, y la dimensión comunicativa del castigo tiene mayor relevancia práctica que la dimensión fáctica aflictiva, cuyos efectos son más nocivos que beneficiosos a los intereses y fines que se pretenden alcanzar, la resocialización.

Las penas por delitos de género son leves en un sentido cuantitativo, estando demostrado que el encierro en centros penitenciarios es perjudicial para el condenado y para la sociedad en tanto no es posible una resocialización en las condiciones que poseen las cárceles de nuestro país, y al pensar en prevención en términos especiales positivos debe considerarse el ámbito donde ello puede ser posible.

En efecto, la función de la pena en materia de género debería ser retributiva en la medida de culpabilidad por el hecho cometido, y preventiva general positiva mediante una determinación concreta del objeto de protección, y preventiva especial positiva, buscando la manera de alcanzar la resocialización.

Asimismo, debe evitarse retribución motivada en términos de criminalización política, y prevención negativa. Aspectos que agravan la problemática.

La identificación social con la víctima y la repulsión del agresor lleva a que la víctima se aleje del sistema, porque a la inversa de lo que opera en la sociedad, ésta no se

¹⁸⁷ Lázaro, F. G. S. (2009). Cit., 17.

¹⁸⁸ Lázaro, F. G. S. (2009). Cit., 19.

identifica con el requerimiento público, y cuando lo hace, se siente defraudada por el aparato estatal, porque la visión del agresor como enemigo sólo acaba con inocuización, y después de un tiempo en prisión, nada cambió, e incluso la estadía en un centro penitenciario aumentó la violencia del agresor.

6.- El derecho de la víctima al castigo del autor

Al exponer sobre la expansión del Derecho Penal, el profesor Silva Sánchez alude al fenómeno de identificación social con la víctima, considerando que ello conduce a entender la institución de la pena como mecanismo de ayuda a la víctima para superar el trauma generado por el delito, entendiendo que al ser la sociedad incapaz de evitarle a la víctima el trauma causado por el delito, tiene una deuda con la misma, consistente en el castigo del autor, considerando que la pena significa mucho para la víctima y al alcanzarla se manifiesta la solidaridad de la sociedad con ella, reintegrándola y excluyendo al agresor.¹⁸⁹

Se ha afianzado en la opinión pública la idea de que la víctima tiene derecho al castigo del autor, sin embargo, esta idea parece identificar a la víctima con el colectivo social, como si no fuese aquella quien efectivamente padeció la agresión sino las mujeres que buscan la reivindicación social de la igualdad, instrumentalizando a la damnificada real.

El derecho de la víctima y de la sociedad está más relacionado al restablecimiento de su dignidad y de los vínculos sociales puestos en cuestión por el delito que al castigo del autor.

Entre los autores que defienden el derecho al castigo podemos mencionar a Fletcher quien sostiene que, una vez consumado el delito, prolonga sus efectos generando una situación de dominación del autor sobre la víctima, o a K. Günther que instituye como decisivo la humillación y el dolor permanentes que el delito produce en la víctima. Para ellos, la función del castigo es restablecer la igualdad entre autor y víctima, rota por el delito. Según Reemtsma, ello sería perfectamente encuadrable en la teoría del restablecimiento de la vigencia de la norma como variante de la prevención general positiva: el interés de la víctima constituiría su lado subjetivo. Una cuestión abierta es la de si la resocialización, la anulación de la dominación o la compensación de la

¹⁸⁹ Silva Sánchez, J. M. (2011). Cit., 51. Cfr. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “caso Almonacid”, n° marg. 111.

humillación sufrida por la víctima requieren precisamente la exclusión e inflicción de daño al autor (la ejecución del castigo) y no meramente la declaración pública del reproche. Al respecto, no existe consenso: mientras que en el planteamiento de unos se resalta la suficiencia compensatoria de la declaración de culpabilidad, otros requieren el “dolor penal” (castigo efectivo), por entender que en nuestro marco social sólo éste expresa materialmente la idea que se quiere transmitir.¹⁹⁰

Quienes exigen el castigo efectivo del autor como elemento necesario de un Derecho penal orientado a la víctima sí pueden hablar abiertamente de un “derecho de la víctima al castigo del autor”. En efecto, están afirmando que el castigo efectivo se legitima, aunque no existan razones preventivas para imponerlo lo que, obviamente, haría decaer un propio “derecho del Estado” a imponerlo (un *ius puniendi* legítimo). El derecho de la víctima al castigo del autor sería, entonces, un derecho de la víctima frente al Estado, que redundaría en un deber de éste.¹⁹¹

La víctima en violencia de género asume una posición particular, no busca en la justicia una condena, sino que busca paz, y de hecho, si hay un motivo que la aleja del sistema penal es justamente el temor al castigo. Frecuentemente se escucha de las damnificadas de este fenómeno el rechazo al castigo, en general no quieren que el agresor vaya preso, tal expresión de voluntad tiene un sentido absolutamente desoído por la sociedad, como si fuese ésta la perjudicada de la acción ilícita, que en carácter de víctima asume el derecho a la pena del autor de un hecho que lesionó a otro.

En virtud de lo expuesto, creo que el derecho a la pena sólo puede traducirse en el fin de resocialización, y la anulación de la dominación, disminuyendo en la mayor medida posible la exclusión e inflicción de daño al autor, porque esto también se traduce en daño a la víctima. Imaginemos que el agresor sea por ejemplo el único sustento de la familia.

7.- El riesgo como fundamento de la prevención fáctica de la violencia de género

La prevención fáctica del delito se ha asociado al concepto de inocuización, término que no tiene significado según la Real Academia. Sin embargo, extendiendo la búsqueda hacia el término inocuo el mismo hace referencia al adjetivo de algo que no hace daño.¹⁹²

¹⁹⁰ Silva Sánchez, J. M. (2009). Cit., 53.

¹⁹¹ Silva Sánchez, J. M. S. (2009). Cit.

¹⁹² <https://dle.rae.es/inocuizaci%C3%B3n?m=form> / <https://dle.rae.es/inocuo?m=form>

La inocuización implica deshabilitar o neutralizar al delincuente, efecto alcanzado mediante su privación de libertad, mediante la imposición de medidas de seguridad, u otros procedimientos como por ejemplo las propuestas de castración química en abusadores sexuales.

Entre los factores que promueven la inocuización, el profesor Silva Sánchez señala el creciente desencanto de la intervención resocializadora del Estado, sumado a la elevadísima sensibilidad al riesgo y la obsesión por la seguridad que muestran amplios grupos sociales.¹⁹³

Y en violencia de género, es el riesgo existente respecto a la reiteración de conductas violentas del agresor respecto a la víctima, el factor fundamental en virtud del cual se promueve un discurso de prevención fáctica, por lo menos desde lo simbólico, ya que no es posible deshabilitar al agresor como podría hacerse con un autor de violencia sexual mediante una castración química, ni se lo podría mantener privado de libertad por un tiempo prolongado que exceda su culpabilidad, por lo que se promueve una privación de libertad aunque la misma sea por corto lapso, con todas las consecuencias negativas que ello provoca.

Así, la representación social de la violencia de género, demanda al Estado que la pena cumpla una función preventiva especial negativa, siendo el sistema consecuente con su electorado. Ello no sólo se traduce en el castigo ante un ilícito culpable sino que se extiende a etapas previas a la declaración de la culpabilidad, desde el momento en que el sistema toma contacto con el agresor.

Dentro de los costes ius fundamentales de toda intervención instrumental de aseguramiento normativo, se menciona el debilitamiento de las posiciones procesales.¹⁹⁴

Una muestra de ello está representada en nuestra provincia por la Ley 8869 que modifica el artículo 293 del Código Procesal Penal que regula la procedencia de la prisión preventiva, contemplando en el apartado 3 b) que procederá el dictado de la misma “en aquellos casos en que, encontrándose acreditado con elementos de convicción suficientes la existencia del hecho delictivo la probable participación punible del imputado y, pese a resultar procedente la imposición de una condena de ejecución condicional, la gravedad de las circunstancias, la naturaleza del hecho y las demás condiciones del imputado, torne indispensable la medida cautelar ...cuando la libertad del imputado sea inconveniente

¹⁹³ Silva Sánchez, J. M. (2001). El retorno de la inocuización. *Revista de derecho (Coquimbo. En línea)*, (8), 177-188.

¹⁹⁴ Lázaro, F. G. S. (2009). Cit.

para la seguridad de la víctima o testigos... Se entenderá que la seguridad de la víctima o testigo se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existieren antecedentes o indicios pertinentes que permitiesen presumir que realizará atentados en contra de aquellos, o en contra de sus familias o de sus bienes”. Es decir, en nuestra provincia el riesgo respecto a la víctima autoriza a un encerramiento cautelar aún en casos en los cuales la pena, una vez declarada la culpabilidad, pueda ser de ejecución condicional.

¿Cuál es el sentido, de que un agresor esté privado de libertad durante los meses que dure el proceso? Supongo que no asumir el riesgo de un reproche social por un femicidio antes de una condena, pudiendo dar una respuesta de efectividad, simbólica, a la sociedad. ¿Es la sociedad la que importa o la víctima en virtud de la cual se establece el castigo?

He entrevistado personalmente a víctimas aterrorizadas por la próxima libertad de su victimario ante el cumplimiento de una pena, con la convicción que la condena no brindó la solución. Como también he entrevistado a víctimas que lo único que quieren es que su pareja salga en libertad, asumiendo el costo respecto a su integridad, sintiéndose culpables por el mal infringido por el sistema penal, situación asimilable a uno de los ciclos de la misma violencia que se quiere condenar.

El Estado debe tutelar a la víctima y asumir el riesgo que representa su agresor, no por el costo que implica un mayor daño a los ojos de la sociedad, sino por la obligación de resguardo y protección que debe brindar a la damnificada real, evitando ante todo el contacto entre las partes, implementando los mecanismos necesarios para que ello pueda efectivizarse, como puede ser tobilleras o control policial permanente, y brindando contención y asistencia integral a fin de empoderarla y que pueda lograr una desvinculación real.

8.- La resocialización o rehabilitación ¿utopía o prioridad?

Puede advertirse de todo lo dicho que la violencia de género es un fenómeno particular, que requiere, en ciertas circunstancias, intervención penal protectora, reprochando al agresor por una conducta ilícita en la medida de su culpabilidad pero proyectando la actuación punitiva a detener la reiteración de la agresión en un círculo de violencia que a medida que se prolonga en el tiempo aumenta en gravedad y lesividad pudiendo alcanzar consecuencias fatales que toda sociedad pretende evitar, y si bien la

opinión pública puede ver como única solución el encierro definitivo del agresor, ello sería despótico e ilegal.

El hecho delictivo en este caso asume un tinte particular que lo diferencia de la criminalidad en general por varios factores, primero porque la acción del agresor representan fuertes estereotipos patriarcales fruto de construcciones socio culturales sostenidas a lo largo de la historia, segundo porque estamos ante un fenómeno psicológico que determina una modalidad vincular asimétrica que se proyecta en el tiempo, y tercero porque a la víctima y al victimario los une mucho más que una conducta ilícita, existiendo intereses que trascienden del proceso penal, triste realidad, pero realidad al fin que se debe aceptar.

Asimismo, se ha sostenido que los agresores domésticos presentan un alto riesgo de repetición de la conducta violenta con una nueva pareja, y también es sabido que al menos un tercio de las mujeres víctimas de violencia doméstica que buscan ayuda o interponen denuncias continúan conviviendo con el agresor a pesar de todo, por lo que sin el tratamiento adecuado, el uso de la violencia queda consolidado en el repertorio conductual del sujeto como una conducta que ha mostrado tener ciertos beneficios, entre ellos, la sumisión de la mujer y la sensación de poder.¹⁹⁵

En efecto, todo lo dicho nos lleva a sostener que nada es más beneficioso que la resocialización del delincuente, tanto para él como para la víctima y la sociedad, y sobre todo para la legitimidad del sistema penal.

Si la intervención penal además de la retribución justa, que en delitos leves es escasa, pudiera alcanzar que el agresor no reincida en su accionar, el sistema habría brindado la solución a uno de los problemas más agobiantes de nuestra época.

El objetivo es fomentar intervenciones encaminadas a la resocialización, mediante la alteración de pautas de comportamiento ligadas a causas socio personales relevantes para prevenir futuros delitos de igual naturaleza.

En el año 2009 se realizó un proyecto, que cito de ejemplo, con un grupo de 28 sujetos que recibieron tratamiento por la comisión de delitos de violencia doméstica en el Centro Penitenciario Quatre Camins de Barcelona. Se hace mención en el trabajo que los programas de éste tipo tienen por objetivo mejorar las competencias de los sujetos y reducir las carencias personales vinculadas al delito, señalando que los maltratadores

¹⁹⁵ Martínez García, M., & Pérez Ramírez, M. (2009). Evaluación criminológica y psicológica de los agresores domésticos.

presentan, entre las principales carencias psicológicas, distorsiones cognitivas, dificultades de comunicación, irritabilidad y una gran falta de control de los impulsos, por lo que en las intervenciones se trabaja la aceptación de la propia responsabilidad, empatía y expresión de emociones, reestructuración cognitiva de creencias erróneas sobre las mujeres, el control de emociones, el desarrollo de habilidades sociales y de comunicación y la prevención de recaídas, desde un programa cognitivo conductual con dos variantes, una versión reducida de cuatro meses y otra de nueve meses.¹⁹⁶

La investigación citada en forma precedente concluyó con algunas afirmaciones y recomendaciones, entre ellas, se sostuvo que el tratamiento funcionó en el control de los impulsos de los internos en relación con la ira y la impulsividad, señalando que dada la duración corta de la mayoría de las intervenciones era necesario que el tratamiento se aplique de forma intensiva, con rigor y una frecuencia continua que permita que se produzcan los cambios en los sujetos, como así también por profesionales formados en la problemática y una buena motivación. Según indicaron, parecería más eficiente destinar recursos para dotar a las personas de habilidades y herramientas para gestionar sus impulsos que pretender incidir en estructuras de pensamiento más profundas que, con el tiempo disponible, acaban siendo objetivos de tratamiento poco realistas. También se destaca la necesaria motivación del interno para el cambio, por lo que parte fundamental del programa está destinado a ello y crear conciencia en el de que tiene un problema que comporta una serie de efectos perjudiciales tanto para él como para su pareja, ex pareja o futura pareja. Por último, surge del mismo la falta de relación entre el contexto penitenciario y la vida en la comunidad donde el interno aplicará los conocimientos aprendidos, considerando conveniente hacer un seguimiento de su problemática una vez en libertad.

Por otra parte, se destaca al finalizar la importancia de la prevención de la violencia doméstica, en tanto hay estudios que demuestran que existen factores de riesgo concretos que pueden predecir un incremento en la gravedad de la violencia doméstica o, incluso, un intento de homicidio del agresor hacia su pareja.

Sostienen los autores que el paso de los agresores domésticos por prisión debería suponer una mejora en los déficits de estas personas para que su reinserción en la sociedad se haga con garantías para las víctimas y comporte un cambio positivo para ellos, por lo que el tratamiento psicológico con estas personas es necesario. Yo creo que fundamental.

¹⁹⁶ Martínez García, M., & Pérez Ramírez, M. (2009). Cit.

Otra investigación llevada a cabo en España en 2010, por el Instituto de Ciencias Forenses y de la Seguridad, en el marco de la evaluación nacional del programa “Violencia de género: Programa de Intervención para Agresores” concluyó en el 2012 el informe titulado “Evaluación del programa Violencia de Género: programa de intervención para agresores, en medidas alternativas”¹⁹⁷ donde se avala la eficacia terapéutica del mismo con una medida alternativa en la comunidad, señalándose que tras finalizar el programa los usuarios manifiestan menos actitudes sexistas, menos celos, menos abuso emocional sobre la pareja, menos conflictos de pareja, una mayor calidad en la relación de pareja, una mejor asunción de la responsabilidad de los hechos delictivos cometidos, más empatía en general, menos impulsividad, menos hostilidad, menos ira y un mejor control y expresión de ésta, demostrando el programa de tratamiento incidir en las variables relacionadas con la génesis de la violencia sobre la pareja. Además, se analizó la tasa de reincidencia y sólo el 4,6% de los usuarios que finalizaron el tratamiento volvieron a reincidir, resultados que permitieron concluir que el programa había generado un cambio terapéutico positivo. A pesar de estos buenos resultados, el periodo de seguimiento era corto (entre seis meses y un año), haciéndose necesario ampliar el tiempo promoviéndose la segunda fase de dicho estudio, analizándose los resultados de la tasa de reincidencia tras un periodo de seguimiento de cinco años, comprobándose que el 6,8% de los agresores de pareja reinciden tras el tratamiento.

Asimismo, este último estudio en análisis no sólo evaluó la reincidencia, sino también destaca comparaciones entre los sujetos reincidentes y los no reincidentes, antes y después de la intervención. Después de reincidir, se observó en éstos un mayor porcentaje de sujetos que han sido víctimas de maltrato físico, sexual o psicológico en su infancia, tienen mayor número de hijos con la pareja víctima, y las diferencias más claras proceden del delito de violencia de género que motivó su condena, siendo los reincidentes los que cometieron mayor proporción de delitos más graves. Asimismo, antes del tratamiento sí se encontraron diferencias significativas entre los que luego reincidieron y los que no lo hicieron, en el sentido de que los primeros presentaban una mayor agresividad física, menos deseabilidad social, menos empatía y un menor control interno y externo de la ira antes de la intervención psicológica. Concluyendo que los resultados obtenidos parecían indicar que el programa de tratamiento fue eficaz produciendo

¹⁹⁷ Pérez, Ramírez M., Giménez-Salinas, A., & De Juan, M. (2012). Evaluación del programa “Violencia de Género: programa de intervención para agresores”, en medidas alternativas. Madrid: Ministerio del Interior, 56. Extraído de <http://www.institucionpenitenciaria.es>.

cambios en la mayoría de los sujetos que reciben la intervención (93,2% no reincidieron al cabo de 5 años), pero que había un pequeño grupo de individuos que son resistentes al cambio terapéutico y al final acaban reincidiendo (6,8%)¹⁹⁸.

En definitiva, la resociabilización no es una utopía, es una prioridad.

9.- Compromiso internacional de enjuiciamiento y castigo

9.1. La lucha universal contra la impunidad

En general, la comunidad internacional promueve una lucha contra la impunidad, entendiendo el Tribunal Internacional por impunidad la “falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de derechos protegidos por el Derecho internacional de los derechos humanos”. Al hablar de lucha contra la impunidad no se alude sólo al Derecho penal de excepción para afrontar una criminalidad excepcional, sino que su alcance acaba siendo muy superior, comprendiendo también delitos propios de la criminalidad estatal, siendo aplicables en definitiva a delitos graves de los ordenamientos internos.¹⁹⁹

Al fundar esta obligación internacional que se impone a los Estados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos alude a un “derecho de las víctimas a la justicia” el que se asocia a derechos bien distintos, como el derecho a la verdad, al proceso, y al castigo.

Analizando estos derechos, el profesor Silva señala que si bien las víctimas y sus familiares tienen derecho al conocimiento de la verdad, lo problemático es sostener que dicho derecho puede y debe satisfacerse a través del proceso penal, cuando la reconstrucción procesal del hecho histórico no pretende declarar la verdad de lo acontecido, sino sentar las bases para una atribución de responsabilidad. Algo distinto sucede con el derecho a la justicia, según el autor, el que puede traducirse como un derecho al proceso, porque es en el mismo donde se satisfacen las pretensiones de justicia, y se declara objetiva y públicamente el reproche mediante el cual se constituye al afectado por su acción en “víctima”, restableciéndose su dignidad e igualdad.²⁰⁰

Respecto al derecho al castigo, en el sentido de inflicción de daño, refiere el autor “Por lo que parece, se trata del especial valor expresivo que el padecimiento de dolor por

¹⁹⁸ Pérez Ramírez, M., De Juan Espinosa, M., & Gimenez-Salinas Framis, A. (2018). Reincidencia de los agresores de pareja en Penas y Medidas Alternativas.

¹⁹⁹ Silva Sánchez, J. M. (2009). Cit., 38.

²⁰⁰ Silva Sánchez, J. M. (2009). Cit.

parte del autor puede tener para el restablecimiento de la posición originaria de la víctima en casos de violaciones de derechos humanos. Sin embargo, resulta difícil no advertir en ello la pretensión de racionalizar (o encubrir) el puro deseo de venganza”.

9.2. Legitimidad de un Derecho penal internacional en el Derecho interno

Según se desprende de los párrafos precedentes, hay un enfoque claramente punitivista desde la órbita de protección de los Derechos humanos en el ámbito internacional con una fundamentación de la pena en términos retributivos con especial referencia al derecho de la víctima al castigo del autor, al que anteriormente nos referimos.

Sin embargo, según sostiene el autor citado de la explicación de la pena como confirmación de la norma no se puede deducir que “la falta de punición de una infracción a los derechos humanos es de por sí un ataque a los derechos humanos”, no parece que pueda declararse de modo general la ilicitud de cualquier disposición exoneratoria de responsabilidad del autor de un injusto culpable.

Sostiene Jakobs, en lo que se refiere a la vigencia global de los derechos humanos, que no puede afirmarse que exista un estado real de vigencia del Derecho, sino tan sólo de un postulado de realización, que puede estar perfectamente fundamentado, pero ello no implica que esté realizado. Y para agregar precisión expresa que no se trata de mantener el estado comunitario legal porque la situación previa a su creación es el estado de naturaleza, y en éste no hay personalidad asegurada, por ello, frente a los autores de vulneraciones de los derechos humanos, quienes por su parte tampoco ofrecen una seguridad suficiente de ser personas, de por sí está permitido todo lo que sea necesario para asegurar el ámbito comunitario-legal, y esto es de hecho lo que sucede, conduciendo primero una guerra, no enviando como primer paso a la policía para ejecutar una orden de detención. Ahora bien, una vez que se tiene al infractor, se cambia al Código penal y al Código de procedimiento penal, como si se tratara de un homicidio por despecho o de conflictos ciudadanos parciales de estas características. Por lo tanto, se declara al autor persona para poder mantener la ficción de la vigencia universal de los derechos humanos.” La punición internacional o nacional de vulneraciones de los derechos humanos después de un cambio político muestra rasgos propios del Derecho penal del enemigo sin ser sólo por ello ilegítima.²⁰¹

²⁰¹ Jakobs, G., & Cancio Meliá, M. (2003). Cit., 349

El planteo del autor se vincula a la idea del ciudadano miembro de una determinada sociedad como destinatario de la norma, y en consecuencia, sujeto al castigo por afectar su vigencia.

“Las emociones, la inculpación y el castigo explican el modo en el que nos tratamos en las comunidades en las que vivimos”. Siendo ésta, la comunidad política en la que los agentes nos encontramos relacionados y vinculados con las normas que elegimos establecer y construir, donde compartimos intereses y preocupaciones, en la que la democracia juega un rol importante para fortalecer este vínculo político, porque nos garantiza la posibilidad de participar y de decidir sobre aquello importante para nosotros. Parte de estas obligaciones se traslada al modo en el que nos responsabilizamos, no como agentes morales, sino como ciudadanos.²⁰²

¿Subsiste la idea de ciudadanía en el mundo globalizado actual? Estimo que sí, y que es el Estado actual el que en representación de sus ciudadanos debe proteger sus derechos fundamentales, y tendrá la convicción de no poder ser juzgado internacionalmente si hizo las cosas bien.

Diego García-Sayán, quien fue Presidente de la Corte Interamericana, señaló que los estándares jurídicos derivados del derecho internacional no tienen sentido alguno sin una contraparte estatal que los aplique y sea respetuosa de ellos, ya que “son los referentes nacionales los inmediatos que tiene la población y son esas las estructuras institucionales y sociales capaces de impulsar o revertir los logros que se pueden alcanzar en materia de derechos humanos”.²⁰³

9.3. La interpretación de los tratados en la jurisdicción interna

Claramente, existe una irrupción de la legislación supranacional en la esfera del derecho penal, manifestándose exigencias y principios de carácter transnacional que han influido en las tendencias de la política criminal que ya no están limitadas por las fronteras nacionales.²⁰⁴

Prueba de ello, podríamos citar numerosas expresiones vertidas en resoluciones de tribunales de nuestro país, expongo a modo ejemplificativo lo resuelto por el Tribunal

²⁰² Beade, G. A. (2018). Emociones reactivas, inculpación y castigo. ¿También en el derecho penal internacional? Anuario mexicano de derecho internacional, 18, 555-578.

²⁰³ Vera, O. P. (2012). La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates. Revista Jurídica de la universidad de Palermo, 13(1), 46.

²⁰⁴ Militello, V. (2006). Modernas Tendencias de Política Criminal y Transformación del sistema penal. En Silva Sánchez, J. M. (2011). Cit., 273.

Superior de Río Negro en el caso “G., J. N. s/ Incidente de Suspensión de Juicio a Prueba s/ Casación” donde se exterioriza la adopción de una Teoría contra la impunidad, en el cual se resuelve sobre la declaración de admisibilidad de un recurso presentado por la Defensa del imputado a quien se le había negado la posibilidad de suspender el proceso a prueba, en el mismo, el Tribunal Superior provincial resuelve “declarar mal concedido el recurso de casación interpuesto por el defensor y confirma la sentencia del a quo, citando a la Corte IDH en cuanto ha afirmado que la “ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir”. Ello, según sostuvo la Corte, “favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia” (caso “González y otras Campo Algodonero c. México”, sentencia del 16/11/09, párr. 388 y 400; conf. STJ Río Negro S2 Se. 95/13).²⁰⁵

“El jurista aquí no sólo ya no desconfía del poder penal internacional: lo reclama con desesperación. El jurista aquí ya no limita al poder, sino que fuerza interpretaciones, acepta imperfecciones en pos del éxito de la persecución, propone nuevas alternativas para hacer cada día más eficiente a un poder penal que reconoce su razón de ser fundamental, no ya en la defensa del imputado, sino en el combate a la impunidad, incluso si aceptamos todas las imperfecciones de un juzgamiento internacional de los crímenes contra la humanidad (...), es evidente que este juzgamiento imperfecto desde afuera es preferible a la impunidad.”²⁰⁶

9.4. La responsabilidad internacional de los Estados y los fundamentos de reproche

A pesar del tinte punitivista de la legislación internacional y de su acogida en el ámbito nacional, considero que las afirmaciones contenidas en la normativa internacional son declaraciones de derecho que imponen el deber a los Estado de actuar en forma

²⁰⁵ Spaccarotella, S. D. (2019). La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará”: La aplicación real y efectiva en el ámbito judicial argentino. *Lex-Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 16(21), 53-78.

²⁰⁶ Otero, JM. (2006). Notas sobre "El poder penal internacional Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma" de Daniel R. Pastor. *Atelier libros jurídicos*, Barcelona, w elDial.com - CC58B. Cfr. Rivera López, Eduardo, “Comentario sobre Jaime” en Malamud Goti, Jaime, *Los Dilemas morales de la justicia internacional*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2003. Pág. 84.

correcta, no les impone un resultado, sino un deber de actuación, por lo que al referirse a la condena de ciertos hechos, como puede ser la violencia de género, se refieren a desaprobársela en acción, a su vez la sanción que se le exige al Estado, entiendo que no necesariamente debe ser mediante el sistema penal, y en él, la acción demandada sólo ser la de “enjuiciar”. “Al crimen se lo evita con una estructura económico-social que brinde las redes de protección necesarias para que las personas puedan convivir adecuadamente en un ambiente de paz, seguridad, progreso y prosperidad²⁰⁷”.

El análisis expuesto no es caprichoso, sino que se desprende de la compulsión de la jurisprudencia internacional.

En la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “González y otras Campo Algodonero c. México”, se le reprocha al Estado de México que a pesar de los recursos interpuestos por los familiares de las víctimas, no se investigó ni se sancionó a los responsables, declarando que “El Estado incumplió con su deber de investigar -y con ello su deber de garantizar- los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, (...) Por los mismos motivos, el Estado violó los derechos de acceso a la justicia y protección judicial (...)-El Estado violó el deber de no discriminación”, agregando la violación de otros derechos reconocidos como los derechos del niño, los derechos a la integridad personal.²⁰⁸

En el caso mencionado, fueron demandantes los familiares de tres víctimas de 20, 17 y 15 años, quienes salieron de su casa en momentos diferentes, entre octubre y noviembre de 2001, y no regresaron siendo encontrados sus cuerpos días o semanas más tarde en un campo algodonero con signos de violencia sexual y demás maltratos. La Corte Interamericana supo que, en los días entre sus desapariciones y el hallazgo de sus cuerpos, sus familiares acudieron a las autoridades en busca de respuestas, pero se encontraron con juicios de valor respecto al comportamiento de las víctimas y con ninguna acción concreta destinada a encontrarlas con vida aparte de la recepción de declaraciones. En el caso la Corte constató inacción, estereotipos de género en virtud de los cuales se subestimó prejuiciosa de las víctimas, realizando la autoridad explícitos mensajes en tal sentido, a su vez a pesar de ocho casos donde se hallaron las víctimas en la misma zona no se realizó una línea de investigación que las vinculara en forma sistemática.²⁰⁹

²⁰⁷ Otero, JM. (2006). Cit.

²⁰⁸ https://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=347&lang=es

²⁰⁹ Vera, O. P. (2012). Cit., 20-21.

A su vez, de algunos fallos mencionados por Graciela Medina en su obra se desprende que las condenas de la Corte Europea y de la Corte Internacional de Derechos Humanos se fundan en la inacción de los Estados en la protección de derechos o garantías, o en acciones claramente atentatorias contra los Derechos universales, siendo evidente las violaciones en que incurren los condenados en dichos casos.

En tal sentido, la Corte Europea ha condenado a la República de Eslovaquia por un caso donde la policía ayudó a una víctima a retirar la denuncia acompañada por su marido (*Kontrová c/ Slovaquie*); al gobierno Búlgaro en un caso donde la policía advirtió a la víctima que podía ser procesada por secuestro de su hijo cuando estuvo en un refugio de mujeres ante la agresión de su marido, luego, sus demandas para obtener la custodia de su hijo no fueron tratadas prioritariamente y un año más tarde cuando fue nuevamente golpeada, las denuncias fueron rechazadas porque se trataba de “asunto privado” (*Bevacqua y S. c/ Bulgarie*); el Estado de Croacia fue condenado tras el homicidio de una mujer y su hijo por quien era su marido y padre, quien tras ser condenado por amenazas de muerte, se quitó la vida al recuperar la libertad, el reproche fue que se le había impuesto al agresor un tratamiento psiquiátrico pero al momento de la liberación el tribunal de apelaciones ordenó su cese, por lo que el gobierno no probó que el marido haya seguido dicho tratamiento ni que haya sido examinado por un psiquiatra tras su liberación (*Brancko Tomasic et autres c/ Croatie*). En *Opuz c/ Turquie* la Corte Europea consideró que Turquía falló en ejecutar y aplicar de manera efectiva un dispositivo apropiado para reprimir la violencia doméstica y proteger las víctimas, afirmando que las autoridades no habían aplicado los recursos y medidas de protección que tenían y pusieron fin a los procesos bajo el pretexto de que se trataba de un “asunto de familia” sin saber por qué fueron retiradas las demandas”.

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Perú fue condenado por el “Operativo Mudanza” llevado a cabo en el penal Castro Castro, donde 1500 efectivos (entre personal policial y de las fuerzas armadas) atacaron a 135 mujeres con la utilización de armas pesadas y luego usaron un gas de fósforo blanco contra las prisioneras del pabellón 1A (donde se alojaban mujeres pertenecientes a la agrupación Sendero Luminoso a la que se le atribuían delitos de terrorismo), el hecho, que fue realizado durante la semana del día de la madre y en día de visitas presenciado así por familiares, dejó un saldo de 42 personas muertas, y las sobrevivientes fueron obligadas a permanecer a la intemperie boca abajo. Asimismo, las mujeres heridas fueron

trasladadas en camiones una encima de la otra y fueron violadas en el centro asistencial por personas encapuchadas, tras tales hechos, continuaron ejecutándose torturas en los centros penitenciarios donde las sobrevivientes fueron trasladadas, dos de las cuales perdieron el uso de la razón como consecuencia de las brutalidades mencionadas, entre las consideraciones de la sentencia se destaca el trato desigual de Perú en su combate a grupos terroristas respecto a hombres y mujeres, entendiendo a éstas como portadoras “simbólicas” de una identidad y las productoras de las futuras generaciones de la comunidad (Penal Miguel Castro Castro vs. Perú). En otro caso, la CIDH condenó a Chile por una resolución de la Corte Suprema de ese país que confirmó una resolución precedente en virtud de la cual se habían determinado lícitos los actos de un director de un establecimiento que no le había renovado la matrícula a una alumna por estar embarazada, previo hostilizarla hasta el punto de haberla expulsado de un examen por presentarse con siete meses de embarazo. Finalmente, en el caso de “María da Penha Maia Fernández c/ Brasil”, se planteó el patrón de impunidad de Brasil respecto a casos de violencia de género, se cuestionaba específicamente que el país no había cumplido con un proceso justo en un plazo razonable, el hecho, de extrema gravedad, ocurrió en 1983, y en 1997 el caso todavía no se había resuelto permaneciendo el sospechado en libertad, ordenando la Corte completar el procesamiento penal, llevar una investigación seria, imparcial y exhaustiva para determinar responsabilidades de las irregularidades y el retardo injustificado, adoptar acciones civiles contra el responsable para que la víctima tenga reparación simbólica y material.²¹⁰

Como adelanté, las violaciones de los derechos de las mujeres en estos casos son evidentes y la inacción o acción lesiva de los Estados también.

Por lo compulsado, no advierto que un Estado que actúa conforme a su ordenamiento y que justifica legalmente su proceder haya sido condenado, ni considero que pueda reprochársele no condenar penalmente si ello tiene un fundamento basado en su política criminal.

En igual sentido, Parra Vera, abogado senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que lo que se ha buscado es un equilibrio entre la flexibilidad necesaria para una persecución penal idónea que procure impacto y éxito en su conjunto, al mismo tiempo que se intenta evitar criterios muy amplios que anulen la vigencia del principio de seguridad jurídica. Añadiendo, “lo que hace la Corte

²¹⁰ Medina, G., Magaña, I. G., & Yuba, G. (2013). Cit., 643-665.

Interamericana es exigir la mayor debida diligencia en la investigación de ciertos hechos, lo cual puede resultar poco compatible con la aplicación de un principio de oportunidad en estas materias. En este sentido, la selección/ priorización de investigación de delitos a nivel interno o la aplicación de un principio de oportunidad exigen el análisis más estricto para determinar si, materialmente, se genera algún tipo de obstáculo para la debida diligencia en la investigación de la estructura criminal asociada a la comisión de graves violaciones de derechos humanos. Cierta tipo de faltas en la debida diligencia para adelantar las investigaciones de los crímenes de sistema pueden estar asociadas a la posibilidad de un indulto o una amnistía encubiertos”.²¹¹

Admitiendo el autor mencionado, al finalizar su artículo, que los casos llegan ante la Corte Interamericana porque decisiones e instituciones internas, particularmente judiciales, no han sido efectivas para restablecer el imperio del derecho.

10.- Alternativas a la pena.

La pena es violencia institucionalizada, por lo que no debemos olvidar los fines que determinan su razón de ser, y si dichos fines pueden alcanzarse por medios menos dolorosos, bienvenidos sean.

Un ideal de ordenamiento punitivo, para su realización, debe pasar, inexcusablemente, por la institucionalización generalizada de figuras alternativas a su sanción más opresiva y dolorosa; esto es, la privación de libertad.²¹²

Entre estos institutos podemos mencionar la suspensión del procedimiento a prueba y la ejecución condicional de la pena, que supone una pena impuesta no ejecutada. Esto implicaría que la pena en su dimensión simbólica tiene lugar renunciando a la pena en sentido fáctico aflictivo.

La diferencia entre ambos institutos es que en el caso de la suspensión del procedimiento a prueba no hay declaración de culpabilidad, sino que el imputado se somete voluntariamente a un periodo de prueba pudiendo alcanzar la extinción de la acción y una sentencia de sobreseimiento, mientras que en el segundo caso hay una condena de culpabilidad y sólo se dispensa al agresor de cumplir la pena en prisión.

En la temática de violencia de género, la suspensión del juicio a prueba ha dado lugar a un importante debate casi concluido por la decisión de la Corte Suprema de

²¹¹ Vera, O. P. (2012). Cit., 18.

²¹² Mulas, N. S. (2000). Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana (Doctoral dissertation, Universidad de Salamanca).

Justicia de resolverlo en sentido prohibitivo. Por ello, la medida alternativa mayormente utilizada es la condena de ejecución condicional, la cual no difiere en su instrumentalización con la anterior pero sí supone un mayor grado de estigmatización del delincuente, injustificado en casos de menor gravedad, en los que aquel se ve perjudicado en el ámbito social con un consecuente perjuicio, que también puede afectar a la damnificada y su grupo familiar.

Comparto lo dicho por Gustavo Vitale en la introducción de su obra, en cuanto afirma luchar por la defensa y el fortalecimiento de la operatividad de todas aquellas medidas estatales que suplanten al proceso penal tradicional (y a la eventual condena condicional o imposición de una pena carcelaria efectiva de corta o mediana duración) en busca de mayores niveles de lucha preventiva, más eficaz que la punición, frente a fenómenos particulares de violencia.²¹³

11.- Suspensión del procedimiento a prueba

11.1. Concepto

“La suspensión del procedimiento a prueba es un instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal a favor de un sujeto imputado por la comisión de un ilícito, quien se somete, durante un plazo, a una prueba en la cual deberá cumplir satisfactoriamente con ciertas y determinadas obligaciones legales e instrucciones que le imparta el tribunal para el caso concreto, a cuyo término se declara extinguida la acción penal, sin consecuencias jurídico-penales posteriores. Si se transgrede o cumple insatisfactoriamente la prueba, el tribunal, previa audiencia en la que interviene el imputado, tiene la facultad de revocar la medida y retornar la persecución penal contra él”²¹⁴.

La metodología de la suspensión del juicio a prueba en nuestro sistema penal se dispone a evitar la imposición de la pena paralizando el proceso por un determinado periodo de prueba, transcurrido el cual la acción penal se extingue.

Se realiza una ponderación de casos penales a los cuales es posible dar una respuesta no punitiva a fin de lograr un efecto resocializante fuera del ámbito de la justicia penal.

Es una renuncia del Estado a la potestad represora.

²¹³ Juliano, Mario A. – Vitale, Gustavo L (2015). Suspensión del proceso a prueba para delitos de género. Argentina, Ed. Hammurabi, 1º edición, 15.

²¹⁴ Marino, E. (1993). Suspensión del Proceso a Prueba. en AA.VV. Buenos Aires: del Puerto, 29.

11.2. Receptación legislativa

Este instituto fue incorporado mediante La Ley 24.316, que fue sancionada en el año 1994, en Libro Primero, Título XII llamado “De la suspensión del juicio a prueba”, regula el instituto en los artículos 26 bis, 76 bis, 76 ter y 76 quater.

En el debate parlamentario de la ley²¹⁵ se plantea una nueva política criminal tendiente a descongestionar el sistema procesal respecto a las causas más leves a fin de evitar el colapso y posibilitando el juzgamiento de los delitos más graves, haciéndose referencia también al efecto negativo que implica la aplicación de penas cortas, sobre todo en cuanto a la resocialización del condenado, pudiendo evitar la estigmatización que supone una condena para el individuo.

En cuanto a la constitucionalidad del instituto, se planteó si la imposición de reglas de conductas no afectaba el principio constitucional de que nadie puede ser penado sin juicio previo. Al respecto, el diputado Hernández afirmó que “...llegamos a la conclusión de que no existe tal violación, es precisamente porque se parte del concepto de que siempre es necesario el consentimiento del imputado... en consecuencia, pensando que se trata de un procedimiento objetivo con reglas absolutamente claras y confiando en la prudencia de los jueces, llegamos a la conclusión de que no existe una violación o lesión a los principios constitucionales consagrados en los art. 16 y 18 de nuestra carta magna”.²¹⁶

Entrando a analizar los artículos que la establecen:

“Art. 76 bis –El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. En los casos de concursos de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediere de tres años. Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente. Si las circunstancias del

²¹⁵ https://www.diputados.gov.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_24001_27000.html

²¹⁶ Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del 2- VI- 1993, 1317.

caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio. Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente. El imputado deberá abandonar en favor del Estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso de que recayera condena. No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado del delito. Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación”.²¹⁷

En definitiva, según se desprende del artículo citado es facultad del Juez la aplicación del instituto que suspende la realización del juicio y se puede aplicar para los delitos de menor gravedad, solo procede si el beneficiado la solicita libre y voluntariamente, siendo fundamental su consentimiento en tanto se está regulando el comportamiento de un individuo inocente.

En consecuencia, es necesario para la procedencia de la medida, la concurrencia de los siguientes supuestos:

- Delito sea de acción pública
- Reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años
- Reparación del daño
- Consentimiento fiscal
- Pago de la multa, si correspondiere, y abandono a favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados

“Art. 76 ter – El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito. El tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del art. 27 bis...”²¹⁸

Entre las reglas de conducta, que cumplen una función preventivo especial se puede disponer, fijar un domicilio y someterse al control de alguna dependencia, abstenerse de realizar determinadas conductas, medidas educativas, tratamiento médico necesario a los fines de prevenir el mismo tipo de delito atribuido, capacitación laboral.

²¹⁷ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/715/norma.htm>

²¹⁸ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/715/norma.htm>

“Art. 76 ter -...la suspensión será dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena. Si durante el tiempo fijado por el tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas...”²¹⁹

Según la norma transcripta, para que proceda la extinción de la acción penal, es necesario:

- Que no se modifiquen las circunstancias de tipificación de la conducta, en tanto se afecte el máximo de pena previsto para la concesión del beneficio o la estimación de la condicionalidad.
- La no comisión de un delito en el tiempo fijado por el juez.
- La efectiva reparación del daño.
- El cumplimiento de las reglas de conducta que el juez le imponga.

Cumplidos los mencionados requisitos, el imputado tiene derecho a una resolución que ordene el sobreseimiento. Caso contrario, si no cumple con lo impuesto, se realizará el juicio, y si es absuelto, se le reintegrará los bienes entregados al Estado y la multa debe declarar, pagada, pero no podrá solicitar la retribución de las reparaciones cumplidas.

11.3. Naturaleza jurídica de las reglas de conducta

No reviste el carácter de pena, ni se equipará a las medidas previstas para la condena de ejecución condicional, sino que sólo revisten el carácter de exigencias procesales especiales cuyo cumplimiento posibilitara la extinción de la acción penal en beneficio de quien ha sido sometido a un proceso.

Son medidas de corrección, de educación que tienden a evitar la nueva comisión de un hecho delictivo por parte de la persona a la que se le han impuesto, las mismas deben cumplir únicamente funciones preventivo-especiales como exclusiva fuente de legitimidad.

²¹⁹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/715/norma.htm>

11.4. Procedencia en violencia de género. Normas prohibitivas

La violencia de género es actualmente considerada una violación de derechos humanos merecedora de una sanción.

El principio prohibitivo se ha establecido jurisprudencialmente en virtud de la interpretación de la obligación de castigo que fija la Convención Internacional Belem do Pará.

El fundamento, es el riesgo existente en los casos de violencia de género, el que hace difícil prever en qué casos el agresor no volverá a violentar a su víctima, y por lo tanto, no puede afirmarse la posibilidad de prevenir nuevas agresiones, y mayores violaciones a los derechos de las mujeres.

El Comité de Expertas del MESECVI (Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará), en el año 2012, dispuso en la recomendación No. 5: Prohibir tanto el uso de métodos de conciliación, mediación y otros orientados a resolver extrajudicialmente casos de violencia contra las mujeres, como el uso del criterio o principio de oportunidad, y armonizar la legislación procesal con estas prohibiciones. Si existieran estos impedimentos solo para casos de violencia familiar, intrafamiliar o doméstica, ampliar dichas prohibiciones a otros casos de violencia contra las mujeres.²²⁰

La Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales, sólo se ha expedido en cuanto a medidas alternativas a la pena, prohibiendo audiencias de mediación o conciliación en artículo su artículo 28.

El Código Procesal Penal de la Nación, dispone en su artículo 30 (Ley 27063 del 10 de diciembre de 2014) “El representante del Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos: a. criterios de oportunidad; b. conversión de la acción; c. conciliación; d. suspensión del proceso a prueba. No puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias...”²²¹

²²⁰ Spaccarotella, S. D. (2019). Cit., 62.

²²¹ http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Procesal_Penal_de_la_Nacion.pdf

No existe regla similar en nuestro Código procedimental, el que establece en su artículo 30 que la Suspensión del Juicio podrá ser solicitado cuando sea de aplicación el artículo 26 del Código Penal que regula la procedencia de la condena de ejecución condicional.

Sin embargo, en nuestra Provincia la Resolución de la Procuración General n° 148/12 establece como directiva general abstenerse de propiciar la aplicación de principios de oportunidad establecidos en el artículo 26 del C.P.P. en los casos en que el delito investigado implique cualquier forma de violencia de género, familiar o doméstica. Reza el artículo 26 “Principio de oportunidad. El ministerio público deberá ejercer la acción Penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la Ley. No obstante, previa autorización del superior jerárquico, el representante del ministerio público podrá solicitar que se suspenda, total o parcialmente, de la persecución Penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando: 1) La lesión al bien jurídico protegido fuera insignificante; 2) Se haya producido la solución del conflicto, lo que se acreditara sumariamente. en caso de delitos originados en conflictos familiares, intervendrán los mediadores, tanto para la solución del mismo, como para el control de ella; 3) En los casos de suspensión del juicio a prueba; 4) En el juicio abreviado;...”.

Según se advierte de la normativa mencionada, la legislación procesal argentina manifiesta una concepción penal expansionista en violencia de género, con una tendencia prohibitiva de la suspensión del Juicio a Prueba, concluyente respecto a la mediación.

A su vez, ha sido determinante la negativa a su aplicación adoptada por la Jurisprudencia de nuestro más alto tribunal.

11.5. Fundamentos jurisprudenciales de prohibición

Uno de los casos jurisprudenciales más representativos en nuestro país es “Góngora, Gabriel Arnaldo en causa n° 14.092”²²², resuelto el 23 de abril de 2013 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el cual fijó un criterio que restringe las salidas alternativas al proceso cuando se investigan hechos de violencia contra la mujer.

Aludiendo los antecedentes del fallo, se había planteado en primera instancia una suspensión del juicio a prueba y ante la oposición de la fiscalía la misma fue denegada

²²²<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7008981&cache=1595126765247>

por el tribunal oral interviniente, decisión luego anulada por la Cámara Nacional de Casación Penal, entendiendo que aquel dictamen del Ministerio Público carecía de carácter vinculante y se había sustentado en simples cuestiones de política criminal no vinculadas a los presupuestos de admisibilidad establecidos por la ley. El Fiscal General dedujo entonces un recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a una queja, mantenida por la Procuración General de la Nación, organismo que luchó por la revocación del fallo, con sustento en el texto del artículo 76 bis, párr. 4º, del C.P., en cuanto al requisito de que "hubiese consentimiento del fiscal", reafirmando los precedentes que reconocían el carácter vinculante de la oposición de la fiscalía, agregando que, en el caso, dicha oposición no podía considerarse irrazonable o arbitraria, en tanto se había sustentado en las disposiciones de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Si bien el juez Zaffaroni, optó por remitirse al dictamen del señor Procurador Fiscal, la mayoría del Alto Tribunal (Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Argibay) revocó el pronunciamiento recurrido, en virtud de tratarse, precisamente, de un caso de violencia contra una mujer, aspecto este que no había sido controvertido en el proceso, recordando el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará", aprobada por la Ley N° 24.632)

La Corte consideró que la suspensión del proceso a prueba en violencia de género frustraría la posibilidad de dilucidar en un juicio oral "...la existencia de hechos que prima facie han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle", y destacó que: "el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el 'acceso efectivo' al proceso (cfr. también el inc. "f" del art. 7 de la Convención) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria", la que -se aclaró- no integra el marco legal que regula la suspensión del proceso a prueba (considerando 7).

Finalmente, el fallo de mención descartó que pudieran modificar el criterio expuesto las previsiones de los art. 76 bis, párr. 3º del C.P., que contempla la reparación del daño, y 7, apartado "g" del instrumento internacional citado, que alude al establecimiento de mecanismos judiciales que aseguren el acceso efectivo, por parte de

la mujer víctima de alguna forma de violencia, "a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces", en tanto el cumplimiento de estas obligaciones constituye "una exigencia autónoma, y no alternativa -tal como la interpreta la cámara de casación- respecto del deber de llevar adelante el juicio de responsabilidad penal al que se refiere el inc. 'f' de ese mismo artículo" (considerando 8).²²³

Me pregunto ¿negando la posibilidad de medida alternativa no se está responsabilizando al autor e imponiendo una pena sin condena? ¿Es acaso la condena la compensación justa y eficaz respecto a la víctima? Las respuestas a estas preguntas fueron analizadas en el punto siete de este capítulo, alegatos a los que me remito.

Otros Tribunales Superiores, haciéndose eco de este precedente, han considerado improcedente la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral. En este sentido, la Sala Sexta del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, con fecha 3 de febrero del año 2014, revocó la concesión de la suspensión del juicio a prueba.²²⁴

11.6. Fundamentos a favor de la suspensión

Seguidamente, expondré los argumentos vertidos por el Juzgado Correccional n° 3 de la Provincia de Chaco en autos n° 18619/2017 2017-1, "Z., A. s/ Lesiones Leves Calificadas por el Vínculo y por ser Cometidas en Contexto de Violencia de Género"²²⁵ en fecha noviembre de 2018, el que elegí para representar los argumentos jurisprudenciales que avalan la suspensión en violencia de género, por considerarlo de sólidos fundamentos, los que comparto.

Consideran los Jueza (Dra. Natalia María Luz Kuraye) que, en primer lugar la suspensión del proceso penal a prueba no es una medida extrajudicial, ya que implica necesariamente la participación de fiscales, defensores, jueces, audiencias, ofrecimiento de pruebas, controles previos y posteriores del cumplimiento de las condiciones impuestas, y conlleva además la sanción frente al incumplimiento de los compromisos asumidos, por lo que el instituto no puede asemejarse a la conciliación, ya que el

²²³ Divito, Mauro y Vismara Santiago (2013). Corte Suprema de Justicia de la Nación, Máximos precedentes Derecho Penal Parte general, Tomo III, la Constitución Nacional y el Derecho Penal, Ciudad de Buenos Aires, 1° Ed., La Ley.

²²⁴ Causa 60.956, Registrada bajo el N° 6, 2014.

²²⁵ <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/48181-resolucion-del-juzgado-correccional-tercera-nominacion-ciudad-resistencia-chaco>

incumplimiento de las reglas ubican al suspendido en un plano más próximo a la pena que al perdón.²²⁶

El fallo citado, menciona las "Reglas mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad de las Naciones Unidas", adoptadas por la AG en su resolución N° 45/110, del 14/12/1990 (Reglas de Tokio), que en líneas generales instan a evitar la imposición de penas cortas privativas de libertad e instituir, en su reemplazo medidas alternativas a la prisión. Las mismas, no resultan opuestas a la Convención de Belén do Pará -téngase en cuenta el principio constitucional de buena fe y pro homine. Y agrega "que el propósito de la expresión juicio oportuno, no debe entenderse en un sentido restringido, equivalente a debate oral y público, sino el juicio como concepto amplio y general, que implica el acceso a la justicia, juicio como jurisdicción, como respuesta estatal efectiva frente a un conflicto social".

"El instituto de la suspensión de juicio a prueba forma parte de las distintas posibilidades reconocidas al imputado. Los tratados internacionales no pueden ser interpretados de modo que coarten derechos internos reconocidos a los ciudadanos (en el caso, a tener las mismas posibilidades que el imputado de cualquier delito, incluso aquellos de mayor gravedad); de lo contrario, caemos en una regresividad de derechos incorporados al acervo local. La prohibición de regresividad es la necesaria consecuencia del principio de progresividad, reconocido en el art. 2 PIDESC, CADH y también en el art. 2° del PIDCP".

Y concluye "De este modo, no podría asimilar al supuesto en tratamiento, aquel que fuera ventilado en "Góngora" (recordando que se trató de un abuso sexual simple), como precedente invocado para sostener la exclusión del instituto de la suspensión de juicio a prueba, en cualquier caso, y particularmente en el que nos trae hoy aquí; por lo tanto la solución tampoco resulta equiparable".

11.7. Legislación comparada

Chile adecuó su legislación a la Convención Belém do Pará prohibiendo acuerdos reparatorios pero admitió, expresamente, la suspensión del proceso penal a prueba, disponiendo como condición una o más de las medidas accesorias dispuestas en la ley 19.325 (violencia intrafamiliar) sin perjuicio de las demás que autoriza el artículo 238 del Código Procesal Penal. Resulta interesante que el país vecino puso en conocimiento al

²²⁶ Cfr. Juliano, Mario A. – Vitale, Gustavo L (2015). Cit., 46.

mecanismo de seguimiento de la convención la prohibición de conciliación y la admisión de la suspensión a prueba, no generándose críticas al respecto.²²⁷

En España se identifica la suspensión del juicio a prueba con el término “programas de diversión”, todavía no contemplados en el Derecho penal de adultos, aunque sí en el sistema de justicia juvenil contenido en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LO 5/2000, de 12 de enero), por lo que no se aplica a la violencia de género.

11.8. La Suspensión del Juicio a prueba con una regulación específica

En virtud de todo lo expuesto y principalmente atendiendo a los argumentos alegados en oportunidad de referirme al compromiso internacional de castigo, tengo el convencimiento que no pesa impedimento impuestos por el Derecho internacional para recurrir a instrumentos como la Suspensión del Juicio a Prueba, en tanto se cumpla con una actuación diligente en el enjuiciamiento de casos de violencia de género.

Ello no quita, que por razones de política criminal el Estado decida restringir su aplicación en virtud del riesgo existente en estos casos, ya que no podemos negar que el fenómeno tiene latente la posibilidad de que cualquier caso se convierta en un femicidio, costo difícil de asumir después de que la causa se ha judicializado y no se ha alcanzado una condena, por lo que la pena en violencia de género puede significar para el sistema un deslinde de responsabilidad, y la restricción de medidas alternativas tiene algo que ver con la responsabilidad que asume el Estado tanto a nivel local como internacional, debiendo tener herramientas eficaces para proteger a la víctima.

En virtud de lo dicho, y si bien considero legal la aplicación del instituto contenido en la normativa, sí estimo conveniente, por las particularidades del fenómeno, proponer un esquema particular a fin de que la aplicación de esta alternativa sea prudente y esté motivada en un fin: la prevención especial tendiente a la rehabilitación.

Por ello, debería imponerse al imputado entre las condiciones de prueba la de someterse a un programa de rehabilitación, previo informe de profesionales que estimen que aquel está en condiciones psíquicas de asumir y cumplir con reglas de conducta.

Por otra parte, atento la problemática, debería establecerse dentro de las reglas de conducta el cumplimiento de resoluciones de la Justicia de Familia, previo darle intervención solicitando en favor de la víctima medidas de protección, y en caso de tener

²²⁷ Juliano, Mario A. – Vitale, Gustavo L (2015). Cit., 50.

hijos, régimen de visitas y alimentos, circunstancia que favorecería la seguridad y el empoderamiento de la damnificada. No invadiendo competencias jurisdiccionales sino asegurando el cumplimiento de sus disposiciones.

Reconozco en el planteo una fisura relevante, representada por el carácter aflictivo que puede tener las medidas impuestas, asimilable a un equivalente de pena sin condena, sin embargo, son condiciones que no implican una atribución de responsabilidad y que presuponen el consentimiento del causante. Debemos considerar que tampoco hay condena cuando se le atribuye a un sujeto un contexto de violencia de género, y en virtud de ello, hay medidas aflictivas que se le imponen sin estar demostrada su culpabilidad, por ejemplo impedir la aplicación de una Suspensión de Juicio a Prueba.

Finalmente, creo que no puede asumirse el peligro en casos en que existe riesgo alto de violencia física grave respecto a la víctima, ello en virtud de una evaluación de un equipo profesional, en virtud de no tener certeza que se cuente a nivel institucional con los recursos necesarios para asumir el deber de protección suficiente ante tal situación.

12- La condicionalidad de la pena

La condena de ejecución condicional es una medida alternativa al cumplimiento de una pena en prisión, opera tras una declaración de culpabilidad mediante una condena firme. Este instituto está regulado entre los artículos 26 y 28 de nuestro Código Penal.

“Artículo 26: En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto...”.²²⁸

Según se desprende del artículo la finalidad es evitar al condenado los efectos negativos de la privación de libertad en un centro penitenciario.

La condena se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro años, desde la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito, en caso contrario, deberá sufrir la pena impuesta en ambas condenas.

²²⁸ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

Del mismo texto de la ley se desprende que lo que se evita en estos casos es el sufrimiento, es decir, tiene lugar la dimensión comunicativa o simbólica de la pena dejando en suspenso la dimensión fáctica, la que podrá dispensarse en caso de que el condenado cumpla con ciertas reglas de conductas durante un determinado lapso.

Entre las condiciones contempladas en nuestro ordenamiento, se establece fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato, abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas, abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas, asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida, realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional, someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia, adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad, realizar trabajos no remunerados en favor del estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo.

La condicionalidad de la pena se aplica en nuestro país sin diferenciación particular en casos de violencia de género, lo que, según la idea expuesta en el punto precedente, debería cuestionarse, a fin de utilizar el instituto a los fines de una adecuada rehabilitación.

En España, se prevén dos alternativas a la pena, la suspensión de la pena y la sustitución de esta por trabajos en beneficio de la comunidad.

Con respecto a la suspensión de penas, la Ley orgánica 1/2004 establece que en caso de delitos de violencia de género, sólo se podrá suspender imponiendo al condenado que cumpla con algunas de las siguientes obligaciones, entre ellas, prohibición de acudir a determinados lugares, prohibición de aproximarse a la víctima, y participación en programas formativos.

Por otro lado, también en casos de violencia de género podrá sustituirse la pena privativa de libertad por trabajos en beneficio de la comunidad, en estos supuestos, se le impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de re-educación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones de prohibición de acudir a determinados lugares y de prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.

Según Elena Larrauri, si bien la obligación de asistir a un Programa Formativo, al que se lo llama en forma indistinta “programa de reeducación” o “tratamiento psicológico”, debe imponerse en todos los casos de delitos de violencia de género en que

se suspenda o sustituya la pena de prisión, en la práctica la mayoría de las personas que asisten a estos programas suelen ser agresores condenados por violencia ocasional (art. 153 CP), esto es, de bajo riesgo.²²⁹

Según sostiene la autora existe en España la figura del Delegado de Ejecución de Medidas (DEM), señalando por están especializados en la ejecución de programas formativos, que realizan un entrevista al acusado y elaborar un plan de trabajo individual, basándose en la actitud del condenado sobre el delito cometido y la relación con la víctima, y también sobre su actitud respecto del programa, clasificando al acusado, con base en un instrumento de evaluación del riesgo, a su vez, se recoge la situación laboral de la persona, y se concretan los plazos en que deberá cumplir el programa formativo, así como los compromisos que deberá respetar con la institución. Finalmente, este escrito se remite al juez de ejecución y al coordinador del DEM que organiza el comienzo del tratamiento asignando al condenado a una institución privada.

13.- Conclusiones del capítulo

El fenómeno de la violencia de género objeto de punibilidad, tiene características particulares, en virtud de las cuales la función de resocialización de la pena se impone como necesidad, ya que de lo contrario la intervención penal no tendría razón de ser.

En la realidad actual, cuando la víctima deposita el conflicto en el estado, se advierten fines retributivos, como si la condena al autor pretendiera comunicar un estándar de efectividad cubriendo así la expectativa social, no alcanzando los fundamentos que sirvieron de base a su pretensión de punición, sin racionalizar la intervención conforme la política criminal que la instituyo, ni teniendo en cuenta los efectos nocivos de un encierro por corto lapso que aumenta la violencia del autor, que generalmente regresa al lugar donde su hecho se ejecutó manteniendo la jerarquía que lo promovió.

Sólo puede alcanzarse una intervención eficaz redefiniéndose la misma, configurándose el ilícito que merece reproche y necesita protección, y determinándose fines concretos alcanzar.

En tal sentido, las medidas alternativas a la pena son una herramienta adecuada para comunicar a la sociedad el reproche al autor, someter al mismo a una posibilidad de

²²⁹ Larrauri P. E. (2010). Los programas formativos como medida penal alternativa en los casos de violencia de género ocasional. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 8, 1-26.

cambio, empoderar a la víctima y facilitarle las condiciones necesarias para una disolución vincular en caso de que la continuidad de la relación no sea un riesgo para su integridad.

En la aplicación de medidas alternativas, no debe liberarse al hecho ilícito de la connotación que le impone el contexto de violencia de género para salvar obstáculos normativos ante las prohibiciones vigentes en nuestra praxis jurisdiccional, sino todo lo contrario, debe ubicarse el hecho en el lugar que le corresponde, abordándolo funcionalmente con una intervención multidisciplinar, dando acabado cumplimiento a las normas constitutivas, aunque no se dé la respuesta esperada al reclamo punitivista de sectores sociales.

Propongo una medida alternativa a la pena especial para casos de violencia de género, establecida mediante un incidente procesal en el que el acusado consiente su aplicación asumiendo someterse a reglas de conductas específicas al contexto de violencia de género, en virtud del cual se decide someterlo a un periodo de prueba, y en caso de alcanzar los fines propuestos, se lo libera del juicio de culpabilidad por el hecho típico atribuido.

El instituto planteado supone requisitos para su admisión, requisitos en el desarrollo y requisitos de resolución.

Por las razones expuestas en el capítulo, entiendo que en las condiciones actuales y con las herramientas de resguardo y protección con las que se dispone, sólo podría admitirse en casos en que no exista riesgo alto respecto a la víctima, y con un examen psíquico respecto al causante que determine su capacidad para someterse a reglas de conducta.

Durante el tiempo de suspensión se requeriría al causante someterse obligatoriamente a un tratamiento de rehabilitación.

Asimismo, se debería proporcionar asistencia y representación a la víctima para promover la actuación de la justicia de familia, iniciando los procesos necesarios para tramitar medidas de protección, régimen de alimento, y visitas en caso de tener hijos comunes, resoluciones que deberán ser cumplidas por el autor como también como condición. Esto posibilitaría empoderar a la víctima y brindarle un contexto asistencial.

Finalmente, se requerirá un informe de resultado, en virtud del cual debería efectuarse un seguimiento del programa y una conclusión, en virtud de la cual se tomaría la decisión final.

Como anticipé, reconozco que el planteo entra en crisis al considerar que aplicaríamos un equivalente funcional a la pena sin declaración de injusto culpable, sin embargo, sin declaración de injusto culpable en el sistema procesal actual, aplicamos una pena, al considerar al autor de un ilícito autor de violencia de género e imponer en consecuencia un proceso penal mayormente aflictivo.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES FINALES

He postulado a lo largo del texto, las particularidades de la violencia de género como fenómeno delictivo y su necesaria regulación en ciertas circunstancias de gravedad. A su vez, he expuesto que el punto de partida para una intervención penal eficiente debe concebirse desde la racionalidad, la racionalidad en la ley, en la creación de normas jurídico-penales, en la justificación de la pena y en el discurso político, a fin de que cada persona puede involucrarse con el problema, que ya se ha instaurado en todas las esferas sociales, desde el interior, como parte del mismo reconociendo su injerencia y ámbito de responsabilidad.

Conforme la investigación, la que deja muchas puertas abiertas, me propongo determinar un sistema de intervención penal eficiente y justo en violencia de género.

Según Roxin para que un sistema sea fructífero deben exigirse tres requisitos fundamentales 1. Claridad y ordenación conceptual, 2. Referencia a la realidad y 3. Orientación en finalidades político-criminales.²³⁰

El cumplimiento de estos exigentes requisitos requiere ante todo reconocer el problema, y que cualquier actor que en él intervenga lo conozca en profundidad, y se libere de objetivos políticos interesados, de debates irracionales, y de presiones electorales, que sólo contaminan y llevan a una intervención perversa que provoca más daño que el que quiere evitar.

A la sociedad debemos exigirle solidaridad y confianza en las instituciones, demandando como ciudadanos coherencia y compromiso más que actuación.

La violencia de género es un grave problema social, de raíces históricas, producto de construcciones socio culturales patriarcales en virtud de las cuales hombres y mujeres fueron posicionados en la sociedad que en virtud de los roles estereotipados que se le asignaron. Esta estandarización de lo que a cada sexo le correspondía, determinó un lugar jerárquico del varón frente a una posición de inferioridad asignada a la mujer,

²³⁰ Roxin, C., & Conde, F. M. (2002). Cit. 57.

consolidando una relación de dominio-sumisión, provocando “desigualdad” que se mantiene hasta nuestros días.

Tras asumir el problema como un conflicto social, debemos encausar el abordaje bajo una coherente instrumentalización del ordenamiento jurídico, normativizando pautas de comportamiento tendientes ante todo a equilibrar el estatus de hombres y mujeres en igualdad, sosteniendo que es responsabilidad del Estado asegurar las condiciones necesarias para que todos sus habitantes puedan desarrollarse libres de discriminación, poniendo al servicio de tal fin todo el aparato estatal, reprobando la violencia de género en sus múltiples manifestaciones, y exigiendo a los responsables de los distintos subsistemas sociales tolerancia cero con cualquier situación de discriminación hacia la mujer.

A la injerencia de grupos de interés y de la opinión pública, debe reconocerse la victoria de visibilizar el problema e instaurarlo como problema social carente de protección estatal, siendo valiosísimo su aporte a la causa, pero una vez que el Estado tomó conciencia del mismo y lo incluyó en su política criminal debe abandonarse la voluntad del profano y recurrir a la voluntad del experto, a fin de alcanzar soluciones racionales partiendo de las teorías de argumentación dogmática.

Desde el punto de vista de una normativa integral, nuestra ley de violencia de género es completa y ambiciosa, siendo necesario que las instituciones creadas al servicio de su operatividad cumplan objetivos concretos y rindan cuentas de su gestión a la sociedad. Son estos organismos, los que deben publicitarse en todos los medios de comunicación, nadie puede desconocer a donde recurrir para demandar la protección legal que el Estado me debe otorgar en virtud de actos de discriminación o violencia contra la mujer.

A partir de aquí, entra en juego el sistema penal, que debe intervenir sancionando las acciones penalmente reprochables que se cometan en contexto de violencia de género, como hechos delictivos merecedores de sanción en igualdad de condiciones con todos aquellos que caen bajo la normativa penal, teniendo en cuenta el posible incremento de pena por el disvalor asignado a la conducta por el legislador, y encausando una rehabilitación como máxima pretensión en la función punitiva, teniendo en cuenta que la pena no es victoria sino fracaso social.

La víctima debe ser escuchada, respetada, y protegida, determinándose desde un inicio de su intervención el riesgo al que está expuesta como así también el estado de

sometimiento a fin de determinar si el mismo afecta su voluntad, valoración fundamental a fin de que, sólo en esos casos, el Estado asuma una posición de garante que invada su ámbito de determinación, de lo contrario, la víctima debe ser considerada absolutamente capaz en igualdad con cualquier víctima del sistema penal. Entiendo que puede decidir la víctima si quiere someterse a un proceso, si quiere instar la acción en los casos en que se posibilita la elección y si quiere una medida de protección.

Más allá de la penalización del sistema de conductas que se subsumen en tipos penales previstos en la legislación, el fenómeno de violencia de género en la relación de pareja requiere una intervención penal específica, porque en él se configura una agresión no contemplada en nuestro ordenamiento, representada por un conjunto de conductas lesivas encaminadas a un fin de dominación, que afecta a los bienes directamente atacados con dichas acciones y se proyecta hacia una lesión mayor, con un riesgo de dañar lo máspreciado para la humanidad como es la vida.

Debido a lo expuesto, estimo necesaria una reforma legal que incluya un nuevo tipo penal en nuestro Código Penal, el que debería ser estar contenido en el Título V de los Delitos contra la libertad.

En su formulación, el tipo debería atribuir reproche penal a quien ejerza violencia coactiva habitual contra su pareja, o persona con la que tenga un vínculo equivalente, provocando un menoscabo físico, psíquico o moral. Creo que podría dispensarse en su formulación de referencia alguna al sexo, teniendo en cuenta los planteos inconstitucionales respecto a la Ley española.

Asimismo, considero que las medidas alternativas vigentes en nuestro Derecho deben aplicarse a todos por igual, en el caso de la condena de ejecución condicional ello opera en la actualidad siendo aconsejable la imposición de un tratamiento de rehabilitación.

En cuanto la suspensión del juicio a prueba también debería admitirse en condiciones de igualdad.

No obstante, por razones de política criminal, y atendiendo a fines de prevención y protección, la institución debería reformularse para casos de violencia de género, debiendo configurarse en la legislación procesal un procedimiento especial aplicable a casos donde existe un contexto de violencia de género, según la definición de la Ley integral, a través del cual se establezcan condiciones para mitigar el riesgo existente, para empoderar a la damnificada y rehabilitar al autor en cuanto a sesgos de género, sin que

exista declaración de responsabilidad con posibilidad de dispensarlo del juicio de culpabilidad por el hecho ilícito atribuido, sólo en la medida que se cumplan con las condiciones impuestas.

El principio de igualdad, en este caso se vería afectado porque merece una excepción, determinada por la existencia de un riesgo comprobable respecto a la víctima del delito, cuyo resguardo no sea posible asegurar por el sistema penal. Así, el instituto propuesto sólo podría aplicarse en casos en que no exista riesgo alto respecto a la víctima, y con un examen psíquico respecto al causante que determine su capacidad para someterse a reglas de conducta.

Durante el tiempo de suspensión se requeriría al causante someterse obligatoriamente a un tratamiento de rehabilitación, el cual debería proyectarse e implementarse bajo estrictos estándares de calidad.

Las medidas de protección deberían ser impuestas por la justicia de familia en caso de ser necesarias y procedentes, debiendo brindar asistencia y representación a la víctima para promover su intervención en dicho fuero, iniciando los procesos necesarios para tramitar medidas de protección, régimen de alimento, y visitas en caso de tener hijos comunes, resoluciones que deberán ser cumplidas por el autor también como condición. Esto posibilitaría empoderar a la víctima y brindarle un contexto asistencial.

Finalmente, se requerirá un informe de resultado, en virtud del cual debería efectuarse un seguimiento del programa y una conclusión, que determinaría la decisión final.

Nada ni nadie ha podido frenar hasta el momento la escalada de muertes de mujeres a manos de sus parejas, principal problema de la violencia de género en virtud del cual el mundo ha autorizado la intervención penal, la que demanda una reestructuración, partiendo de las particularidades del fenómeno para encausar una solución desde una dimensión racional.

Bibliografía

- Alencar-Rodrigues, R., & Cantera, L. (2012). Violencia de género en la pareja: Una revisión teórica. *Psico*, 41(1), 116-126.
- Alencar-Rodrigues, R., & Cantera, L. M. (2013). Intervención en violencia de género en la pareja: el papel de los recursos institucionales. *Athenea Digital. Revista de pensamiento e investigación social*, 13(3).
- Alencar-Rodrigues, R., & Cantera, L. M. (2013). Del laberinto hasta el camino hacia la recuperación de la violencia. *Interamerican Journal of Psychology*, 47(1).
- Amor, P. J., & Echeburúa, E. (2010). Claves Psicosociales para la Permanencia de la Víctima en una Relación de Maltrato Psychosocial Keys for the Permanence of the Victim in an Abusive Relationship. *Clínica*, 1(2).
- Beade, G. A. (2018). Emociones reactivas, inculpación y castigo. ¿También en el derecho penal internacional? *Anuario mexicano de derecho internacional*, 18.
- Bosch-Fiol, E., & Ferrer-Pérez, V. A. (2012). Nuevo mapa de los mitos sobre la violencia de género en el siglo XXI. *Psicothema*, 24(4), 548-554.
- Buompadre, J. E. (2013). Los delitos de género en la reforma penal (Ley N° 26.791). Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf>.
- Carnevali Rodríguez, Raúl. (2008). Derecho Penal como última ratio. Hacia una política criminal racional. *Ius et Praxis*, 14(1), 13-48. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100002>
- De Miguel, A. N. A. (2008). La violencia contra las mujeres. Tres momentos en la construcción del marco feminista de interpretación. *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, (38), 129-137.
- Díaz, O. H. (2016). Entre la minimización y la expansión del derecho penal: la presencia de Beccaria en el debate contemporáneo. *IUSTA*, 1(44), 42.
- Díez Ripollés, J. L. (2001). Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. *Doxa* 24.
- Díez Ripollés, J. L. (2002). El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín mexicano de Derecho comparado*, 35(103).
- Díez Ripollés, J. L. (2007). La política criminal en la encrucijada. Buenos Aires: B de f.

- Divito, Mauro y Vismara Santiago (2013). Corte Suprema de Justicia de la Nación, Máximos precedentes Derecho Penal Parte general, Tomo III, la Constitución Nacional y el Derecho Penal, Ciudad de Buenos Aires, 1° Ed., La Ley.
- Durán Migliardi, M. (2011). Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual. *Revista de filosofía*.
- Enrique Echeburúa¹, Pedro J. Amor, Belén Sarasua, Irene Zubizarreta y Francisco Pablo Holgado-Tello. (2016). Inventario de Pensamientos Distorsionados sobre la Mujer y el Uso de la Violencia - Revisado (IPDMUV-R): propiedades psicométricas. *Anales de psicología*, 32 (3). <http://revistas.um.es/analesps>.
- Expósito, F., & Moya, M. (2011). Violencia de género. *Mente y cerebro*, 48(1), 20-25.
- Facio, A. (2002). Engendrando nuestras perspectivas. *Otras miradas*, 2(2), 49-79.
- Facio, A., & Fries, L. (2005). Feminismo, género y patriarcado. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, 3(6), 259-294.
- Fernández, AR y Akoka-Rovinski, M. (2019). La década de la Convención de Belem do Pará: una caracterización de la investigación psicológica sobre violencia contra la mujer realizada en la Universidad de Costa Rica, período 1994-2016. *Wímbu*.
- Fernández, F. M. (2009). Desigualdades penales y violencia de género. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (13), 61.
- Fernández Ruiz, J. M. (2019). La Ley de Violencia Intrafamiliar, el bien jurídico protegido y el patriarcado: un estudio preliminar. *Política criminal*, 14(28), 492-519.
- Ferrajoli L. (1995). *Derecho Penal Mínimo*. En *Prevención y teoría de la pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda.,
- Ferrajoli, L. (2013). El principio de lesividad como garantía penal. *Nuevo Foro Penal*, 8(79).
- Fiol, E. B., & Pérez, V. A. F. (2000). La violencia de género: de cuestión privada a problema social. *Psychosocial Intervention*, 9(1), 7-19.
- Fiol, E. B., Pérez, V. A. F., & Mir, A. A. (2006). *El laberinto patriarcal: reflexiones teórico-prácticas sobre la violencia contra las mujeres*. Anthropos Editorial.
- García, C., & Cabral, V. (2000). Violencia de género, saberes, prácticas sociales y estrategias de poder. *Revista Cenipec, Mérida*, 9-30.

- Giordano, V. (2015). La reforma del Código Civil: pasado y presente desde una perspectiva de género. *Mora*, (21), 175-179.
- Gil, A. G. (2016). Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena. *InDret*.
- Hernández, I. (2014). *Violencia de género. Una mirada desde la Sociología*. La Habana: Editorial Científico-Técnica.
- Jakobs, G., & Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. España. Civitas Ediciones, S. L.
- Juliano, Mario A. – Vitale, Gustavo L (2015). *Suspensión del proceso a prueba para delitos de género*. Argentina, Ed. Hammurabi, 1º edición, 15.
- Kluger V. (2004). Derecho de corrección marital en el Virreinato del Río de la Plata. Un análisis de los pleitos por malos tratamientos, reclusión y depósito. Argentina. *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación - Número 31/32*.
- Lacrampette, N. (2014). Entrevista a Rebecca Cook: “Estereotipos de Género: Perspectivas Legales Transnacionales”. *Anuario de Derechos Humanos*, (10), 197-204.
- Lamberti, S. (2016). *Violencia masculina intrafamiliar: una visión integradora desde el Psicoanálisis y el Derecho*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Grupo Editorial.
- Larrauri, E. (2007). *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid, Ed. Trotta
- Larrauri E. (2009). *Igualdad y violencia de género*. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona
- Larrauri P. E. (2010). Los programas formativos como medida penal alternativa en los casos de violencia de género ocasional. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 8.
- Lorenzo Copello, P., Maqueda, M. L., & Rubio, A. (2008). *Género, violencia y derecho*. Tirant lo blanch.
- Lázaro, F. G. S. (2009). *Alarma social y Derecho penal*. *InDret*.
- Marimón, M. M., Castellví, A. G., & Ros, M. (2007). *Enamoramiento y violencia contra las mujeres*. In *Los feminismos como herramientas de cambio social* (pp. 21-34). Universitat de les Illes Balears.
- Marino, E. (1993) .*Suspensión del Proceso a Prueba*. en AA.VV. Buenos Aires: del Puerto, 29
- Marqués, J. V. (1997). *Varón y patriarcado. Masculinidad/es. Poder y crisis*, 24, 31-48.

- Martín Sánchez, M. (2015). El género en la "violencia afectiva": clave para un examen de constitucionalidad. *Estudios constitucionales*, 13(1), 203-236
- Martínez García, M., & Pérez Ramírez, M. (2009). Evaluación criminológica y psicológica de los agresores domésticos.
- Martínez, Y. I. C. (2014). Validación de dos versiones cortas para evaluar violencia en la relación de pareja: perpetrador/ay receptor/a. *Psicología Iberoamericana*, 22(1), 62-71.
- Medina, G., Magaña, I. G., & Yuba, G. (2013). *Violencia de género y violencia doméstica: Responsabilidad por daños*. 1º ed. Santa Fé. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal*. (2ª) BdeF.
- Montecino, S. (1996). Devenir de una traslación: de la mujer al género o de lo universal a lo particular. *Decursos, Revista de Ciencias Sociales*, 1 (2), 5-22.
- Morales-Córdova, H., Hernández-Breña, W. V., Raguz-Zavala, M. D. L. M., & Burga-León, A. (2018). *Feminicidio: determinantes y evaluación de riesgo*.
- Mulas, N. S. (2000). *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana* (Doctoral dissertation, Universidad de Salamanca).
- Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción al derecho penal*. (2ª) BdeF.
- Muñoz, J. M., & Echeburúa, E. (2016). Diferentes modalidades de violencia en la relación de pareja: implicaciones para la evaluación psicológica forense en el contexto legal español. *Anuario de Psicología Jurídica*, 26(1), 2-12.
- Olivares, G. Q. (1989). Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 42(3).
- Pawlik, M. (2016). El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *InDret*.
- Pérez Barberá, Gabriel, Lerman, Marcelo D. y Dias Leandro A.. *Introducción al pensamiento de Michael Pawlik*. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/derecho-penal/documentos/depto-penal-gacetilla-004.pdf>
- Pérez, Ramírez M., Giménez-Salinas, A., & De Juan, M. (2012). *Evaluación del programa "Violencia de Género: programa de intervención para agresores"*, en medidas alternativas. Madrid: Ministerio del Interior
- Pérez Ramírez, M., De Juan Espinosa, M., & Gimenez-Salinas Framis, A. (2018). *Reincidencia de los agresores de pareja en Penas y Medidas Alternativas*

- Pérez, V. F., & Fiol, E. B. (2013). Del amor romántico a la violencia de género. Para una coeducación emocional en la agenda educativa. Profesorado. Revista de Currículum y Formación de Profesorado, 17(1), 105-122.
- Rico, M. N. (1996). Violencia de género: un problema de derechos humanos. Repositorio.cepal.org, LC/L.957 (ONU) 13.
- Rodríguez, J. S. (2001). Abordaje multidisciplinar en el maltrato a la mujer. Cuadernos de Medicina Forense nº 26, 11-20
- Rodríguez Ramos, L. (2009). Código penal comentado y con jurisprudencia, 3º Edición. Madrid: La Ley.
- Roxin, C. (1997). Derecho penal parte general: Fundamento. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Traducido por: Luzon Peña, D. Editorial Civitas, España.
- Roxin, C., & Conde, F. M. (2002). Política criminal y sistema del derecho penal. Hammurabi.
- Schünemann, B. (2008). Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. InDret, (2), 4.
- Silva Sánchez, J. (1997). Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin. J.M. Bosch Editor-Barcelona
- Silva Sánchez J. M (1998). Perspectivas sobre la política criminal moderna. Ed. Abaco de Rodolfo Depalma
- Silva Sánchez, J. M. (2001). El retorno de la inocuización. Revista de derecho Coquimbo. En línea, (8).
- Silva Sánchez, J. M. (2006). Del Derecho abstracto al Derecho " real". InDret, (4).
- Silva Sánchez, J. M. S. (2009). Una crítica a las doctrinas penales de " la lucha contra la impunidad" y del " derecho de la víctima al castigo del autor". Revista de Estudios de la Justicia, (11).
- Silva Sánchez, J. M. (2010). Aproximación al derecho penal contemporáneo, (2ª) BdeF
- Silva Sánchez, J. M. (2011). La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. 3 ed. Ampliada. Euros Editores S.R.L., 146.
- Spaccarotella, S. D. (2019). La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará”: La

aplicación real y efectiva en el ámbito judicial argentino. *Lex-Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 16(21).

- Tarrés, M. L. (2012). A propósito de la categoría género: leer a Joan Scott. *Sociedade e cultura*, 15(2), 379-391.
- Velázquez, S. (2003). *Violencias cotidianas, violencia de género. Escuchar, comprender, ayudar Argentina*. Ed. Paidós.
- Vera, O. P. (2012). La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates. *Revista Jurídica de la universidad de Palermo*, 13(1),
- Villanueva, S. D. (2012). ¿Por qué las mujeres permanecen en relaciones de violencia? *Avances en psicología*, 20(1), 45-55.
- World Health Organization. (2002). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. 20 Avenue Appia, 1211 Ginebra 27, Suiza. Recuperado de: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/67411/1/a77102_spa.pdf.