

- **Tema:** *Ley 26.791: Agravante introducida por mediar “violencia de género”- Artículo 80 inciso 11 Código Penal Argentino.*
- **Trabajo Final realizado para la materia:** “Política Criminal”.
- **Lugar de presentación:** Sede de posgrado - Especialización de derecho Penal; Universidad Nacional de La Plata.
- **Profesor a cargo:** Dr. Ernesto Domenech.
- **Fecha de presentación:** Abril 2019.
- **Fecha de aprobación:** mayo 2019.

Índice

Prólogo.....	3
Agravantes Genéricas.....	5
Problemas que Plantean.....	7
Agravante “Violencia de Género”.....	10
Análisis Lingüístico.....	11
Análisis Jurídico Formal.....	16
Racionalidad Pragmática.....	22
Racionalidad Teleológica.....	26
Racionalidad Ética.....	33
Conclusión.....	34
Bibliografía.....	38

Ley 26.791: Agravante introducida por mediar “violencia de género”

Artículo 80 inciso 11 Código Penal Argentino.

Prólogo:

El presente trabajo tiene como objetivo analizar las distintas problemáticas que surgen con relación a las agravantes genéricas en materia penal y la importancia que éstas tienen, no solo para los operadores y/o auxiliares de la justicia que deban trabajar con ellas, sino para el propio imputado que se encuentra a la espera de una sentencia y para los condenados en virtud de la ejecución de la pena y el acceso a los distintos derechos externatorios.

En primer lugar, intentaremos demostrar que uno de los principales problemas es su dispersión normativa. Ello es así, puesto que las agravantes se encuentran en el Código Penal donde, veremos luego, tampoco tienen un orden específico, pero además en leyes complementarias al Código, lo cual nos muestra, a simple vista, como su ubicación no será asunto sencillo. Sin perjuicio de ello, existen otras cuestiones como son: el agravamiento de escalas, la terminología utilizada, los topes de agravamiento previstos y las motivaciones por las cuales cada una de ellas fue incorporada a la legislación vigente.

Estas problemáticas las iremos analizando en primer término, en relación a las agravantes genéricas y, luego, profundizaremos el caso concreto del agravamiento de la pena por mediar violencia de género, introducida con la sanción de la ley N° 26.791. El análisis estará proyectado a partir de los niveles de racionalidad, propuestos por Manuel Atienza¹, que resultan convenientes al momento de realizar una modificación o creación legislativa y se encontrarán sistematizados, en forma jerárquica, de la siguiente manera: lingüístico, jurídico formal, pragmático, teleológico y ético.

En cada uno de los niveles, además de determinar si cumple o no con lo peticionado, intentaremos mostrar y proponer, distintas soluciones o alternativas en torno

¹ Manuel Atienza: catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, donde es además director de la revista *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho* y director del posgrado en argumentación jurídica. Ha sido profesor en la Universidad Autónoma de Madrid y la Universidad de Valencia, así como de la Academia Europea de Teoría del Derecho. Fue profesor visitante en numerosas universidades, entre las que se destacan la Universidad de Buenos Aires, en Argentina y la Cornell University, en Estados Unidos. Fue Vicepresidente de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, IVR; ha recibido varios doctorados *honoris causa*; y ha publicado numerosas obras, entre ellas, la de análisis “Tras la Justicia” (Ariel, 1993, 2003). Ello, entre distintas funciones y cargos que ha ejercido. (https://es.wikipedia.org/wiki/Manuel_Atienza_Rodr%C3%ADguez)

Carla Sofía Reboredo

a los problemas abordados, teniendo en cuenta no sólo el plano teórico, sino lo que es aún más importante, el práctico.

En cuanto a la elección del tema, la violencia de género ha adquirido notables dimensiones durante los últimos años, quizás porque empezó a tenerse mayor conciencia de que ésta contaba con el aditamento de dominio y poder sobre el género, quizás porque fueron las mujeres quienes empezaron a tomar mayor protagonismo y dejaron de hablar por nosotras personas que jamás supieron lo que es vivir en una sociedad históricamente desigual, quizás porque mediáticamente empezó a “rendir” -como se dice vulgarmente- e inevitablemente tuvo que ponerse el tema en la agenda pública. Lo cierto es que, indistintamente de los motivos que hicieron que el tema tome mayor relevancia, está problemática me parece interesante de abordar.

Cuando el Dr. Ernesto Domenech², director de la Especialización de Derecho Penal de la Universidad Nacional de La Plata y profesor de la materia “Política Criminal”, nos dio la posibilidad de elegir como tema del trabajo final un agravante para analizar, pensé que está podría ser una buena manera de involucrarme con la problemática y entender los distintos argumentos que se esgrimen desde uno y otro lado. Pues, para lograr una verdadera comprensión del tema resulta fundamental no sesgarse, de antemano, con ninguna postura, o al menos así lo entiendo yo.

Finalmente, resta aclarar, que si bien la ley mencionada introdujo diversas agravantes, las cuales son todas interesantísimas de analizar, el trabajo debió centrarse en una de ellas para poder abarcarlo de manera acabada. En este punto, adelanto, me permito disentir con el maestro Jorge Eduardo Buompadre³ quien, junto a otros juristas, entiende

² Ernesto Eduardo Domenech; Abogado (UNLP): 1972; Especialista en Derecho Penal (UNLP): 1978; Profesor en la Universidad Nacional de La Plata; Director de la Especialización en Derecho Penal; Jurado en Concursos Docentes en la Universidad de La Plata y La Pampa Director de Doctorandos en la UNLP Evaluador de Tesinas en la Maestría en DDHH (UNLP); Director de Cursos de Capacitación en el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia; A cargo de la Organización de Pluralidades, Jornadas sobre Problemáticas de Infancia con el auspicio de Unicef; A cargo de la Organización del VIII Encuentro de Profesores de Derecho Penal; Profesor Investigador Categoría II. Director de reiterados Proyectos de Investigación con informes finales aprobados y de Proyectos de Investigación con el aval de Unicef; Evaluador de Proyectos de Investigación en la UNLP y la UNLa Pampa Secretario de Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP) Director por concurso del Instituto de Derecho Penal Director por concurso del Instituto de Derechos del Niño; Juez de Tribunal Oral Criminal N° 3 del Departamento Judicial La Plata. Ello, entre distintas funciones y cargos que ha ejercido. (http://www.fcnym.unlp.edu.ar/postgrado/Documentos/CV_abreviado_Domenech.pdf)

³ Jorge E. Buompadre: Doctor en Derecho, por la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina) Doctor en Derecho penal y procesal penal por la Universidad de Sevilla (España) Profesor titular por concurso de Derecho Penal, parte especial, Facultad de Derecho, UNNE. Vicedecano de la misma Facultad (2006/2018). Miembro Titular del Jurado de Enjuiciamiento para Magistrados y Funcionarios de la provincia de Corrientes (2012/2018). Presidente de la comisión para la reforma del Código Procesal Penal

Carla Sofía Reboredo

que el primer inciso del artículo 80 encuadra el tipo de *femicidio íntimo* –veremos en el punto que precede los tipos de femicidio- yo no creo que ello sea así, puesto que el primer inciso del artículo 80 agrava la pena para el delito de homicidio en razón de la cercanía entre las partes y la confianza que hay entre ellas, es decir, sin importar el género ni situaciones de desigualdad que pudiere haber. Por ello, me circunscribo al inciso 11, que considero que es el que introduce y trata a la violencia de género estrictamente en materia penal, siendo su incorporación un quiebre para la misma.

Agravantes Genéricas:

El tema de las agravantes genéricas, dispuestas en nuestra normativa penal, es interesante de abordar, pues, a través de la misma y su sistematicidad podremos observar algunos problemas que se suscitan en la materia. Para comenzar, hablaremos de las escalas penales que se encuentran en el Código Penal, principalmente en la parte especial, fijando un mínimo y máximo legal de tiempo para la condena a aplicar, teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 20 y 41 del código de análisis.

Las escalas penales cumplen una función orientativa para el juez y determinan el valor que le va a dar el Código Penal a cada bien jurídico protegido, asimismo, las escalas influyen en la designación de institutos, tales como suspensión del juicio a prueba, condenación condicional, eximición de prisión, etcétera. Éstas brindan un margen al juez para ser, valga la redundancia, “justo” en las decisiones a adoptar imponiendo la pena que considere necesaria, enmarcando su poder y discrecionalidad, en caso de mayor distancia entre el mínimo y máximo previsto.

Al respecto, surgen cuestionamientos acerca de si las escalas penales son variables por el juez, es decir, hay posturas mayoritarias que consideran que las escalas

para la provincia de Corrientes (2013). Profesor Asociado de Derecho Penal, Universidad John F. Kennedy, Buenos Aires. Miembro de Número de la Academia Nacional de Ciencias Penales de la Rep. Argentina. Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho penal (Pau, Francia). Miembro de la Asociación Internacional de Defensa Social (Milán, Italia). Ex Becario del INAP (Instituto Nacional de la Administración Pública), Alcalá de Henares, España. Especialista en Derecho penal, Universidad de Salamanca, España. Profesor visitante en la Universidad de Florencia (Italia). Director Académico de la carrera Maestría en Ciencias Penales, Facultad de Derecho, UNNE. Director Académico de la carrera Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho, UNNE. Director de la Revista de la Facultad de Derecho, UNNE. Profesor de Posgrado en las Universidades de Rosario, Kennedy (Buenos Aires) Mar del Plata, Nacional de Córdoba, Blas Pascal de Córdoba, San Juan Bosco de la Patagonia, etc. Ello, entre otras funciones y cargos que ha ejercido. (<https://aidpee.org/jorge-eduardo-buompadre/>)

Carla Sofía Reboredo

penales son infranqueables y, al contrario, tenemos como ejemplo al Dr. Zaffaroni⁴ quien entiende que los mínimos de las escalas son un límite al poder cuantificador de los jueces pero siempre que las otras fuentes de mayor jerarquía del derecho de cuantificación penal no obliguen a otra solución, entendiendo con ello que son meramente indicativos.

Por otro lado como fundamento a lo que sostiene –entre otros- el Dr. Zaffaroni, también se podría pensar que el máximo de las escalas penales previstas, teniendo en cuenta los fines que se le asigna a la pena, puede representar una advertencia para la sociedad que ve con ello lo que sucede si se lesiona un bien jurídico determinado, pero ello no sucede con los mínimos puesto que su eliminación no comportaría perjuicio alguno para las partes sometidas a proceso y, mucho menos, para la sociedad. Por lo expuesto, es que también se ha sostenido que la asignación de un mínimo en la escala penal representaría una intromisión en los deberes del poder judicial, en determinar en forma anticipada los niveles de culpabilidad por el hecho delictivo que se le atribuye e imponerle una sanción que deberá ser especificada luego de un debido proceso legal. Entiendo, particularmente, que éste criterio es atendible e interesante de abordar, adelantando hasta aquí que me genera un cierto temor respecto de la vulneración del derecho de igualdad ante la ley, pues, dejando a criterio de cada juez quebrantar los mínimos podría vulnerar el derecho constitucional de mención, ahora bien, si también

⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni: abogado y escribano de la Universidad de Buenos Aires (1962) revalidado por la Universidad Nacional de Asunción (Paraguay, 2003) y es Doctor en Ciencia Jurídicas y Sociales por la Universidad del Litoral (1964). Fue becario de la OEA en México y de la Max Planck Stiftung en Alemania. Se desempeñó en la judicatura durante dos décadas, retirándose como Juez de la Cámara Criminal de la Capital Federal. Con posterioridad fue Director General del Instituto Latinoamericano de prevención del delito de las Naciones Unidas (ILANUD, San José, Costa Rica). Fue electo Diputado Constituyente Nacional en 1994 y de la Ciudad de Buenos Aires en 1996 (presidente de la Comisión de Redacción de la Constituyente) y Diputado de la Ciudad en 1997), y posteriormente, Interventor del Instituto Nacional de Lucha contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). Fue profesor en las universidades veracruzana (México), del Salvador (Buenos Aires) y Católica de la Plata. Es profesor invitado, entre otras Universidades, de la del País Vasco, Autónoma de Santo Domingo (República Dominicana), San Martín de Porres (Perú), de Maracaibo (Venezuela), Cándido Méndez (Brasil) y profesor Honoris Causa de la Universidad Autónoma de Santo Domingo; Doctor Honoris Causa por la Universidad del Estado de Río de Janeiro, Doctor Honoris causa por la Universidad de Macerata (Italia), por la Universidad do Estado do Rio de Janeiro (1993), por la Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, República de Bolivia (2003), en Jurisprudencia por la Università degli Studi di Macerata, Macerata, Italia (2003), por la Universidad Nacional San Andrés de Arequipa, Arequipa, Perú (2003), por la Universidad Alas Peruanas, Lima, Perú (2003), por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina (2003), por la Universidad para la Cooperación Internacional, San José, Costa Rica (2003), por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F., México (2003), y por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España (2004), entre otros y Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires (2007). Es autor de proyectos de reformas a los códigos penales argentino (1991), ecuatoriano (1969 y 1992) y costarricense (1991). Ha publicado más de 25 obras. Fue Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello, entre distintas funciones y cargos que ha ejercido.

(http://www.derecho.uba.ar/multimedia/curriculum/cv_zaffaroni_01.pdf)

pondero el principio pro homine; de proporcionalidad; y de buena fe, entiendo la postura que sostiene la eliminación del mínimo. Sin perjuicio de ello, debo también mencionar que ésta idea tiene cierto lugar en la ley argentina, respondiendo, justamente, a los diferentes límites de la culpabilidad, ejemplo encontramos en el propio Código Penal con la tentativa prevista en el artículo 42; el delito imposible del artículo 44 y la participación secundaria del art. 46.

Ahora bien, estas escalas penales pueden ser aumentadas en sus mínimos y máximos en razón de las llamadas agravante penales. Las primeras agravantes genéricas, multa e inhabilitación especial, fueron introducidas en la época de la dictadura, durante el año 1976, a partir de ellas las que vinieron tuvieron estrecha relación con la democracia y los tratados internacionales a los que nuestro país adhería.

- **Problemas que plantean:**

Como hemos visto en la introducción, las agravantes genéricas enmarcan cierto tiempo de inconvenientes, que iremos analizando en el presente punto.

En primer lugar, nos vamos a referir a su ubicación, puesto que éstas estarán dispersas tanto en la parte general del Código Penal, en el Título V denominado “Imputabilidad”; como también en diversas figuras de parte especial, ejemplo de ello es el artículo 227 ter C.P. que agravará la pena prevista cuando se ponga en peligro la vigencia de la Constitución Nacional; finalmente, las podemos encontrar en leyes complementarias al Código, como la ley denominada “antidiscriminatoria” N° 23.592 en su artículo segundo, advirtiéndose con ello una gran dispersión normativa. Pero, además de lo mencionado, nos topamos con otras dificultades y es que no existen elementos de tipo paratextuales que permitan diferenciarlos del resto del articulado e identificarlos rápidamente, no existe una numeración corrida, no hay índices, ni están separados por títulos que permitan adelantar de qué estamos hablando.

Continuando con el tema, observamos que los términos empleados por las agravantes genéricas resultan muchas veces ambiguos, es decir, con más de un significado. Como ejemplo se puede mencionar el art. 41 quinqués del Código Penal, donde el agravante queda definido por la finalidad de *“aterrorizar a la población u obligar a las autoridades nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo”*, es decir, a primera vista podemos ver como el término *“aterrorizar”* no queda definido, dejando a

libre interpretación lo que cada uno crea que pueda significar el mismo, así también el término “*población*”, es decir, ¿cuántas personas son necesarias para determinar una población?; por otro lado, por qué sólo se refiere a autoridades nacionales y qué quiere decir con ello ¿quedan fuera las autoridades provinciales y municipales?. Si bien es cierto que en otras agravantes se emplean términos que son definidos por el Código de rito, como es “*Participación criminal*” en el Título VII, lo cierto es que también hay ambigüedades y hasta empleo de términos vagos -cuyo significado o expresión no resulta claro- como cuando refiere a la intervención de menores de dieciocho años de edad –art. 41 quater C.P- y no se especifica qué entiende por “intervención”, es decir, debe ser autor, coautor, partícipe necesario, o cuál debe ser esa participación para configurar el agravante. Ello, sin mencionar que el agravante refiere el aumento de las escalas previstas con respecto a los “*mayores*” sin tampoco determinar si son mayores de dieciocho años o simplemente mayores respecto del menor involucrado. Si queremos encontrar las respuestas a estos interrogantes deberíamos buscarlas en legislaciones complementarias, por ejemplo en el art. 126 y ccdtes. del Código Civil y Comercial de la Nación o en la ley N° 22.278 que regula la minoridad en materia penal.

Por otro lado, debemos tener presente que cada una de las agravantes introducidas en el articulado del Código Penal se ha originado en distintos contextos y razones de tipo político criminal. Por ejemplo, el artículo 41 bis que dispone: “*Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego...*” fue incorporado por la ley N° 25.297 del 22 de septiembre de 2000, con el gobierno del presidente Fernando De la Rúa, siendo una de las principales preocupaciones, en ese entonces, la inseguridad que azotaba al país y que, fogoneada por los medios de comunicación y la enorme crisis que se venía iniciando, generaba gran interés. De hecho y, continuando esta línea, también en esa reforma se aumentaron las penas para la portación de armas y el robo con ellas –conf. arts. 166 y 189 C.P.- También, ello lo podemos observar, con el artículo 227 ter. del Código Penal, que fue incluido por la ley N° 23.077, el 22 de agosto de 1994, con un panorama social lleno de ilusiones de regreso a la democracia. Ésta ley lo que hizo fue retrotraer el Código Penal al del año 1921 derogando lo legislado a la fecha, como si todo lo realizado hasta allí fuera erróneo (como ejemplo de ello podemos ver la derogación de la ley N° 21.338 que, anteriormente, había derogado a la ley N° 20.509 reincorporándose así la versión anterior del artículo 86 del Código Penal que fuera establecida siguiendo

Carla Sofía Reboredo

los lineamientos del Dr. Soler respecto de la figura del aborto eugenésico, introduciendo el requisito de “gravedad del peligro” eliminando del segundo párrafo la frase “*o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente*”) Resulta, entonces, fácil advertir que aquí se intentaba fomentar los valores democráticos del pueblo y proteger a las instituciones que la formaban, aun volviendo pasos para atrás respecto de lo avanzado.

Para concluir y poder adentrarnos al tema de la violencia de género, veremos como en el tema, también, hay reparos acerca de las modificaciones que introducen las agravantes en las escalas penales y los topes, o no, establecidos en cada uno de ellos. Esto, lo podemos ver con el **artículo 41 bis del C.P:** “*Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda. Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate*” que, como podemos observar, dispone que se agravara un tercio en su mínimo y en su máximo, fijando como tope que la misma no puede exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate... ahora bien, cabe preguntarse entonces ¿qué quiere decir con “*máximo legal*”?; ¿qué ocurre cuando hay distintas especies de pena?; y ¿qué sucede si aumentando la pena se asemeja a un delito de mayor gravedad?, también podemos detenernos en qué se refiere con violencia y con intimidación ¿los usa como sinónimos? parecería ser que sí, pues la intimidación forma parte de violentar una persona y, en ambos casos, la diferencia resultaría imperceptible.

Uno de los principales problemas evidenciado en este artículo es su segundo párrafo, que establece que la agravante no resulta aplicable cuando la violencia o intimidación mediante empleo de arma de fuego ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante de otro delito, es decir ¿este artículo puede agravar la pena de un hecho que resulta intimidatorio o violento para una persona mediante el empleo de un arma (sin determinar si es de fuego o no)? por ejemplo el artículo 166 inciso 2º que sólo hace referencia a “armas”; ¿Puede resultar un hecho doblemente agravado por los artículos mencionados? entiendo a todas luces que la respuesta es negativa y que la excepción que se menciona es innecesaria puesto que no hay margen de aplicación para ella. En relación a este agravante previsto, cabe preguntarse si en realidad el legislador no debió analizar e individualizar delito por delito en la parte especial, pues, con las

constantes reformas que se realizaron al código de un tiempo a esta parte, la agravante introducida genera más dudas y contradicciones, que certezas.

A fin de seguir ejemplificando la problemática generada con estos artículos, también tenemos el artículo **41 quater** que se refiere al delito “...cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, respecto de los mayores que hubieren participado” aumentando un tercio en su mínimo y en su máximo, sin establecer tope. Al respecto, cabe preguntarse –además de todo lo mencionado anteriormente- qué sucede si el delito se comete con *intimidación y violencia*, cómo y cuánto se agrava la escala penal prevista, pues, entiendo que se evidencia la misma inconsistencia con el anterior artículo respecto de la proporcionalidad de la pena. Y, finalmente, esto mismo lo encontramos con el artículo siguiente, **41 quinquies**, que agrava en un medio el mínimo y máximo, sin tope de la escala, generando la inquietud en este caso de por qué ese aumento en las penas, por qué un medio y no un tercio como en las anteriores ¿cuál sería la mayor gravedad? y, en todo caso, ¿cómo probamos esta conducta?, tal como hemos conversado a lo largo del año, este tipo penal se asemeja a los denominados “tipos abiertos”.

Como hemos podido observar a lo largo de este breve conteo, las problemáticas planteadas que giran en torno a las agravantes son numerosas y, simples soluciones relacionadas al orden establecido; utilización de términos inequívocos; colocación de índices o títulos previo a los artículos, permitirían, aún de forma superficial, brindar un poco de orden y claridad al tema.

Agravante “violencia de género”:

“El asesinato de mujeres por hombres motivado por odio, desprecio, placer o sentido de propiedad sobre una mujer”.

Esta fue la primer definición de “femicidio” que se conoce en el mundo, a principios del año 1990, en un artículo publicado por Diana Russell, junto a Jane Caputi, denominado “*Femicide: Speaking the unspeakable*” (Femicidio: Hablando de lo indescriptible). Sin perjuicio de que existan nuevas -y hasta más completas- definiciones, me pareció importante citar ésta porque a partir de allí el homicidio de mujeres, en contexto de género, empezó a tener nombre. Antes de continuar, vale aclarar, que el término “*femicidio*” ha sido objetado por la antropóloga mexicana Marcela Lagarde y de

Carla Sofía Reboredo

los Ríos quien ha propuesto el de “*feminicidio*” ya que, según su opinión, este último permite incluir la motivación del homicidio basada en el género o misoginia.

Respecto del femicidio, o feminicidio, Diana Rusell ha categorizado tres tipos, en primer lugar el *femicidio íntimo*: en donde se da muerte a una mujer con quien el hombre tenía una relación de pareja o convivencia; *no íntimo o sexual*: en donde los sujetos del femicidio no tienen relación de intimidad o de pareja, se suele denominar sexual puesto que el ataque de ese tipo es el más frecuente en esta categoría y, finalmente, el *femicidio por conexión o vinculado*: en donde se produce la muerte de un familiar, pariente o persona ligada a la mujer, con el único fin de amedrentarla.

En noviembre del año 2012, a través de la sanción de la ley N° 26.791, se introdujo en el Código Penal Argentino distintas variables al artículo 80. Esta reforma implicó la modificación y ampliación del inciso 1° del artículo de mención, que prevé una pena de reclusión o prisión perpetua, para quien matare a su “*ascendiente, descendiente, cónyuge o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no violencia*”. También se incorporó como agravante la motivación por odio “*de género, o a la orientación sexual, identidad de género o a su expresión*” prevista para el inciso 4°. Asimismo, se incorporaron los incisos 11° y 12° que prevén como agravante de la escala penal el homicidio cometido a “*una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare **violencia de género***”, o bien “*con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°*”. Finalmente, a través de esta reforma, se elimina la posibilidad de que se evalúe la existencia de circunstancias extraordinarias de atenuación de la pena “*a quien en una ocasión anterior hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima*”.

Sin perjuicio de que la introducción del término “violencia de género” en nuestra normativa penal se introdujo como agravante en el delito de homicidio, lo cierto es que a raíz de la técnica legislativa del artículo 92 ésta se extendió respecto de las lesiones y el abuso de armas del artículo 105 del Código Penal. Como ya hemos mencionado, a través del presente trabajo intentaré analizar, con los niveles de racionalidad propuestos por Manuel Atienza, el agravante de la violencia de género.

Análisis Lingüístico:

Con el término “violencia de género” han surgido arduos debates puesto que dicha denominación puede resultar un tanto ambigua. Así, a modo de ejemplo,

Carla Sofía Reboredo

podemos hacernos algunos interrogantes respecto de su terminología: *¿La violencia de género distingue si es femenino o masculino? o bien ¿hablamos de violencia contra la mujer exclusivamente?; y cuando nos referimos a violencia contra la mujer ¿nos circunscribimos a su sexo o a su género?*.

Cuando se sancionó el Código Penal no se hablaba de género, ni mucho menos se tenía conciencia del género como construcción social que puede ser distinta al sexo, el cual se identifica con los genitales que uno tiene al momento de su nacimiento. Pero, con el correr de los años la problemática a la que aludimos empezó a tomar fuerza, en un primer lugar se abarcó la violencia intrafamiliar y se sancionó la ley N° 24.417 de “Protección contra la Violencia Familiar” que, como su nombre lo indica, no se circunscribe a la violencia contra la mujer específicamente, sino que alude a la violencia contra todo el grupo familiar. Luego, a partir de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, aprobado por nuestro país en marzo de 1996, empezó a centrarse la mirada en torno a la violencia –física; sexual; económica y psicológica- contra las mujeres, exclusivamente.

En este punto intentaremos analizar las problemáticas que giran en torno a la denominación de este agravante, pues como sostiene Manuel Atienza, en “*Tras la Justicia*”, el lenguaje empleado en una ley deberá ser claro, fluido y de fácil interpretación y, tal como mencionamos al inicio, con la incorporación del término “violencia de género” en el inciso 11 del artículo 80, desde el punto de vista conceptual, se han suscitado distintas problemáticas.

En primer lugar, resulta prudente destacar que nuestro Código Penal no posee una definición específica, por lo que necesitaremos recurrir a los antecedentes legislativos de la ley de análisis. Así, La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer, ratificada por Argentina en 1985, alude a la cuestión de género al condenar en forma expresa la discriminación contra la mujer en todas sus formas. Lo mismo hace el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que controla la ejecución de la Convención, incluyendo en forma expresa la violencia de género como un acto de discriminación contra la mujer.

En tanto, nuestro ordenamiento interno, con la Ley N° 26.485 de Protección Integral para las Mujeres, define en su artículo N° 4 a la violencia contra la mujer expresando que es “*toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual*

Carla Sofía Reboredo

de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

Por lo expuesto, tenemos que tener presente que en Argentina cuando nos referimos a “violencia de género” queremos determinar un tipo de violencia ejercida, pura y exclusivamente, en razón de ser mujer y en un contexto de dominio y desigualdad latente. Las lesiones y/o el homicidio no se ven agravados, simplemente, porque un hombre mato y/o lesiono a una mujer, sino que van mucho más allá, basándose en relaciones de poder asimétrico que existe entre los géneros. Entonces ¿por qué hablamos de violencia de género y no de violencia contra la mujer? La respuesta es sencilla, el delito se entiende de género porque se utiliza a éste como elemento un facilitador o determinante del hecho cometido.

Ésta denominación que muchos han cuestionado, ésta problemática a la que se ha querido quitar relevancia puesto que, claro, ataca la estructura patriarcal en la que fuimos criados y nos hace replantear todo lo que hasta este momento teníamos como asumido, trata de ir al origen, a la raíz del machismo y extirpar por completo las consecuencias del mismo:

*“Se trata de una variable teórica esencial para comprender que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, que no nos hallamos ante una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer), sino que es consecuencia de una **situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal.** El género se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se **adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres.** Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignados bajo la etiqueta del género. De ahí, la **prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino.** Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género. Esa explicación de la violencia contra las mujeres en clave cultural, no biológica, es la que define la perspectiva de género”* María, MAQUEDA ABREU “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social” (2006). Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Nº. 08-02, p. 02:2) www.criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf. Lo subrayado y negrita me pertenece.

Por otro lado, y respecto al nivel de racionalidad planteado en primer término, surge el interrogante de qué sucede en el caso de que la víctima se sienta de género femenino pero su sexo sea distinto. Recordemos que con la ley N° 26.743 en

Carla Sofía Reboredo

Argentina toda persona tiene derecho a ser tratada y reconocida según su identidad de género, definida en su artículo segundo como “(...) *La vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (...)*”. Es decir ¿Se aplica como agravante la violencia de género en personas “trans” o el legislador quiso identificar, en realidad, con la palabra “género” al sexo de las personas?

El caso de Diana Sacayán puede, quizás, acercarnos a una respuesta. El 18 de junio de 2018 el Tribunal Oral Criminal N°4 de la Ciudad de Buenos Aires condenó a prisión perpetua a Marino, un hombre acusado de haber cometido el homicidio de Diana, una conocida mujer transgénero. Para llegar a esta pena, se valoraron como agravantes el odio al género –o sus expresiones- contemplado en el inciso 4° del artículo 80, también inserto por la ley de análisis, y el inciso 11, por considerar que medió violencia de género. A partir de este caso, el término “*Travesticidio*” empezó a tomar mayor relevancia, al menos en el ámbito judicial. En el tema, es importante traer a colación que ésta situación ya había sido contemplada, puesto que al momento de ser aprobada por la Cámara de Diputados la ley N° 26.791 y pasar a Senadores, se realizaron ciertas modificaciones en donde, la figura del femicidio quedaba legislada en un artículo aparte, N° 80 bis, y no como agravante del homicidio, disponiendo lo siguiente: “(...) *Se impondrá prisión perpetua al hombre que matare a una mujer o a una persona que se autoperciba con identidad de género femenino y mediante violencia de género*”, sin embargo, cuando el proyecto fue reenviado a la Cámara de Diputados está insistió con la redacción originaria y queda tal cual como lo analizamos.

En este punto, los Dres. José Daniel Cesano-Gustavo A. Arocena⁵ se han pronunciado, refiriendo que en realidad la ley es clara respecto de los sujetos intervinientes en la figura de femicidio, puesto que sólo puede ser cometido por un hombre y perpetrado contra una mujer y, por mujer en este caso se entiende a la que biológicamente nació así, ya que en ello se basa la desigualdad social histórica; siendo en todo caso el homicidio cometido contra una persona transgénero o transexual el comprendido en el inciso 4 de la ley de análisis, que contempla el odio al género o sus expresiones. “(...) *Una interpretación del tipo legal del art. 80, inc 11 del Código Penal*

⁵ Gustavo A. Arocena y José Daniel Cesano “*El delito de Femicidio: Aspectos político-criminales y análisis dogmático-jurídico*” (2018). Ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires.

Carla Sofía Reboredo

en necesaria “clave” cultural y sociológica –que repara en el pensamiento misógino, justamente, como fenómeno cultural-sociológico, y no como motivación individual de una determinada conducta homicida- lo demanda de esta manera, sin que exista, como vimos, riesgo de que la pena calificada no pueda imponerse a quien ha atentado contra la vida de una mujer trans impusado por su aversión a su condición de tal” (Gustavo A. Arocena-José Daniel Cesano:2017; p. 123).

En relación a ello, si bien comprendo lo planteado anteriormente, no puedo negar que me hace ruido y prefiero entender que la violencia de género es extensiva a aquellas mujeres que no nacieron biológicamente como tal pero se sienten así, puesto que si bien el homicidio puede estar motivado en el odio al género y quedar comprendido en el artículo 4, esto no es óbice para que exista entre las partes involucradas violencia de género, todo lo relacionado y vinculado a la mujer y/o identidades feminizadas ha sido objeto de desigualdades históricas y dominio, si a eso le sumas el cambio de género y, que ese género sea femenino, ambas partes coadyuvan.

Volviendo a la denominación aplicada, en muchos países del mundo se ha entendido que “violencia de género” no era la apropiada y, por ejemplo, se ha propuesto “violencia machista”. Sin embargo, aún en lugares como España o Italia, también se denomina a la violencia contra la mujer como violencia de género. Sin perjuicio de ello, que esto sea así no debería limitarnos en nada, puesto que si observamos el derecho comparado en países como Colombia, Bolivia, Chile o Nicaragua la violencia de género, o violencia contra la mujer, se encuentra inserta genéricamente dentro de las violencias en contexto familiar y aquí lo que se plantea, como ya hemos analizado, es una cosa bien distinta.

Para finalizar y ser lo más claro posible, este agravante se utiliza como forma de dar lugar a una desigualdad histórica, no plantea siquiera que debe haber una relación de pareja o convivencia previa –cuyo agravante, ya vimos, está contemplado en otro inciso del artículo 80, sin hacer hincapié en el género- sino que trata de dar lugar a la violencia de estructura patriarcal y esto, ineludiblemente, tiene que darse cuando hay un sujeto activo hombre y un sujeto pasivo mujer. Por otro lado, lo cierto es que hoy en día la denominada “violencia de género” es pura y exclusivamente entendida con el significado que el legislador le quiso otorgar. Es decir, el término tal y como esta empleado actualmente tiene un significado inequívoco; y entiendo, a mi parecer, que la

Carla Sofía Reboredo

variable “violencia machista” comprendería mucho más que la violencia ejercida por un hombre contra una mujer en circunstancias de desigualdad y dominio, puesto que equivale a cualquier violencia ejercida y motivada en razón de salirse de lo que se esperaría de un “hombre” y de una “mujer”. Por lo que, entiendo, la ley N° 26.791 abarca en su conjunto la violencia machista, ello por cuanto indica situaciones no sólo de violencia contra la mujer, independientemente del vínculo que pueda existir entre las partes, sino también la homofobia o transfobia –inciso 4-. Con esto quiero ser precisa y hacer hincapié en que el machismo no sólo pone expectativas en el género femenino sino que las coloca en el masculino y, lo diferente a lo esperado de la masculinidad, es sujeto pasivo de cualquier injusto.

Análisis Jurídico Formal:

Este segundo nivel de análisis lo que propone es que el nuevo texto de la ley se pueda integrar en armonía con el resto del articulado, tanto interna como externamente, es decir dentro de su propio cuerpo legal como fuera del mismo. Lo que se pretende con esta armonía legislativa es que la ley se torne sistemática, es decir, sin lagunas ni contradicciones, provocando de esa forma seguridad jurídica.

Nuestro Código Penal ha sido objeto de numerosas modificaciones, muestra clara de ello son las famosas “*leyes Blumberg*”. Con ello, nuestro ordenamiento se ha visto en innumerables ocasiones desarticulado, alterándose las escalas penales y con ello la proporcionalidad de las penas, afectando el orden y la jerarquía de los bienes jurídicos. A modo de citar un ejemplo, la portación de un arma de fuego por parte de un autor que tenga un antecedente por delito doloso o una excarcelación o exención concedida tendrá en expectativa una pena de cuatro (4) a diez (10) años de prisión; mientras que para las lesiones graves agravadas, por ejemplo, por mediar violencia de género una pena de tres (3) a diez (10) años. O bien, el delito de abuso de armas que prevé una pena de uno (1) a tres (3) años de prisión y las lesiones leves agravadas de seis (6) meses a dos (2) años de prisión. Con ello, vemos como se consagran delitos de peligro con el mínimo de pena más alto que para el delito de lesiones.

No obstante lo antedicho veremos, en primer lugar, teniendo presente que el cuerpo legal donde se insertan las modificaciones de la ley N° 26.791 es el Código Penal, que para el delito de homicidio agravado, del artículo 80, se prevé una pena fija de

“reclusión o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo establecido en el art. 52”. Es decir, si bien el agravante de análisis no se contrapone con los demás, puesto que se incluye en un catálogo de circunstancias que tienen una pena fija, lo cierto es que se han planteado diversas posturas acerca de la inconstitucionalidad de la accesoria del artículo 52 – reclusión por tiempo indeterminado- cuestionando acerca de que el hecho de aplicar una pena por tiempo indeterminado, por ser múltiple reincidente, atenta contra principios tales como el de proporcionalidad, legalidad, non bis in ídem, entre otros, fundándose su penalidad en un derecho penal de autor.

Si bien la inconstitucionalidad del artículo 52 del Código Penal no es un tema en el que deba profundizar, puesto que aquí estamos analizando el artículo 80 inciso 11 y 92 del C.P. como agravantes del homicidio y lesiones en contexto de violencia de género, lo cierto es que resulta importante destacar aquí lo resuelto por La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa *“Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa”* en donde se sostuvo que la accesoria de prisión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del C.P. era inconstitucional. Del mencionado fallo se desprende que: *“...resulta por demás claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo ... En un estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la constitución no puede admitir que el propio estado se arroge la potestad sobrehumana de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad o, si se prefiere, mediante la pena o a través de una medida de seguridad”*.

Por otro lado, siguiendo el análisis Jurídico Formal, vemos que en razón del artículo 56bis de la ley N° 24.660 de Ejecución Penal Nacional y del artículo 100 de la ley N°12.256 Ejecución Penal Bonaerense, se restringe la posibilidad de que una persona que haya cometido homicidio agravado por el artículo 80 –exceptuando el inciso 1°, en el caso de la legislación provincial- pueda acceder a determinados derechos externatorios, como son las salidas transitorias. En los fundamentos de la ley N° 12.543,

Carla Sofía Reboredo

que introduce esta restricción al artículo 100 de la ley provincial, se desprende lo siguiente: “...*Liminarmente, es dable destacar que las modificaciones al régimen vigente que se propician no están encaminadas a agravar la situación de detención del condenado; por el contrario, tienden a **la protección de los intereses públicos** contra el accionar de la criminalidad actual, donde personas sobre las cuales recayeron severas penas por graves delitos, no llegan a cumplir el tiempo mínimo e indispensable, dentro de un instituto carcelario para lograr uno de los fines básicos de la pena, esto es la readaptación del individuo al medio... Se toman estos parámetros de trabajo, en virtud de entender que aquellos condenados por alguno de los delitos reseñados en el párrafo tercero del artículo 100 de la presente reforma, poseen indudablemente determinadas características personales, incompatibles con las de un condenado al que se le pueden brindar, beneficios de un régimen semiabierto. No se trata de entorpecer la salida de un condenado por la simple utilización del poder, represivo del Estado. Se trata de ejercer el derecho de otorgar tal beneficio a quienes no hayan cometido delitos aberrantes como los reseñados, por lo que de ninguna manera debe acceder a tal instituto quien no haya tenido respeto por el valor vida. La estadística delictiva de los últimos años ha demostrado una progresión en cuanto a la cantidad de hechos delictivos y a la peligrosidad de sus autores. Ello causa **fuerte rechazo en la sociedad**, la que reclama a viva voz la corrección de dicha falencia. No resulta agradable ni beneficioso ver en libertad al autor de un delito grave, cometiendo una vez más hechos similares a aquéllos por los cuales estuvo en prisión. Se busca, entonces, extremar las medidas tendientes a saber y garantizar que quien sale en libertad no será un elemento pernicioso para la sociedad, ni se convertirá en un peligro para la misma...*”⁶.

Sin perjuicio de las objeciones, o no, que el intérprete pueda realizar respecto de estas restricciones a derechos extemporales para condenados a ciertos tipos de delitos, sobre todo teniendo en cuenta que la finalidad de la pena es la adecuada inserción social del condenado, lo cierto es que en virtud de la potestad de los Magistrados el mismo puede ser declarado inconstitucional y acceder, entonces, a dichos derechos. No obstante de que dependerá del criterio de cada juez, lo cierto es que ante dicha situación existe un remedio procesal y, por tanto, la penalidad que se prevé tampoco llegar a cumplirse.

⁶Fundamentos de ley N° 12543; B.O. 14/12/200; lo resaltado en negrita me pertenece.

Con todo ello, entiendo que al integrarse la ley a un cuerpo legal el cual ya establecía una pena, puesto que el agravante en el caso se subsume en un artículo cuya pena ya se encontraba dispuesta, hace que no se rompa con la armonía que se pretende en este segundo nivel de racionalidad. No obstante, no se puede soslayar que si realmente se intenta dar una solución al problema de base y, tenemos planteos serios respecto de la constitucionalidad del artículo 52 C.P., hay que tener en cuenta que proponer una modificación no implica centrarse sólo en ella sino en el conjunto al que se integra. Por lo que, bien podría haberse planteado incorporar un artículo –como se propuso en Senadores- con una pena distinta a la dispuesta, en donde se salva la situación de que se realicen planteos de inconstitucionalidad.

Por otro lado, refiriéndonos ahora a la integración externa, analizaremos, en primer lugar, el principio referido a la **Igualdad ante la Ley**, receptado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, el cual establece: *“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”*. Al respecto, Jorge Eduardo Buompadre analizó el tema manifestando que el inciso 11 implica una *“hiperprotección”* de la mujer, enmarcándose además, exclusivamente en una relación heterosexual. Sin embargo, el autor de mención también sostuvo que en realidad este planteo queda salvado, ya que en la figura del *“femicidio”* se prevé la misma pena –prisión o reclusión perpetua- que para el homicidio del ascendiente, descendiente, cónyuge o ex cónyuge, excluyéndose de esa forma la posibilidad de un derecho penal de autor por el que se castiga con la mayor penalidad al agresor por su pertenencia al género masculino.

A modo de citar ejemplo, respecto de estos cuestionamientos en nuestro país, el 24 de agosto del año 2015 ante el Juzgado de Garantías N° 4 de la Provincia de Salta en autos caratulados *“Herrera Leañes, Gustavo Adolfo por homicidio calificado en perjuicio de Surita, Gabriela Romina”* se interpuso Recurso de Inconstitucionalidad por considerar que el inciso 11° del artículo 80 Código Penal es violatorio del principio de igualdad ante la ley. Para ello el abogado defensor manifestó que: *“(…) Resulta inexplicable que una mujer que mata tenga menor pena a la de un hombre(…) La ley de violencia de género es producto de una coyuntura política que se vive en nuestro país, la que se sancionó sin prestar atención a las voces que se alzaban en contra en el Congreso*

Carla Sofía Reboredo

de la Nación a su sanción(...) Esta ley de violencia de género parte de un injusto de que el hombre por ser hombre ya corre con una carga legal extra, que es el agravamiento de su condena, si algún día mata a una mujer, condenándosele a la muerte civil de la persona". El recurso fue rechazado y el Juez Diego Rodríguez Pipino se pronunció de la siguiente forma: *"(...)El argumento de fondo que justifica el agravamiento de las penas en estos casos, es que la violencia contra las mujeres- cometidas por los hombres- no sólo afectan la vida, la integridad física, psíquica o su libertad sexual, sino que existe un elemento adicional que se encuentra dado precisamente por la discriminación y la subordinación implícita en la violencia de que ellas son víctimas, lo cual dota de un plus al injusto cometido por el agresor(...)"*.

Respecto del tema en particular he de resaltar lo que se mencionó anteriormente, este delito no se trata de una simple y vacía guerra de sexos, ni de que la mujer biológicamente sea más "débil" que el hombre y por tanto haya que otorgarle una mayor protección. Por supuesto que la mujer por el sólo hecho de ser tal no es "buena persona" y el hombre "malo" y que ninguna conducta que conlleve a un homicidio –sea cual fuera el sexo de las partes- debería ser más o menos reprochable penalmente, de hecho no lo es puesto que –como ya mencionamos- se plantea la misma pena para todas las agravantes del homicidio. Anticipo que presumir que lo expresado hasta aquí va en consonancia con ello sería errado, ya que lejos estaría de mi intención subestimar el género femenino. Por otro lado, entiendo que aclarar a los receptores de este trabajo que todo homicidio en donde una mujer es víctima y el hombre victimario no es femicidio, sería subestimar al lector. Lo que puedo inferir hasta aquí es que lo que se pretende es resguardar la igualdad de trato en igualdad de condiciones, es decir, no podemos desconocer que las personas de género femenino e identidades feminizadas han sufrido desigualdades históricas y en todos los ámbitos y que la balanza, recién ahora y de a poco, se está empezando a inclinar.

Tampoco es novedoso decir que la sociedad en la que estamos insertos es de raigambre machista y que las expectativas puestas a los distintos géneros fomentan situaciones injustas para todos al intentar cumplir con las mismas. Es decir, la problemática de género es mucho más profunda, sin perjuicio de que estar, o no, de acuerdo con que esta igualdad se consiga mediante la inclusión de este inciso, o de distintas figuras penales, será una cuestión que abordaré más adelante.

Continuando con el análisis, otro de los principios constitucionales que se ha visto discutido respecto de su vulnerabilidad es el de **Inocencia**, es decir aquel que considera que toda persona es inocente, hasta tanto no haya una sentencia firme que demuestre lo contrario. Como consecuencia lógica, la persona imputada no deberá tener la carga de la prueba puesto que rige para sí la presunción de no culpabilidad y, será la parte acusadora la que, en todo caso, deberá quebrar la misma.

Acá lo que se plantea es si el legislador invirtió la carga probatoria poniéndola en cabeza del imputado, respecto de demostrar que el hecho delictivo por el cual se lo acusa, homicidio o lesiones, no se dio en un contexto de género. Es decir, al tratarse de un aumento de pena por darse en un contexto de género el sólo hecho de ser el imputado hombre y la presunta víctima mujer no determinaría una presunción de culpabilidad per se. Respecto del tema, entiendo particularmente que, como sostuve en el análisis del primer nivel, se deberá valorar el caso en particular. Habrá que detenerse comprometidamente en las circunstancias que llevaron a las lesiones y/o homicidio de la persona, puesto que no toda violencia que vive una mujer se da en un contexto de género y, contrario sensu, no todo hombre que mata a una mujer verá su pena agravada por cometerse en un contexto de violencia de género, dependerá de cada circunstancia demostrar, por ejemplo, que entre las partes hubo una relación de dominio y desigualdad, vale decir, no habrá que detenerse en el hecho concreto sino, más bien, valorar el contexto histórico entre las partes. Si bien no puedo desconocer que muchas veces se plantean situaciones donde parece tener el hombre-imputado una presunción iuris tantum entiendo que en un proceso llevado a cabo conforme lo prescribe la ley no debería darse ninguna circunstancia que plantee esa presunción.

Entiendo, para concluir este análisis, que no obstante los diversos planteos que se hicieron respecto de la constitucionalidad de la inclusión del homicidio agravado por mediar violencia de género y sus derivados, como lesiones y abuso de armas, lo cierto es que estos se ven salvados si vemos que el mismo fue inserto en un catálogo que abarca diversas situaciones de agravamiento de la pena de homicidio cuya pena es única. Sin perjuicio de ello, esto tampoco es lo meritorio puesto que por ejemplo el inciso 1 del artículo 80 CP contempla un abanico muy amplio de situaciones para aumentar la pena, las cuales muchas veces quedan confundidas con las del inciso de análisis. Si bien, la pena será en definitiva la misma –prisión perpetua- lo cierto es que el objetivo que

Carla Sofía Reboredo

tuvieron los legisladores al momento de incorporar la figura, que era justamente darle notoriedad a los femicidios, poco podría tener lugar.

Racionalidad Pragmática:

Este nivel de racionalidad implica que el texto de la ley se convierta en acción, es decir que la conducta de los destinatarios se adecue a lo prescripto y no quede en un texto “muerto”, lo cual podría pasar por ejemplo por factores subjetivos, ósea, cuando las partes desconocen la existencia de la norma o bien por factores objetivos, que se da cuando por ejemplo falta presupuesto para llevarlas adelante.

No quedan dudas que los medios masivos de comunicación repercuten en la sensibilidad y ponen sobre el tapete temas que influyen en nuestra legislación y con la ley N° 26.791 no tenemos la excepción. Un ejemplo de ello es el caso de Marita Verón, donde a raíz de su desaparición y el enorme impacto social que la misma tuvo se sancionó la ley N° 26.842 que regula la trata de personas. Otro caso que influyó en nuestra legislación fue el homicidio de Carla Figueroa, en la cual la ex pareja la mata luego de recuperar la libertad bajo la figura del avenimiento, figura que se encontraba en el artículo 132 del Código Penal y, tras este hecho, fue derogada.

En el caso de la ley de análisis, si bien veníamos del caso emblemático de Carla Figueroa, el hecho que terminó de marcar la agenda fue el de Wanda Taddei, por el cual se condenó a su pareja a la pena de prisión perpetua configurando su accionar en la figura del homicidio calificado por el vínculo. En el homicidio de Wanda Taddei, si bien la figura del femicidio no existía, no se podía considerar que simplemente se agravaba por mantener un vínculo, puesto que de fondo se subsumía una situación aún más profunda, en donde el desprecio por su vida, su dominación sobre la víctima resultaban plasmadas con la forma de cometer el hecho, que en la sentencia dictada por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, se describió de la siguiente manera:

“(...) El día 10/02/10, en horas de la madrugada –alrededor de las 03:00 hs Eduardo Arturo Vásquez ingreso a su domicilio...y luego de mantener una discusión con quien fuera su cónyuge Wanda Taddei, arrojó alcohol sobre el cuerpo de esta, y mediante el empleo de un encendedor, generó un foco ígneo que afectó principalmente a la nombrada, el cual fue sofocado mediante la actividad del inculcado, quien, a esos fines, se valió de una manta que cubría el futon sufriendo –a su vez quemaduras en ambos brazos. Luego, Vásquez traslado a Taddei...a la guardia del Hospital Santojanni donde recibió las primeras atenciones...horas más tarde fue derivada al Hospital de Quemados donde permaneció internada hasta el 21/02/10, fecha en la que falleció a causas de las quemaduras graves que sufriera y neuropatía...”.

Posterior al caso de Wanda, se fueron conociendo una seguidilla de homicidios de mujeres en manos de hombres, cuyas características –ej. Quemaduras-

Carla Sofía Reboredo

dejaban a entrever que la situación iba más allá, precipitándose varias propuestas legislativas para sancionar estos casos de femicidio, hasta concretarse la ley N° 26.791.

Si bien, como mencionamos anteriormente, la Cámara de Senadores quiso configurar a dicha figura en un artículo aparte, a fin de darle mayor visibilidad a la problemática y que la figura sea autónoma, lo cierto es que la misma quedó subsumida en el homicidio agravado, tal como fuera propuesto originariamente por la Cámara de Diputados. Uno de los fundamentos para ello fue la imposibilidad de extender este agravante a las lesiones, conforme fuera configurado por el artículo 92 C.P. No obstante, entiendo que la ley no queda en letra muerta, ello porque no podemos desconocer que la violencia de género es un tema instalado, lamentablemente, en nuestra sociedad. Es decir, no se desconoce que las lesiones y/o el homicidio resulta agravadas cuando se configuran ante tal situación y las sentencias así lo demuestran.

La primera vez que el término de femicidio fue utilizado en nuestro país fue en el caso de Corina Fernandez, a quien su ex pareja, le efectuó dos disparos que no lograron matarla:

“(…) No hay razón, en consecuencia, para no darle nombre y, en tal sentido, cabe señalar que la conducta de Javier Claudio Weber constituye un intento de femicidio, entendiéndose por tal la muerte de una mujer -o de una persona con identidad femenina- ejecutada por un varón en razón del género (…)” (Voto de los jueces Fernando R. Ramírez y Ana Dieta de Herrero, p. 166).

Sin perjuicio de ello, me parece sumamente interesante traer aquí lo que Rita Segato⁷ considera respecto del rol de los medios masivos de comunicación en este

⁷ Rita Segato, Antropóloga; es Master y PhD en Antropología Social por la Queen's University of Belfast, Irlanda del Norte, Reino Unido de Gran Bretaña (1977-1984). Profesora del Departamento de Antropología y de la Cátedra UNESCO de bioética de la Universidad de Brasilia. Investigadora de nivel máximo del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de Brasil – CNPq, y Directora del grupo de investigación “Antropología y Derechos Humanos”. Directora del Subproyecto “Las Políticas de Inclusión y el debate Jurídico” del Instituto Nacional de Ciencia y Tecnología sobre Inclusión en la Educación Superior y la Investigación – INCTI del Ministério de Ciência y Tecnología de Brasil. do investigadora visitante en el Departamento de Antropología Social de la City University of New York (octubre a diciembre de 1992); en el Depto. de Antropología de Rice University, Houston, (septiembre de 1994 a julio de 1995); en el Institute for the Research in the Humanities de la Universidad de Wisconsin en Madison (febrero a mayo de 1999), y profesora visitante en el Institute of Latin American Studies de la Universidad de Florida en Gainesville (agosto de 1995 a junio de 1996). También fue académica visitante en la École de Hautes Études en Sciences Sociales de Paris (noviembre y diciembre de 2003) y profesora de cursos de postgrado en la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Nacional de Quilmes y en el Instituto de Altos Estudios de la Universidad Nacional de San Martín, en Argentina (entre 2001 e 2008). En el campo de los Derechos Humanos, creó y dirigió en la penitenciaría de Brasilia, entre 1999 y 2001, el Proyecto “Habla preso: el Derecho Humano a la palabra en la cárcel”, luego también adaptado a las cárceles de la Provincia de Buenos Aires. Fue co-autora (en colaboración con José Jorge de Carvalho) de la primera propuesta de reserva de cupos (cuotas) para estudiantes negros e indígenas en la educación superior pública brasilera (presentada por primera vez en la Universidad de Brasilia en 1999 e implantada

Carla Sofía Reboredo

tema. La antropóloga de acción refiere que los medios utilizan la “pedagogía de la crueldad” y que el resultado de esa pedagogía es la falta de empatía con la víctima:

“(…) Cuando vengo a Argentina me sorprende mucho cuando veo las noticias en las televisiones no públicas. No es solamente la espectacularización de la noticia, por ejemplo un crimen de violencia de género, sino por la repetición de la noticia, que hace que a la mujer la maten mil veces en el día. Eso es una idea de incitación y promoción, que de alguna manera incita a la mimesis de ese crimen; o para aquellos que abordan la violencia desde una perspectiva epidemiológica, eso contagia a la sociedad. Por qué pasa eso, quién es el que está detrás de eso. Ahí es donde propongo que hay una pedagogía de la crueldad. No es que el ojo del público sea cruel y rapiñador, sino que se lo enseña a despojar, a rapiñar, a usar los cuerpos hasta que queden solo restos; es una pedagogía porque ese público está siendo enseñado (…)”
<https://perio.unlp.edu.ar/node/4602>

Rita lo que refiere, además, es que la pedagogía de la crueldad lo que hace es perpetuar el mandato de la masculinidad, donde el goce está puesto absolutamente en el consumo, el consumo del cuerpo de las mujeres, el que históricamente está deshumanizado y al que se trata como objeto, el cual al ser considerado “cosa” se le pierde la empatía. Los medios masivos de comunicación lo que hacen, además de repetir el hecho una y mil veces, es dar detalles morbosos, hacer un espectáculo del dolor de la mujer.

En cuanto a los factores objetivos, entiendo se han invertido recursos en materia de violencia de género, el 29 de junio de 2015 la Procuración General de la Nación creó, mediante Resolución PGN N° 427/16, la UFEM Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las mujeres y personas lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transgénero, transexuales e intersexuales (LGBTI) del Ministerio Público Fiscal de la Nación. Asimismo, en la Provincia de Buenos Aires además de contar con fiscalías especializadas, en el año 2017 se creó la Red de Hogares, contando también con la Línea de Atención Telefónica 144 que funciona desde el 2016. Así, en el 2018 se implementó un Fondo de Emergencia para que los municipios puedan asistir en el momento a las mujeres en situación de violencia, el mismo consiste en una ayuda económica que podrá ser destinado a alojamiento, pasajes para traslados de las víctimas o elementos de primera necesidad o urgencia, entre otras herramientas que se están destinando a esta problemática.

en 2004), y elaboró, para la Fundación Nacional del Indio, en colaboración con 41 mujeres indígenas de Brasil, una Propuesta de Políticas Públicas y Acciones Afirmativas para Mujeres Indígenas (2002). Ello, entre distintas funciones y cargos que ha ejercido.
http://hum.unne.edu.ar/generoysex/enlaces/rita_segato.pdf

Para agregar a los recursos y/o medidas diseñadas en la materia, hace aproximadamente un año, marzo del año 2018, el Procurador General de la Nación interino, Eduardo Casal, presento “Protocolo para la Investigación y Litigio de Casos de Muertes Violentas de Mujeres”, este documento fue creado por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM) y protocolizado mediante la Resolución PGN N°31/2018. Lo que hace es ofrecer a los integrantes del Ministerio Público Fiscal pautas para actuar ante este tipo de hechos, de manera eficaz y con perspectiva de género, a fin de asegurar que la intervención del organismo se desarrolle de acuerdo con estándares internacionales de debida diligencia reforzada, aplicables a la criminalidad de género.

Sin embargo, más allá de los recursos económicos que se puedan destinar, lo cierto es que para que esta problemática sea contemplada seriamente lo que nos falta es perspectiva de género; conocimiento; especialización sobre el tema en los poderes públicos del estado, puesto que, como hemos aludido a lo largo del trabajo, a la violencia de género le damos pelea entre todos, porque la misma se origina en el machismo y, por lo tanto, en la desigualdad. Respecto de ello, el 10 de enero del año en curso se publicó el texto de la ley N° 27.499 la cual establece la capacitación obligatoria para todas las personas que integren los poderes del estado, disponiendo que quien se negare a hacerlo será intimado y, en todo caso, se considerará una falta grave pasible de sanción. Habrá, entonces, que esperar si dicha ley se cumple y ver cómo se ejecuta.

Por su parte, el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires desde el año 2015 publica un registro anual respecto de los casos de violencia de género surgidos en la provincia. En el informe publicado, referente al año 2017, surge que del total de homicidios cometidos el 60,5% resultaron de violencia de género, siendo un 8,9% más en relación al año 2016 y, contando con la denuncia sólo de 13 -de 98- mujeres muertas en dicho contexto⁸.

Para números recientes, este 8 de marzo de 2019, el Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Julio Conte Grand, dio a conocer cifras del año 2018, en donde se da cuenta que un total de 116.535 causas por violencia de género se iniciaron en la Provincia de Buenos Aires; y que el número de víctimas de femicidios ascendió a 102 mujeres muertas, es decir, un 4% más respecto del

⁸ Datos recabados en <https://www.mpba.gov.ar/files/content/Informe-de-Femicidios2017.pdf>

Carla Sofía Reboredo

año 2017 que, como vimos en el párrafo anterior, fueron 98. Durante el año pasado se reportaron, además, 114.985 imputados en procesos penales por violencia familiar y de género, de ese número el 77,5% es varón y sólo el 25,735% son mujeres. Por otro lado, el procurador refirió que 142 hijos/as fueron víctimas indirectas del femicidio de sus madres, y el 98,8% de las mujeres víctimas conocía al femicida, siendo un 58,8% cometido por parejas o ex parejas. En relación a ello, tuve la duda acerca de poner cifras en el trabajo, puesto que muchas veces ello lo torna impersonal y hasta frío, por eso quiero remarcar y hacer énfasis en que detrás de cada uno de estos números hay mujeres que han sido violentadas; torturadas o muertas en contextos terribles, amparados bajo una histórica desigualdad y dominio basado en el género.

Con ello, podemos advertir como primera impresión en este nivel como, si bien con los medios masivos de comunicación la violencia de género ha tomado conocimiento público y se le han asignado diversos recursos, en la realidad la legislación penal no parecería ser el medio idóneo para erradicar o generar algún tipo de resultado positivo en relación a ello.

Racionalidad Teleológica:

Este nivel propone que el fin social perseguido pueda, efectivamente, ser alcanzado mediante la ley que se pretende crear y/o modificar. Es importante tener presente cuál es fin que se pretende alcanzar y que la ley a crear sea, efectivamente, un medio idóneo para alcanzarlo. Finalmente, debemos tener presente que las finalidades pueden estar de forma “manifiesta” y/o “latente”, es decir, no declaradas por los autores.

Respecto del tema, los legisladores al momento de incorporar la violencia de género como agravante en nuestra legislación penal tuvieron en cuenta el mensaje que se pretendía enviar a la población, intentando persuadirlas de cometer el hecho y, en caso de cometerse, aplicar una pena que sea ejemplificadora.

Así, por ejemplo, a Diputada Silvia Risko, del Frente Renovador para la Concordia Social, de la Provincia de Misiones, al momento de tomar la palabra dijo lo siguiente: *“(...) En 1947, hizo falta una ley para que la mujer pudiera empezar a votar. En 1991, hizo falta una ley de cupo para que se estableciera un porcentaje en la representación legislativa de las mujeres, de modo tal que fueran tenidas en cuenta. También hizo falta una ley para que en el año 2006 la mujer tuviera derecho a que se le practique la ligadura de trompas. En 2009, hizo falta una ley para que se reconociera la violencia de género, algo de lo que hoy tanto se habla pero –fíjense– tan poco se escucha.*

Carla Sofía Reboredo

También tuvimos que sancionar una ley, hace unas semanas, para eliminar del Código Penal la figura aberrante del avenimiento. Por eso, si hace falta esta ley para que el poder político tome conciencia de lo importante que es actuar y poner en funcionamiento todos los mecanismos para prevenir, para que se tome conciencia de que la mujer no es propiedad de nadie, debemos tratarla, así como defendemos los derechos del ciudadano”.

Al respecto, también se pronunció la diputada Diana Conti, del Frente para la Victoria, la que en sus palabras expresó: “(...) *Para nosotros es una alegría y un dolor a la vez tener que instaurar en el Código Penal el femicidio casi como un delito autónomo, porque lo estamos describiendo, dentro de los homicidios agravados, en un inciso específico, con pena perpetua y con imposibilidad de que esa pena sea atenuada, ni siquiera hasta los 25 años. En este sentido, es una alegría, porque vamos a utilizar el Código Penal y la finalidad amenazante o disuasiva que tiene la pena. En el caso de que esto no disuada, tendremos la otra función de la pena, que es **castigar, redimir y resocializar**, si es verdad que a los asesinos de mujeres se los puede resocializar de algún modo. Y digo que esto a la vez nos causa dolor porque es realmente doloroso que en el siglo XXI, en el camino hacia la liberación de la mujer y en plena lucha por nuestra igualdad de trato y de oportunidades, la violencia sexista se haya encarnizado en tantos hombres que hasta son capaces de quemar a las mujeres. Cabe destacar que la tasa de femicidios viene aumentando en toda la región y no sólo en la Argentina (...)*”. Finalmente, me parece interesante también agregar las palabras del senador Pedro Guastavino, del mismo partido político de la diputada que antecede, el cual manifestó lo siguiente: “(...) *En definitiva, aun cuando dicen que no está probado que la tipificación del femicidio sea una herramienta efectiva para reducir el número de homicidios provocado por la violencia contra las mujeres, también es cierto que ninguna tipificación de ningún delito es garantía para que no se cometan delitos. Hemos tenido a lo largo de la historia del Congreso muchas discusiones sobre aumentos de penas y demás y **sabemos que eso solo no garantiza que los delitos no se cometan sino que esto tiene que ver con que se determinen políticas en el Poder Legislativo** –con leyes que apunten en ese sentido–, **con que se fijen políticas de Estado y con que el Poder Judicial juegue el rol que le corresponde** (...)*”⁹

⁹ Versión taquigráfica del debate parlamentario de la H. Cámara de Diputados de la Nación; Período 130º, 5º Reunión, 4ta. Sesión Ordinaria –lo subrayado y en negrita me pertenece-

En atención a lo expuesto podemos ver cómo, si bien muchos legisladores comprendían que la inclusión de la figura de “femicidio” en el código de rito no era la herramienta más idónea para erradicar la violencia de género, el derecho penal simbólico podía ser una forma de dar respuesta al problema. En lo personal, entiendo como sostiene el maestro Buompadre, que el derecho penal es una clase de violencia “formalizada”, es decir, es claro que el hecho de condenar a una persona a una pena de prisión perpetua no va a generar una solución de fondo al tema y, por el contrario, hasta podría generar mayores situaciones de violencia.

En relación a ello, hay que tener en cuenta algunos aspectos, en primer lugar, cuál es el fin previsto para las penas privativas de la libertad, el que en la ley de Ejecución Penal Nacional N° 24.660 y la Ley de Ejecución Penal Bonaerense N° 12.256 está establecido, en igual o similares palabras, como la adecuada inserción social de la persona, logrando que ésta pueda adquirir la capacidad de respetar la ley y comprender la gravedad de sus actos. Respecto de ello, vemos que la pena que se fija para este tipo de delito, prisión perpetua, en expectativa poco podría pretender el objetivo declarado y, en caso de que la persona pueda acceder a un derecho externatorio, habría que detenerse en el estado y las condiciones en que se ejecutan las penas.

Por otro lado, para el caso de las lesiones leves, cuya pena en expectativa, ya vimos, va desde los seis (6) meses a dos (2) años, podrá disponerse la ejecución condicional, es decir, una pena que no restringe la libertad ambulatoria del hombre condenado y que se encuentra sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones, sin embargo, en la práctica vemos como instituciones que deben velar por la supervisión y control de este tipo de penas, como es el Patronato de Liberados, en nuestro caso Bonaerense, tiene destinado pocos recursos económicos y de personal, por lo que, no obstante ser valorables las intenciones del legislador, en la realidad las condiciones impuestas son de difícil contralor. Además, el tratamiento que se puede llegar a indicar dependerá, lógicamente, de la voluntad de la persona que debe realizarlo y, no está de más aclarar, que el sólo hecho de realizar un tratamiento terapéutico no garantiza que la persona no vuelva a cometer un hecho similar o bien considere a la mujer como un igual.

En España se ha desarrollado con un convenio de investigación entre el Instituto Vasco de Criminología (Universidad del País Vasco) y la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, una interesante investigación, en donde se analizó el tratamiento psicológico realizado a hombres, cuya edad promedio es de 40 años, condenados por delitos cometidos en contexto de violencia de género, no obstante aún no

se ha trabajado acerca de los resultados del mismo: “(...) *El objetivo de este estudio ha sido evaluar un programa de tratamiento psicológico en prisión para hombres condenados por delitos graves de violencia contra la pareja. La justificación de este trabajo es que este tipo de personas, como se ha puesto de relieve en estudios anteriores de nuestro propio grupo (Echeburúa et al., 2003; Fernández Montalvo y Echeburúa, 2005; Fernández-Montalvo et al., 2005), presentan un perfil psicopatológico y unos sesgos cognitivos específicos que pueden modificarse con un tratamiento psicológico, como ya se ha puesto de relieve en un estudio preliminar (...)*En cuanto al programa de tratamiento, el grado de aceptación entre los sujetos ha sido razonablemente bueno, si se toma en consideración que el programa es voluntario y que dos de cada tres lo completan íntegramente. Es más, un tercio de los abandonos ha sido por razones de fuerza mayor (la excarcelación o, en algunos casos, el traslado a su país). **Por ello, se puede concluir que el programa ha contado con una buena aceptación.** Respecto a los resultados del programa, se experimentan diversos cambios significativos tras el tratamiento. En primer lugar, hay una modificación de las cogniciones previas en relación con las actitudes negativas sobre la mujer y sobre el uso de la violencia como una forma válida de solución de conflictos. Merece la pena resaltar este dato porque el programa ha sido breve (20 sesiones) y las actitudes machistas y violentas suelen ser resultado de un largo sobreaprendizaje. En segundo lugar, hay ciertos cambios en la personalidad de los sujetos, como una mejoría en la capacidad para controlar la expresión de la ira, una reducción del grado de impulsividad y un aumento significativo de la autoestima. Y en tercer lugar, hay una reducción significativa de la sintomatología psicopatológica experimentada antes del programa de intervención (...) El enfoque utilizado en este estudio -un tratamiento prolongado y un enfoque grupal- es consistente con los estándares de tratamiento recomendados en los estudios de revisión (Austin y Dankwort, 1999; Babcock et al., 2004). Por último, en cuanto a la predicción de los resultados terapéuticos, aparecen algunas variables significativas. Respecto a los abandonos, la adherencia al tratamiento, por paradójico que resulte, es menor cuando los sujetos no tienen antecedentes penales y mayor cuando los sujetos cuentan con una carrera delictiva. Es como si, en este último caso, los internos, hartos de llevar una vida prolongada en prisión, se acogiesen al tratamiento como una forma de salir de esa espiral de delito-cárcel-delito-cárcel. Y en relación con los fracasos terapéuticos, éstos son más frecuentes cuando los sujetos son muy impulsivos y cuando tienen una sintomatología depresiva acentuada antes de comenzar con el programa de intervención.

Este estudio presenta algunas limitaciones. (...) No obstante, se trata de una evaluación limitada y a corto plazo (pre y postratamiento), en donde se ha evaluado el cambio de actitudes, de dimensiones de personalidad y de síntomas (...) Por ello, es nuestra intención hacer un seguimiento de estos internos y comparar posteriormente sus tasas de reincidencia con las de otros internos con delitos similares que no han seguido este mismo programa”¹⁰

Continuando con el análisis de las alternativas a las penas privativas de la libertad, tenemos que tener presente el fallo “Gongora, Gabriel Arnaldo s/ causa N° 14.902” del año 2013 donde, en pocas palabras, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció contra la probación en los casos donde hubiere mediado violencia de género. El voto por mayoría del Supremo Tribunal expresó que, de acuerdo con lo normado por el art. 7, primer párrafo, de la *Convención de Belém do Pará*, el Estado debe prevenir, investigar y sancionar, todas las formas de violencia contra la mujer, no resultando procedente la suspensión del juicio a prueba frente a delitos circunscriptos en contextos de violencia contra la mujer.

Respecto de éste decisorio han surgido innumerables críticas, entre las cuales podemos mencionar algunas, en primer lugar, no se hizo un análisis serio de qué se entiende cuando se habla de “*violencia de género*”; por otro lado hace una directa asociación entre eficacia de una respuesta y juicio oral, dejando de lado salidas alternativas al proceso penal y, en especial, la mayor crítica ha sido el corrimiento de la víctima y sus intereses en el proceso, llevándose a cabo una expropiación de su conflicto, subrogándose con un rol paternalista. Por otro lado, sosteniendo este criterio, el 14 de noviembre de 2018, en autos caratulados “*Altuve Carlos Arturo s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 76.520 del Tribunal de Casación Penal, Sala I*” la Corte Provincial rechazó el recurso interpuesto por el Fiscal de Casación y sostuvo los argumentos sostenidos por el Tribunal de alzada, en tanto hizo lugar al pedido de suspensión del juicio a prueba, imponiendo de ser necesario la realización de un tratamiento psicológico, previa constatación que acredite su necesidad. El Tribunal de mención baso su pronunciamiento en la calificación legal que propuso el fiscal en dicha instancia –amenazas simples- valorándose, en ese momento, que no obstante el hecho puntual de las amenazas las partes no tenían una relación de poder asimétrico en donde eran habituales las situaciones de violencia sino, por el contrario, había sido éste un hecho

¹⁰ http://www.aepc.es/ijchp/articulos_pdf/ijchp-306.pdf

Carla Sofía Reboredo

aislado. A continuación transcribiré la materialidad ilícita descrita por la parte acusadora: “(...) *Que el día 06 de octubre de 2013, siendo aproximadamente las 09:30hs. en circunstancias en que H. se encontraba en el interior del domicilio sito en calle...profirió términos amenazantes a. M.F.C, al referirle que `Se cuidara cuando saliera afuera, tendría una soga para ella´ asimismo le refirió por intermedio de la madre de esta `...tu hija es una hija de... te voy a matar, me tiene re podrido, quiero la tarjeta y me voy´ luego continúo con todo tipo de agresiones mientras sostenía una silla intentando agredirla sin lesionarla”*¹¹. En este sentido el Tribunal de Casación sostuvo que lo descrito se trataba de una situación de violencia, contra una mujer, pero que en razón de lo expuesto anteriormente, el mismo no configuraba violencia de género y, en razón de ello, esta salida alternativa podía prosperar.

En este tema, es importante destacar que el hecho de limitar de antemano y en términos genéricos una solución alternativa a un proceso oral y público no es una respuesta a la altura de las circunstancias, es decir, no va a garantizar ni dar ninguna garantía de llegar a una solución verdadera. Como ha sostenido el Dr. Alberto Binder: “(...) *Por un déficit de producción teórica (falta de análisis político criminal) todavía se pretende hacer política criminal (...) desde el derecho penal. (...) Estos casos están previstos en la legislación penal y le corresponde a la justicia penal reconocer la existencia del caso (...) se olvidan así todo el proceso que lleva a tomar la decisión de que una determinada área de conflictos reclame la intervención violenta (ya sea reactiva o disuasiva) y restringe el debate a las áreas ya definidas donde se discutirá el aumento o la disminución de la intensidad en la respuesta penal(...)*”¹².

En este tema Julieta Di Corleto también se ha pronunciado y manifestado algo interesante, que quiero compartir con ustedes: “(...) *En razón de los tipos penales eventualmente aplicables, varias situaciones de violencia de género podrían ser resueltas a través de estos institutos. Sin embargo, su utilización en forma desproporcionada implicará la misma vulneración a la garantía contra no discriminación denunciada (...) Si los casos de violencia de género están sobrerrepresentados en las estadísticas sobre mecanismos que permitan sortear el cumplimiento efectivo de la pena privativa de la libertad, estos desvirtuarán el capital simbólico del derecho penal. En ese sentido, si un determinado colectivo está expuesto a un riesgo especial de sufrir violencia, resultaría*

¹¹ Conf. requisitoria de elevación a juicio v. fs. 54/56vta.

¹² Binder; 2009; 33.

legítimo impedir que se apliquen medidas alternativas al encierro, de la misma manera que también es legítimo pedir penas diferenciadas” (Julieta Di Corleto, 2013)

En mi parecer y, como ya he dejado a entrever, entiendo que ninguna respuesta de carácter genérico que restrinja posibilidades alternativas a la pena privativa de la libertad y/o juicio oral, puede ser beneficiosa para abordar esta problemática, además, el hecho de considerar necesario un juicio oral en estos casos deja sin tratamiento aquellas situaciones en donde la propia mujer no quiere y/o puede llegar a esa instancia. Sin perjuicio de esto, cierto es también que analizar caso por caso tampoco resulta una propuesta cautivadora, puesto que la burocracia de la práctica judicial llevaría a estandarizar los casos, siendo tratados como verdaderos trámites, perdiéndose de vista elementos y circunstancias fácticas. En conclusión, entiendo que el tema debe ser abordado y analizado desde políticas criminales concretas, sin perder de vista la perspectiva de género, en donde las salidas alternativas a las penas de prisión no sean descartadas, ni tampoco utilizadas como menosprecio del tema. De todas maneras, comparto que en estos casos no debería estar la mediación como forma alternativa al juicio previo, pues, la asimetría de poder que está presente en la violencia de género jamás permitiría una situación de igualdad entre las partes debiendo y, en esto comparto el criterio sostenido –y muy criticado- en el fallo Gongora, el estado tomar parte y proteger a la mujer víctima, aún a pesar de la voluntad de la misma respecto de mediar. Si bien siempre fui de las que creyó que las víctimas en los procesos penales debían ser escuchadas, sin perderse de vista que el derecho penal no se trata de una cuestión de venganza, en el caso de la violencia de género entiendo que dentro del proceso se deberá valorar la palabra de la víctima, pero que la misma no puede ser vinculante cuando se trata de buscar medidas alternativas puesto que repito, a mi parecer, está se encuentra viciada.

Para concluir, me parece interesante traer a colación lo manifestado por el Dr. José Daniel Cesano-Gustavo A. Arocena¹³ respecto de esta cuestión, acerca de que el derecho penal debe ser considerado como ultima ratio y, como lo señala Sanchez-Ostiz¹⁴, la penalización desproporcionada puede lograr la **pacificación de la conciencia colectiva** ante delitos dados a conocer, logrando el buscado efecto simbólico, “(...) pero... parece dudoso que no se pueda conseguir la prevención de estos delitos sin una adecuada

¹³ Gustavo A. Arocena y José Daniel Cesano “*El delito de Femicidio: Aspectos político-criminales y análisis dogmático-jurídico*” (2018). Ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, pp. 74/75.

¹⁴ Sanchez-Ostiz, Pablo “*Fundamentos de Política Criminal, Un retorno a los principios*” (2012); p. 155.

política que atienda a las causas remotas y próximas". Por otro lado, los doctores de mención han propuesto medidas alternativas a las penas privativas de la libertad, por ejemplo, mencionando la importancia de procurar la capacitación de la víctima – *"empowerment"*- que consiste en *"...poner a disposición de la mujer maltratada una serie de medios legales y sociales que trasciendan la mera aplicación de la ley penal y gracias a los cuales pueda decidir con más libertad y autonomía, haciendo uso de sus propios recursos, que desea hacer con su vida en el futuro"* sin perjuicio de que esto por sí sólo sería depositar todas las expectativas en la mujer, olvidándonos del rol del hombre, y haciéndola, en cierta forma, responsable a ella de la situación que vive; también la aplicación de medidas cautelares como alejamiento y no aproximación o no comunicación con la víctima –el cual en Argentina, sabemos, no funciona correctamente- remarcando la necesidad de estudios que pongan de manifiesto la relación entre educación y entorno criminógeno, pues, el sólo hecho de hacer *"como si"* se estuviera trabajando en la materia y simplemente depositar la confianza en la normativa penal resulta, a todas luces, deficitario e insuficiente.

Para finalizar este punto, no podemos, ni debemos, perder de vista que el derecho penal llega cuando el hecho ya se ha cometido, no es preventivo –más allá de las finalidades que se le puedan atribuir al mismo- por lo que este problema es un compromiso de todos. De los operadores del Poder Judicial en formarse, capacitarse y extirpar en sus textos el machismo implícito –y a veces no tanto- que se encuentra en las sentencias, autos y resoluciones; del Poder Ejecutivo en razón de destinar recursos y poner en agenda el tema, dándole una verdadera acogida más allá de las situaciones y soluciones de paso que se puedan pensar y, del Poder Legislativo, en cuanto la sanción de las leyes no debe ser de apuro y ante las urgencias mediáticas sino pensadas en un contexto real y concreto, tomando todos estos análisis previos a su sanción.

Racionalidad Ética:

En este nivel se evalúa si el contenido normativo y los fines perseguidos pueden justificarse éticamente. En ello podemos ver que las ideas morales vigentes de una sociedad determinada pueden encontrarse, por ejemplo, en la Constitución Nacional y las garantías que resguarda y ampara la misma, sin perjuicio de que cada persona se registrá por su propia ética la cual, según la Real Academia Española significa: *"conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida"*. A rigor de verdad, considero que todo lo visto hasta aquí tiene, en mayor o menor medida, parte de este nivel de racionalidad.

En el caso particular de agravar las penas por mediar violencia de género, surgen varios cuestionamientos, no sólo en relación a si esto es la herramienta indicada para lograr resultados positivos; sino también respecto de si ello no genera, en cierta medida, una suerte de “discriminación” para con los hombres.

Por otro lado, en el delito de homicidio se podría plantear el interrogante respecto de la pena prevista, prisión perpetua, la cual –como ya hemos advertido– parecería ser contradictoria al fin establecido para las penas privativas de la libertad, al igual que el cercenamiento de acceder a determinados derechos extemporales. En todo caso, considero que habrá que sincerar el fin, franquear los objetivos de las penas de encierro e ir en consonancia con ellos, es decir, preguntarnos sinceramente ¿buscamos que un femicida sea inserto en la sociedad?; ¿Queremos que él comprenda la gravedad de lo realizado? Si la respuesta es positiva, ¿por qué una pena perpetua y, en todo caso, por qué el impedimento para que acceda a una libertad anticipada?.

Entiendo, en lo personal, que la pena dispuesta para el femicidio no supera el quinto nivel de racionalidad, con ello no quiero decir que la cárcel no sea la pena prevista para quien mata a una mujer en contexto de violencia de género, sino más bien que los objetivos declarados no son congruentes con la penalidad prevista. Sin perjuicio de ello, soy una convencida de que este tipo de violencia es una problemática que debe abarcarse de forma interdisciplinaria puesto que, como me cansé de repetir a lo largo del trabajo, el cambio real es mucho más profundo y, hemos visto que la violencia de género desde que se sancionó la ley hasta ahora no ha disminuido en lo absoluto. Perdiéndose de vista, además, que cada vez que hablamos de femicidios o lesiones en contexto de género, no sólo hay detrás una mujer que viene siendo víctima de un sinnúmero de injusticias y situaciones de dominación, sino también una familia y víctimas colaterales como los hijos. Por ello, insisto, en la importancia de dar verdaderas respuestas al tema y no tomar medidas demagógicas que generan una sensación de que “algo se está haciendo”, mientras en realidad nos siguen matando.

Conclusión:

A lo largo del presente trabajo me propuse abocarme no sólo a la agravante introducida con la ley N° 26.791 respecto del delito denominado “femicidio” y sus variantes –lesiones– sino que intente realizarlo de forma extensiva, abarcando la perspectiva de género dentro del derecho penal. Sé que éste es un tema que genera

Carla Sofía Reboredo

distintas posturas, algunas encontradas; otras que no y ello me consta, pues, sin ir más lejos, al momento de exponer en clase la idea del trabajo las opiniones de los receptores no fue unánime. En definitiva, entiendo que el tema pueda generar ciertos puntos que resulten para muchos un poco incómodos o, simplemente, que no les convenza, pero es justamente a ellos a los que debemos abocarnos en profundidad para generar respuestas y soluciones a los problemas que nos aquejan.

En primer lugar y, sin ser redundante, pues lo cierto es que a lo largo de todo el trabajo he manifestado mis opiniones, quiero repetir en esta parte, también, que soy una convencida de que la cuestión de género debe ser abarcada desde los distintos poderes del estado, pero en ello me pongo firme y agrego que debe ser abarcada y trabajada **seriamente**, es decir, dedicándole tiempo; profesionales idóneos para brindar capacitaciones, las cuales entiendo deben ser obligatorias, y verificar el resultado logrado en la práctica. Esto último, sobre todo, porque resulta injustificable que a esta altura de las circunstancias sigamos topándonos con sentencias donde la mayor parte de los considerandos son acerca de la víctima, llevándolas a lugares innecesarios; volviendo a violentarla; humillarla y haciéndola culpable una y otra vez de haber nacido parte de un sistema patriarcal. La perspectiva de género no se trata de que la mujer deba siempre tener la razón, sea siempre la víctima o se la tenga que mirar contemplativamente porque, justamente, es mujer, ello sería perpetuar estereotipos de género que depositan expectativas según el sexo, siendo objeto de injustos aquel que se desvíe de las mismas.

Esta última semana, antes de entregar el trabajo, pude concurrir a una actividad brindada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, donde se analizaban las funciones de investigar y juzgar con perspectiva de género y, justamente allí, se charló respecto de las medidas que uno puede tomar, como operador de la justicia, para emplear la misma durante el proceso penal, investigando aún más allá del rol que ocupe la víctima durante el proceso; teniendo cautela con las medidas probatorias a llevarse a cabo, ello a fin de no seguir revictimizando a la mujer y, algo que me pareció sumamente interesante y que hemos mencionado a lo largo del trabajo, no quedarnos sólo en el hecho motivo de la presente causa, sino analizar el contexto que rodea a las partes, pues, como hemos dicho, hay una desigualdad histórica entre los géneros que está rodeada de violencia con el femenino y un mandato de masculinidad que se perpetúa a lo largo de los años; es fundamental aquí que el sistema penal se deconstruya

Carla Sofía Reboredo

y que los que forman parte de él asuman de una vez que es un sistema patriarcal que debe, necesariamente, modificarse.

En este tema me he puesto a pensar, y lo he expresado a lo largo de las distintas páginas, acerca de la pena prevista para estos delitos. Me he preguntado, sinceramente, y he preguntado a distintas personas que me rodean, aún sin ser ellos parte de este mundo y desconocer las leyes, si ¿realmente es una solución a la violencia de género el imponer penas privativas de la libertad? con ello no quiero entrar en discusiones que exceden el trabajo, pero creo que para lograr un verdadero cambio de paradigma, el cambio lo debemos hacer entre todos. Sé que ello no es tarea sencilla, más de una vez uno se encuentra en situaciones machistas que están tan insertas en nuestro cotidiano que pasan inadvertidas, pero ahí es donde debemos poner el foco y, si... creo que los pequeños actos generan una sumatoria de hechos concretos logrando propósitos impensados. No reírse y/o quedarse callado ante los chistes sexistas del grupo de amigos; no difundir imágenes de grupos de whatsapp; no hablar de feminismo y quedarse sentado para que las mujeres de la casa –madre, hermanas, esposa- junten la mesa y/o laven los platos, en pocas palabras, no seguir perpetuando la feminización y/o masculinización en las distintas tareas, sé que todas estas cosas –y miles más- suenan inconducentes y el que las lee puede pensar que hablo de pequeñeces frente a las terribles muertes que hay en contexto de violencias de género, pero estas situaciones de desigualdad violentan diariamente a las mujeres, son pequeños hechos que, históricamente, intentan dar mensajes a los propios hombres, respecto de cuál es su rol.

Para concluir y, volviendo al tema de las penas privativas de la libertad, sobre todo respecto de la pena de prisión perpetua, me inquieta pensar que la introducción de este tipo de delitos a través de la ley de análisis fue simplemente para generar un efecto tranquilizador en la sociedad, mientras en realidad sabemos que las cárceles no son los mejores lugares para generar cambios y lograr el efecto propuesto por la pena, es decir, cualquiera que haya pisado una cárcel sabe bien que son lugares de hacinamiento, donde las luchas de poder y abusos de todo tipo están presentes, es, como dice Frogoso¹⁵, una subcultura deformada donde rigen los “códigos del recluso” para poder permanecer y pertenecer, por ello, ¿a quién queremos convencer con que las penas de encierro van a generar algún cambio? ¿Se puede realmente creer que una persona que ejerció violencia

¹⁵ Frogoso; ob,cit,p 232.

Carla Sofía Reboredo

de género –porque ES violento- podrá, en un futuro, lograr insertarse nuevamente en la sociedad, permaneciendo un tiempo de su vida en un establecimiento donde –justamente- la ley primaria es la violencia y la masculinidad?. En relación a ello, repito, en todo caso debemos blanquear los objetivos de las penas de prisión y decir que las mismas son para castigo y no para lograr la “reinserción social”, franqueemos lo que buscamos y, entonces, recién ahí podremos contestar si la prisión es una solución al tema.

Sé que no es fácil lo que digo y que puede, incluso, molestar al lector pero solo propongo extendernos más allá y pensar otras soluciones. El derecho penal puede hacer una parte, es decir, sancionar e intentar evitar conductas similares, pero el resto depende de todos, el resto depende, sobre todo, del estado y tomar medidas concretas para erradicar todo tipo de violencia contra la mujer, el punitivismo puede ser una herramienta, pero considero que es un pequeño parche ante pérdidas inmensas.

Bibliografía:

- Género y justicia penal, compiladora Julieta Di Corletto, editorial Didot (Abril 2017, CABA).
- Violencia de género, femicidio y derecho penal: los nuevos delitos de género. Jorge Eduardo Buompadre, editorial Alveroni (Córdoba, 2013).
- El Delito de Femicidio. Gustavo A. Arocena-Josè D. Cesano; editorial BdeF (Montevideo, Buenos Aires: 2017).
- Código Penal Argentino.
- Ley 26.791 y sus fundamentos.
- Ley 24.660 y sus fundamentos.
- Ley 12.256 y sus fundamentos.
- www.pensamientopenal.com.ar.
- Femicidio: Análisis sobre la tipificación penal del femicidio en el ordenamiento jurídico argentino. Matias Manuel Costa (2017)
(<https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/13930/COSTA%20MATIAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
- <http://www.senado.gov.ar>.
- <http://www.saij.gob.ar>.
- www.mpba.gov.ar.