

El Impacto de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer

Su influencia en el Código Penal Argentino y los institutos procesales

Blanca Yamili Alderete¹

SUMARIO: I.-Fundamentación; II.-Evolución histórica del concepto; III.- Nuevos delitos incorporados al Código Penal Argentino; IV.- Institutos procesales; V.- Conclusión; VI.- Bibliografía

RESUMEN: La nueva ley de reformas lleva el N° 26.791 e introduce una serie de novedosas modificaciones al artículo 80 del código penal, entre las cuales – siguiendo una tendencia muy marcada en América Latina- se incorpora el delito de “femicidio” al digesto punitivo. Esta reforma penal ha significado, sin duda alguna, una transformación y una evolución legislativa de gran calado, por cuanto ha implicado –luego de varias décadas de postergaciones- la instalación definitiva de la problemática de género en el código penal argentino. El presente trabajo tiene por objeto analizar el impacto de la misma, no sólo desde la perspectiva del derecho de

¹ Abogada. Universidad F.A.S.T.A. Diplomada en Derecho Procesal Penal. Universidad Nacional de José Clemente PAZ. Defensora Pública Penal III Circ. Judicial. S.C. de Bariloche. Poder Judicial Provincia de Rio Negro

fondo, sino también de forma, indagando las implicancias en los distintos institutos de derecho procesal. La nueva regulación implicó una sustancial reforma del régimen penal tradicional en materia de delitos contra la vida, introduciendo no sólo modificaciones de importancia en el artículo 80 del digesto punitivo sino también delitos de nuevo cuño. Para ello, en primer término analizaremos de qué hablamos cuando hablamos de violencia de género, luego haremos un recorrido por la evolución histórica de dicho concepto, para adentrarnos en el Código Penal y por último en el ordenamiento procesal.

PALABRAS CLAVE: Violencia contra la mujer - reforma legislativa - institutos procesales

I.- Fundamentación

En primer término, debemos señalar que violencia de género es violencia contra la mujer, pero no toda violencia contra la mujer es violencia de género. Esta presupone un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación entre la víctima y el agresor. Resulta difícil de imaginar esta clase de violencia perpetrada contra el género opuesto. La violencia es de género, precisamente, porque recae sustancialmente sobre la mujer. La violencia es poder y el poder genera sumisión, daño, sufrimiento, imposición de una voluntad, dominación y sometimiento. La violencia presupone, por lo general, posiciones diferenciadas, relaciones asimétricas y desiguales de poder.² La violencia de género implica todo esto, y mucho más, cuya hiperincriminación se justifica, precisamente, porque germina, se desarrolla y ataca en un contexto específico, el contexto de género. El ejercicio de esta clase de violencia, en sus más diversas manifestaciones, física, psicológica, económica, sexual, laboral, etc., como herramienta de poder y dominación, se ha venido repitiendo a lo largo de la historia de la humanidad. La cuestión, como antes dijimos, no es nueva. Lo nuevo es el interés que ha despertado en la sociedad moderna la efectiva protección de los derechos humanos de quienes sufren el impacto de esta violencia. Paso a paso pero en forma segura, los Estados van comprendiendo que lo que hoy por hoy más preocupa es el modo de garantizar el derecho de todas las mujeres a vivir una vida sin violencia y sin discriminaciones. La violencia contra las mujeres abarca una serie de atentados cuyo común denominador no es otro que la presencia de un sujeto pasivo femenino que es objeto de maltrato por su pertenencia a ese género y cuyo agresor se caracteriza por pertenecer al género opuesto. Esto es verdad, pero no lo es

² Ossola Alejandro, *Violencia familiar*, pág. 47, Advocatus, Córdoba, 2011.

menos que la violencia de género tiene también, además de esta caracterización binaria de sus protagonistas (hombre-mujer), un componente subjetivo, misógino, que es el que guía la conducta del autor: causar un daño por el hecho de ser mujer. Por lo tanto y como antes se dijo, no cualquier ejercicio de violencia contra una mujer es violencia de género, sino sólo aquella que se realiza contra una persona por el hecho de pertenecer al género femenino.

II.- Evolución histórica del concepto

En 1921 no se hablaba de género. El código penal, sancionado en esos años, fue pensado por y para el hombre (o, al menos, no pensando en la mujer). Los tipos delictivos fueron cimentados en términos de neutralidad con respecto a los sexos. Salvo algunas excepciones que se sucedieron normativamente con el paso de los años, la gran mayoría de sus preceptos aún siguen así.

El código penal, no nos suministra una definición de violencia de género, ni tampoco nos brinda herramientas conceptuales que nos permitan lograr una respuesta unívoca para todas las figuras incorporadas por la reforma legislativa.

La evolución legislativa que ha tenido en Argentina la problemática de la violencia contra la mujer, permite diferenciar dos etapas bien definidas: una **primera etapa**, en la que se pone el acento exclusivamente en los casos de malos tratos en el ámbito familiar.

En este período, se aprecia una protección muy limitada por hechos de violencia doméstica que afectan física o psíquicamente a todos los miembros del grupo familiar, no sólo a la mujer. Todo se reduce al mundo íntimo de la familia. Aquí el punto de interés reside en el empleo de la violencia doméstica, sin ninguna distinción de género. Esta es la característica de la Ley N° 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar.

Una **segunda etapa**, que representa un paso importante en la lucha contra el fenómeno de la violencia sexista, aparece con la sanción de la Ley N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales. Esta normativa, cuyo antecedente más inmediato es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, *Convención de Belém do Pará*, circunscribe su arco protector exclusivamente a la mujer, instalando la problemática de género en el centro del debate.

Ya no basta con la presencia de un sujeto pasivo integrante de un determinado grupo familiar sino de un sujeto que ha sufrido un hecho de violencia por su pertenencia al género femenino, aun cuando este sujeto haya sido víctima de violencia desplegada en el seno de un grupo familiar. Con otros términos, en esta segunda etapa se entiende que la violencia contra la mujer implica una cuestión de género que trasciende el ámbito privado para convertirse en una cuestión de interés público.

Tal vez una **tercera etapa** en este proceso legislativo comience con la reciente incorporación de los delitos de género al código penal³.

Sin embargo, la compleja problemática que plantea el fenómeno en toda su dimensión, ha tenido también una fuerte incidencia desde el punto de vista conceptual, por cuanto aún persisten opiniones divergentes en torno a la cuestión terminológica, vale decir, al problema de delimitar conceptualmente y con la mayor precisión posible los términos “violencia de género”, “violencia contra las mujeres”, “violencia doméstica”, “violencia familiar o intrafamiliar”, etc., que se utilizan –muchas veces indistintamente– en el idioma castellano, para desentrañar si se trata o no de términos equivalentes. La *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer* (CEDAW, por sus siglas en inglés), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 (ratificada por Argentina en 1985, Ley N° 23.179), cuyo Protocolo Facultativo fue aprobado por la Ley N° 26.171 e incluida en el bloque de constitucionalidad federal por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, conforma un instrumento internacional que alude a la *cuestión de género* al condenar en forma expresa la discriminación contra la mujer en todas sus formas. A su vez, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer que controla la ejecución de la Convención, incluyó en forma expresa la violencia de género como un acto de discriminación contra la mujer. En nuestro ordenamiento interno, la *Ley N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales*, es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”; no se trata –en sentido estricto– de una “ley de género”, aun cuando la violencia “por razón de género” implique una categoría que comprende la violencia contra las mujeres.

³ Boumpadre, Jorge Eduardo. Los delitos de género en la reforma penal. Ley N° 27.691, págs. 4-6. Revista Pensamiento Penal on line, 2013.

No se trata de una ley de “género” –como decimos- porque no comprende a otros sujetos que se enmarcan en torno de la misma expresión, por ejemplo los niños y adolescentes (varones). Se trata, en rigor de verdad, de una ley de violencia contra la mujer. Así lo describe el propio *nomen juris* de la normativa; la definición y formas de violencia que se enumeran en los artículos 4, 5 y 6; los principios rectores de las políticas públicas enunciadas (arts. 7); la creación del Consejo Nacional de la Mujer como el organismo competente para el diseño e implementación de las políticas públicas respectivas (arts. 8 y 9), y del Observatorio de la Violencia contra las Mujeres, destinado al monitoreo, producción, registro y sistematización de datos e información sobre la violencia contra las mujeres (arts.12/15); y el derecho de acceso a la justicia, garantizado en los artículos 16 y siguientes de la Ley.

Es una Ley que habla de la mujer, se pensó para la mujer y regula situaciones y establece derechos específicamente determinados para las mujeres. Por consiguiente, no es una Ley de género, porque sencillamente se pensó para la mujer no para el género opuesto.

Sin perjuicio de que en dicha normativa se hace referencia, con bastante frecuencia, a la cuestión de género, la noción ha quedado limitada a la “*violencia de género contra las mujeres*”.

Desde esta perspectiva, la ley define a la **violencia contra las mujeres** como “*toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, **basada en una relación desigual de poder**, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón*” (art. 4).

En una misma dirección, se decanta la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (*Convención de Belém do Pará*), establece en el artículo 1º que se debe entender por **violencia contra la mujer** “*Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*”

De lo que se desprende que, para el legislador argentino –aun cuando no haya utilizado el término “género” en la definición de “violencia contra la mujer”- **se**

debe entender que la expresión “violencia de género” está limitada y equivale a la “violencia contra la mujer”, no a otra clase de violencia que también puede ser utilizada en las relaciones interpersonales, por ej. la que se emplea, también por razones de género o en un contexto de género, contra individuos que poseen orientación o identidades de género distintas, como ocurre con las lesbianas, homosexuales, personas intersex, transexuales, etc..

En resumen, podríamos concluir en esta mirada conceptual del fenómeno que, la expresión “**violencia doméstica o familiar**” responde a un sentimiento de propiedad y de superioridad por parte de un miembro de la unidad familiar hacia otro u otros (ya sea su pareja, hijos, padres, etc.). Esta clase de violencia se dirige hacia las otras personas con la finalidad de mantener el *status quo*, la situación de dominación, de sometimiento y de control. La “**violencia de género o violencia contra la mujer**”, por el contrario, radica esencialmente en el desprecio hacia la mujer por el hecho de serlo, en considerarla carente de derechos, en rebajarla a la condición de objeto susceptible de ser utilizado por cualquiera.

III.- Nuevos delitos incorporados al Código Penal Argentino

Como dijimos anteriormente la Ley 26.791 que incorporó el femicidio y las figuras afines al Código Penal Argentino, es una ley del año 2012, más precisamente de noviembre de 2012. Fue aprobada por la Cámara de Diputados por unanimidad y sin debate. Esta norma es la que introduce las modificaciones al Código Penal.

A fin de no reproducir el contenido del ordenamiento sustantivo en la temática, ni tampoco profundizar cuál fuera una cátedra de derecho penal parte especial, haremos una breve síntesis de los aspectos más significativos incorporados por dicha norma a nuestro código de fondo.

Ahora bien, es precisamente la norma en cuestión el art. 80 inc 1, 4, 11, 12 y en el 80 2º párrafo.

En primer lugar, respecto del art. 80 inc. 1º no hay una vinculación directa o exclusiva con la protección de la mujer, simplemente hace una ampliación de quiénes pueden ser esas víctimas del homicidio que implica que el que matare a otro tiene prevista una prisión perpetua, éstos son el ascendiente, el descendiente, el cónyuge y agrega el ex cónyuge y con quién mantuviere o haya mantenido una relación de pareja haya o no convivencia, o sea marca un espectro muy amplio, prácticamente deja afuera las relaciones interpersonales y son simplemente

pasajeras o transitorias. Se cuestionó o se empieza a cuestionar desde la dogmática la razonabilidad de esta figura agravada porque incluye en un mismo rango situaciones absolutamente disímiles.

Así también, otra de las modificaciones que se produce, es la del inc. 4º que hace referencia a los motivos de la muerte dónde el injusto está basado en una mayor reprochabilidad de culpabilidad por el motivo por el cual se da muerte, odio racial o religioso, y agrega de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión también en este caso tampoco está haciendo referencia a hombre o mujer, la víctima puede ser víctima de homicidio por una cuestión de odio a la orientación sexual, tanto homosexual como heterosexual, no aclara la identidad de género, entonces cualquier persona que tenga un sentimiento diferente al sexo biológico podría serlo, tampoco está concretamente allí marcada la mujer en un ámbito de hiper protección.

Ahora bien, sí aparece la mujer exclusiva y en un marco de hiper protección con la reforma de los inc. 11, dónde introduce la figura del femicidio, dónde la víctima es la mujer, quién perpetra el homicidio es un hombre y mediando violencia de género. Este mediando violencia de género es el elemento normativo del tipo subjetivo y para entender que es violencia de género nos tenemos que remitir a las leyes que antes mencionados, esto es la Ley 26485 y la Convención de Belén Do Para, que definen violencia de género en los términos que mencionados precedentemente.

Por otra parte, el art. 80 inc. 12º hace una formulación que está vinculada a una figura del femicidio transversal que se da en otras legislaciones aunque no terminó siendo así en nuestro código, dónde el agresor mata a una persona vinculada a la mujer para provocar el sufrimiento en la mujer. Nuestra ley no hace nuevamente referencia a la mujer en ese artículo, de todos modos, es simplemente el que mata para provocar el sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inc. 1º, es decir que haya sido el cónyuge, ex cónyuge, mantenga o haya mantenido una relación interpersonal medie o no convivencia.

Y finalmente, la última modificación que hace es en el art. 80, 2º párrafo, este artículo en la primer parte hace referencia a las circunstancias extraordinarias de atenuación que neutraliza la pena del agravante, es decir estamos hablando de un agravante que tiene una pena de prisión perpetua en función del art. 80 inc. 1º pero está reconociendo que hay determinadas situaciones en el ámbito de las relaciones

interpersonales, domésticas que pueden neutralizar la mayor reprochabilidad que se tiene donde los vínculos tanto de sangre como afectivos y jurídicos que conllevan algunas relaciones están absolutamente difuminados. Entonces en ese caso hay una atenuación de la pena y se vuelve a la del homicidio simple de 8 a 25 años.

Es importante señalar, que no son aplicables circunstancias extraordinarias de atenuación cuando previamente el agresor ha cometido actos de violencia contra la víctima mujer, aquí si hay una referencia concreta de la víctima mujer.

De lo expuesto precedentemente, se colige que la Ley 26.791 hace una modificación directamente inspirada en las obligaciones internacionales asumidas con la Convención de Belén Do Pará.

IV.- Institutos procesales

Así también, esta nueva norma trajo consigo una influencia en los institutos procesales que en algunos de ellos marcaron un antes y un después, y que resultan de capital importancia.

En el caso de la “*suspensión de juicio a prueba*” o mal llamada “*probation*”. Instituto, en el que es ineludible citar el Fallo “Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa n° 14.092”, de fecha 23 de abril de 2.013, ocasión en que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación debe definir cuáles son los alcances del artículo 7 de la Convención de Belén Do Pará, más precisamente en la parte que reza que los estados se obligan a imponer procedimientos legales, justos y eficaces que incluyan un juicio oportuno. Y es allí, que el máximo Tribunal se expedirá sobre el significado de “*juicio oportuno*”, expresando que no hay ninguna posibilidad de resolver los casos de violencia contra la mujer fuera del debate que se haga en el juicio, fuera de un juicio oral como la última parte del proceso criminal.

Nuestro cimerio Tribunal, identifica juicio oportuno con debate oral, es decir el caso se debe solucionar en debate oral y público, en el que la víctima se presente y puede hacer valer su pretensión sancionatoria al entender que no alcanza simplemente con la reparación del daño.

A la luz de ello, se debe analizar la posibilidad de mediación, si bien la Corte no se expidió sobre esta posibilidad, el interrogante sería si es posible mediar o conciliar este tipo de casos, siguiendo al precedente antes mencionado y la respuesta es negativa.

Sin perjuicio de ello, consideramos importante, marcar un punto medio en esta temática, principalmente teniendo en cuenta la experiencia española en la temática que aquí nos ocupa. En primer término, debemos señalar que no todos los casos de violencia contra la mujer son iguales. En la legislación española, hay una diferenciación entre lo que es el maltrato habitual y situaciones de maltrato esporádicos y leves. Lógicamente ante un maltrato habitual y por la idiosincrasia propia de lo que es la violencia de género es impensable reunir al agresor y a la víctima en una situación de igualdad, resolver el conflicto primario, pero quizás no debería ser tan tajante en el caso de una violencia leve o esporádica porque también violencia contra la mujer puede ser una lesión leve agravada, es difícil vislumbrar cuando la violencia es leve y esporádica porque la característica de la violencia de género se manifiesta a través de que siempre el agresor tiende a ir por más, y en ese entendimiento hay que ser cuidadoso. Pero tal vez, en esta hiper protección de la víctima y principalmente escuchando sus necesidades, su opinión, sus deseos, pueden haber casos en los que puedan aplicarse soluciones alternativas que sin ser probation, estén conducidas hacia una justicia restaurativa, respetando el deseo de las víctimas y pudiendo vislumbrar que es lo mejor para ellas y para la sociedad con el objeto de que este tipo de conductas no se reiteren. Puede ocurrir en determinados casos, que un procedimiento de mediación serio, conlleve a otro tipo de soluciones más satisfactorias, tales como la reparación del daño sufrido, es necesario que se estudie cada caso en particular y que no se busquen soluciones generales, si bien la premisa general es que nunca podría conciliarse la víctima con el agresor.

Por otra parte, entiendo que en algunos casos leves puede resultar más útil otorgarle al imputado una suspensión del proceso a prueba, toda vez que dicho instituto persigue un efecto preventivo y posee un contenido sancionatorio pero diferente a una pena carcelaria, ya que el probado debe cumplir con una serie de requisitos, siendo su principal condición no cometer un nuevo delito y el cumplimiento de reglas de conducta, las que pueden estar estrechamente vinculadas con la temática que aquí nos ocupa, ya que pueden variar entre someterse a un tratamiento psicológico, realizar cursos o capacitaciones relacionados con el hecho que lo trajo a proceso, prohibición de acercamiento a la víctima, abstenerse de utilizar estupefacientes o consumir bebidas alcohólicas entre otras, y sobre todo teniendo en cuenta que el consumo problemático de sustancias en muchos casos incrementa la violencia. Así también, existen mayores posibilidades que el imputado cumpla con dichas pautas dentro de una probation, dado que sabe que tiene la posibilidad de que la causa finalice con un

sobreseimiento y no le queden antecedentes penales a diferencia de una condena en suspenso con la que probablemente se le impondrían idénticas reglas.

V.- Conclusión

La Ley N° 27.691 ha visibilizado una problemática tan antigua como el mundo mismo, pero que debido a una cultura patriarcal se la ha tratado de ocultar siempre.

Cabe señalar, que el enfoque de género exige necesariamente poner en evidencia las desventajas estructurales que la condición de mujer entraña y despejar los estereotipos genéricos.

Seguramente, un efecto que producirá la criminalización de estas nuevas conductas incorporadas al Código Penal, será evaluar –en un futuro no muy lejano– si la incorporación de los delitos de género ha significado o no una real contribución a la erradicación definitiva del fenómeno de la violencia de género, o si por el contrario, deben ser las herramientas alternativas, de diverso signo (sociales, culturales, educativas, laborales, económicas, etc.) las que deben ser ponderadas como *prima ratio* en el combate contra la violencia sexista. Respuesta punitiva o respuesta alternativa, inclusive sancionatoria, o ambas cosas. Esclarecer esta opción, aun estando en vigencia la primera de ellas, tal vez pueda llegar a contribuir a hacer realidad la declaración de la Ley N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, consistente en “promover y garantizar el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”.

La respuesta única que excluye otras medidas alternativas al juicio, punitiva *siempre y en todos los casos*, la ausencia de abordajes reparadores, restaurativos y preventivos, no determina una política consciente ni mucho menos redistributiva del género porque no transforma el orden social sino que lo reproduce.

Como corolario final, soy una convencida de que el espíritu de la ley debe ir más allá, no debe implicar *solo y siempre* castigar por el daño causado, sino también prevenirlo para transformarlo, repararlo y sanar.

VI.- Bibliografía

- Boumpadre, Jorge Eduardo. “Los delitos de género en la reforma penal. Ley N° 27.691”. Revista Pensamiento Penal on line, 2013.

- Boumpadre, Jorge Eduardo. “Violencia de género, femicidio y Derecho Penal. Los nuevos delitos de género”. Alveroni. Córdoba. 2015.
- Juliano, Mario y Vitale, Gustavo. “Retroscesos de una Corte que avanza (el fallo Góngora y los nuevos enemigos del sistema penal)”, Revista de Derecho Penal y Criminología Nro. 6, 2013.
- Maciel, Mariano Patricio. “Desandando la huella del fallo “Góngora” de la Corte Suprema sobre suspensión del juicio a prueba. Alcances del deber de sancionar de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará)”. Revista de Derecho Penal y Criminología, Año IV – Nro. 7. Ed. La Ley – Thomson Reuters. 2014.
- Martiré, María Guadalupe. “La viabilidad de la suspensión de juicio a prueba en los casos de violencia de género”. Revista Judicial Digital Obiter Dictum Nro. 5, 2017.
- Ossola Alejandro. “Violencia familiar”. Advocatus, Córdoba, 2011.