



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRÍA

**PERSPECTIVA DE GÉNERO: DETERMINACIÓN DE LA PENA Y
PAUTAS DE LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL CÓDIGO PENAL
ARGENTINO**

Tesista: Mónica Romero

Director: Horacio Báez

Mendoza, 2021

PERSPECTIVA DE GÉNERO: DETERMINACIÓN DE LA PENA Y PAUTAS DE LOS ARTÍCULOS
40 Y 41 DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

Mónica Romero

Mendoza, 2021



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

**PERSPECTIVA DE GÉNERO: DETERMINACIÓN DE LA PENA Y
PAUTAS DE LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL CÓDIGO PENAL
ARGENTINO**

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Tesista: Abog. Mónica Romero

Director: Dr. Horacio Báez

Mendoza, 2021

RESUMEN

El presente trabajo pretende abordar desde una perspectiva de género la determinación judicial de la pena y las pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal. El punto de partida son las obligaciones asumidas por el Estado Nacional, contenidas en los tratados internacionales específicos en relación a las violencias contra las mujeres. Se intentará emprender un enlace crítico, la visión interdisciplinaria de los aportes teóricos feministas y los postulados del Derecho Penal General, en particular, sus fines y consecuencia jurídica: la pena. Por otro lado, la fijación de la pena constituye uno de los ámbitos de mayor discrecionalidad judicial, por lo que se propondrá la elaboración de pautas generales coadyuvando una fundamentación judicial con perspectiva de género. En la hipótesis, se afirman dos ideas centrales. La primera: el Derecho Penal debe adecuar su actuación a una perspectiva de género, hasta la finalización de un proceso penal (en caso de sentencia condenatoria, constituye la fijación de una pena concreta). La segunda idea: las obligaciones del Estado, en cuanto diseño de políticas públicas que garanticen a las mujeres una vida libre de violencias, deben ser integrales y no limitadas a respuestas punitivas que se originan de las propias consecuencias de esas violencias.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN	3
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES	19
1. Análisis descriptivo de los instrumentos legales de protección de los Derechos Humanos de las mujeres	21
1.1 Instrumentos jurídicos internacionales genéricos que hacen mención a los derechos de las mujeres	23
1.2 Instrumentos jurídicos internacionales específicos que hacen mención a los derechos de las mujeres	26
1.3 Instrumentos jurídicos nacionales específicos que hacen mención a los derechos de las mujeres	33
2. Jurisprudencia de la Corte IDH y Aplicación del Plexo Normativo Internacional	37
3. Conclusión preliminar: Obligación de debida diligencia reforzada	44
CAPÍTULO II: LINEAMIENTOS Y CONSECUENCIAS DEL DERECHO PENAL .	45
1. Derecho Penal y posturas político-criminales	46
2. Derecho Penal y sus fines	51
3. Derecho Penal y sus funciones	53

4. Derecho Penal y las teorías de la pena	57
4.1 Teorías absolutas	59
4.2 Teorías relativas	64
4.2.1. Prevención general negativa	65
4.2.2. Prevención general positiva	69
4.2.3 Prevención especial	74
4.2.4 Teorías superadoras de la prevención general positiva ...	76
5. Conclusión preliminar	83
CAPÍTULO III: RELACIÓN DE LOS MOVIMIENTOS FEMINISTAS Y EL DERECHO PENAL	86
1. Aproximaciones históricas a los movimientos feministas	88
2. Influencia de los movimientos feministas en el Derecho	91
3. Diversas posturas ante el Derecho Penal	94
4. Conclusión preliminar	99
CAPÍTULO IV: DETERMINACIÓN DE LA PENA CONCRETA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO	102
1. Arbitrio judicial	106
1.1 Aproximaciones a ciertas reglas que establezcan precisión en la etapa de individualización judicial de la pena	109

1.2 Injusto penal y culpabilidad en relación a la perspectiva de género ...	113
2. Proceso de individualización judicial de la pena	116
2.1 Reglas preliminares en el proceso de individualización judicial de la pena	117
2.2 Esquema valorativo propuesto de los art. 40 y 41 del Código Penal Argentino	118
2.3 Principios generales que rigen la aplicación de los parámetros establecidos en el art. 41 del Código Penal Argentino	120
2.3.1 Alcance de las circunstancias personales del autor	121
2.3.2 Punto de partida desde el cual se agrava o se atenúa la pena	123
2.3.3 La prohibición de la doble valoración	124
3. Valoración de las pautas del artículo 41 del Código Penal con perspectiva de género.....	128
3.1 Naturaleza de la acción, medios empleados para ejecutarla y circunstancias de tiempo, modo y ocasión	131
3.2 Extensión del daño o el peligro causados	136
3.3 Vínculos personales y la calidad de las personas	138
3.4 Pautas de valoración que reproducen sesgos y estereotipos de género hacia las mujeres	140
4. Conclusión preliminar	144

CONCLUSIONES GENERAL	145
BIBLIOGRAFÍA	150

INTRODUCCIÓN

El tema elegido para la investigación es la determinación de la pena y caracterización de las pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal Argentino.

La individualización de la sanción condenatoria en una sentencia constituye la finalización del proceso penal y la manifestación concreta del poder punitivo del Estado.

En este sentido, la inquietud en la elección del tema propuesto por esta tesis surgió a partir de evocar los deberes del Estado Argentino, asumidos en los instrumentos internacionales.

En particular, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994) -conocida como Convención de Belém do Pará-, establece en el art. 7 que los Estados condenan todas las formas de violencia contra la mujer y se obligan a adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, llevando a cabo una actuación con debida diligencia para lograr estos objetivos, en razón de la responsabilidad internacional que acarrea su incumplimiento (acápito b).

Por consiguiente, en las sentencias condenatorias deben impactar los estándares internacionales en materia de violencias contra las mujeres y su discriminación. Estos se encuentran conformados no solo por los Tratados Internacionales suscriptos por este país, sino también a través de las recomendaciones y decisiones del sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), a efectos de garantizar la tutela efectiva de estos derechos y el acceso a la justicia de las mujeres.

A su vez, esta obligación de debida diligencia se trata de un deber reforzado, concepto que ha sido desarrollado bajo modelos concretos en relación al ámbito judicial; y cuyo principal alcance se manifiesta ante respuestas en el tratamiento de casos de

mujeres que sufren violencias y maltratos producidos a contraluz de los patrones de impunidad y discriminación detectados en los procesos judiciales (González, 2020, p.23-24)

Al momento de fundar la consecuencia punitiva sancionatoria más grave sobre una persona se estaría replicando la violencia que se pretende erradicar. Asimismo, se entiende que no puede prescindirse de estos estándares, ya sea que se trate de los fundamentos de una individualización de pena respecto a hombres juzgados por hechos delictivos contextualizados en violencias contra las mujeres en razón de su género, como también cuando esa pena sea aplicada a mujeres infractoras de la ley penal.

La importancia de establecer la obligación reforzada de los Estados en cuanto a prevenir, sancionar y erradicar las violencias contra las mujeres tiene alcance al momento de fundar las pautas de mensuración de la pena. Deviene del reconocimiento, conforme lo plantea Gherardi (2017), del alcance de la responsabilidad institucional del Poder Judicial de administrar justicia, evitando la incorporación y fortalecimiento de estereotipos en sus decisiones judiciales “ya que sus sentencias son el modo más adecuado para la comunicación entre el Poder Judicial y la sociedad” (p. 285-294).

Ante ello se eleva la necesidad de que la fundamentación de la determinación judicial de la pena, en tanto valoración de las pautas contenidas en el art. 40 y 41 del Código Penal, sea con perspectiva de género.

Esta exigencia es analizada desde dos aspectos que se relacionan con la técnica legislativa propuesta por nuestro Código Penal. Por un lado, será en relación a las pautas de mensuración, ya que estas no son establecidas en forma taxativa por el carácter agravante o atenuante que puedan contener, sino por el contrario: este carácter es indistinto según las características de cada caso particular. Por otro lado, la consecuencia se expresa en la mayor discrecionalidad que tienen los/as jueces/as al momento de fundar la individualización de una pena.

Esta discrecionalidad, que dicho sea de paso no es absoluta sino que posee límites dados por los principios generales del Derecho, es una quimera que en la práctica llegó a

consecuencias irracionales, que conllevaron directamente a la no fundamentación o a la fundamentación de la íntima convicción del juzgador/a, que en definitiva también equivale a una no fundamentación.

Pero también abre la posibilidad de que en la fundamentación se infiltren sesgos y estereotipos de género, y que estas creencias sirvan de base para analizar las pautas de mensuración de una pena que conllevarán, en la mayoría de los casos, a la atenuación de las mismas, si se trata de varones juzgados por delitos contextualizados en violencias contra las mujeres, y en agravantes, cuando resulten condenadas mujeres.

La propuesta para este análisis crítico de las pautas de mensuración de la pena, en los dos aspectos señalados, se realizará bajo la perspectiva de género, siendo necesarias algunas descripciones conceptuales.

En primer lugar, el concepto de “género” muchas veces se define como opuesto al sexo. Es decir, que el sexo se determina biológicamente mientras que el género es una construcción histórica (Navas, 1993, p.3 en: García Muñoz, 2001, p.3).

Por otro lado, autoras como Alda Facio (1992) indican que el género, en el sentido “género sexual”, hace referencia a la dicotomía sexual que es impuesta socialmente a través de roles y estereotipos, que hacen aparecer a los sexos como diametralmente opuestos. Por lo que las características con que se define a uno u otro sexo gozan de distinto valor y legitiman la subordinación del sexo femenino (p.52).

Sin embargo, remarca Lamm (2018) que muchos de los conceptos relativos al género se basan en una concepción binaria del sexo, que considera que existen básicamente dos polos opuestos: varón-mujer, masculino-femenino, hembra-macho (p.232).

Estas definiciones han sido integradas por la Ley N° 26.743 de Identidad de Género y los Principios de Yogyakarta¹, que en consonancia con la legislación nacional, en su primer documento del año 2006, establece que la identidad de género:

¹ <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/12/PRINCIPIOS-DE-YOGYAKARTA-II.pdf>

Se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. (Lamm, 2018, p.233)

Desde una mirada antropológica, son ilustrativas las palabras de Rita Segato (2018) sobre el alcance de esta palabra:

Género no es otra cosa que una categoría analítica que pretende dar cuenta de cómo representaciones dominantes, hegemónicas, organizan el mundo de la sexualidad, de los afectos, de los roles sociales y de la personalidad. En un primer momento, lo que hicimos fue oponer el sexo al género, perteneciente al campo simbólico como relación de posiciones. Luego pasamos a percibir que es el diseño del campo simbólico el que organiza la clasificación de los cuerpos, capturándolos en el modelo dimórfico, binario, cuando se podría hablar de una variedad abierta de formas corporales lo que sucede es que, como toda categoría analítica, su papel es mapear los diseños que anclan los comportamientos otorgándoles vocabulario, identificar las normas que pautan la vida social. (Segato, 2018, p.28)

Por lo expuesto, la primera limitación conceptual de este trabajo es que al hablar de género, lo hacemos en base a esa representación hegemónica, y desde este posicionamiento se hace referencia a la perspectiva de género/mujeres.

En este sentido coincido con las observaciones de Patricia González Prado, quien rescata la expresión “mujeres” (en plural) de la propuesta de la filósofa mendocina Alejandra Ciriza, quien señala:

Si hago referencia a las mujeres no es porque las suponga idénticas, sino porque la interpelación hacia las mujeres como colectivo político continúa siendo

portador de fuerza política en el campo de los feminismos. Las mujeres no son/somos un colectivo homogéneo, sino un sujeto complejo, atravesado por múltiples contradicciones ligadas a la clase social, la cultura, el color de la piel, la orientación sexual. (Ciriza, 2006, p.1-6 en: González Prado, 2018, p.26).

Así entonces se va completando el concepto de “perspectiva de género” que, utilizando la definición de Marcela Lagarde (con las aclaraciones precedentes), indica:

La perspectiva de género permite analizar y comprender las características que definen a las mujeres y a los hombres de manera específica, así como sus semejanzas y diferencias. Esta perspectiva de género analiza las posibilidades vitales de las mujeres y los hombres: el sentido de sus vidas, sus expectativas y oportunidades, las complejas y diversas relaciones sociales que se dan entre ambos géneros, así como los conflictos institucionales y cotidianos que deben enfrentar y las maneras en que lo hacen” (Lagarde, 1997, p.15).

Conforme señala Alda Facio (2017), en el ámbito de la labor interpretativa del Derecho, la perspectiva de género tiene dos aspectos. Por un lado, la obligación del/la juez/a de que sea imparcial e independiente en la aplicación del Derecho; y, por otro lado, será el Derecho el que proporcionará a quienes lo interpreten los elementos para extraer las bases y los razonamientos de su decisión. Por ello es necesario partir de la premisa de que la interpretación jurídica con perspectiva de género no es contraria a los principios de imparcialidad e independencia, sino todo lo contrario: si no se aplicara esta perspectiva se terminaría aplicando un derecho que discrimina, que es parcial y subjetivizado (p.313-314).

Estas afirmaciones tienen relación con la propia historia de la humanidad. Hace casi cuarenta años, la autora Catharine Mackinnon (1983) ya lo advertía en un aforismo: “El Derecho ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres” (p.644). Es decir, plantea que el Derecho fue y es creado en su mayoría por hombres (y aplicado también), por lo que termina siendo un reflejo de la manera en la que el hombre se ha convertido en la medida estándar de todo. Y esa medida termina reflejando la imagen en el Derecho y, específicamente en el Derecho Penal, que tienen los hombres de las mujeres (Correa Flórez, 2020, p.62).

Surge la necesidad de delimitar otra definición, en tanto aplicación y alcance para este trabajo: el concepto de “patriarcado”. Se entiende por patriarcado al sistema de estructuras sociales y prácticas en las que los hombres dominan, oprimen y explotan a las mujeres (Walbi, Silvia, 1990, p.20 en: Correa Flórez, 2020, p.53).

El hecho de no atender a estos conceptos, en el marco de la necesidad de una interpretación judicial con perspectiva de género, impacta en la práctica cotidiana del acceso a la justicia de las mujeres, ya que no estaría siendo ni imparcial ni objetivo en su aplicación.

Así, cuando se trata de juzgamientos de hechos delictivos que conllevan contextos de violencias contra las mujeres, se exigen determinadas actitudes y características de la persona damnificada por el delito, asociadas con notas de inocencia, sumisión y pasividad (Azcue, 2020, p.81). Características de la construcción estereotipada histórica de los roles “buena víctima y mala víctima” (González, 2020, p.33).

La violencia por razón de género contra las mujeres será la acepción que se utilizará mayormente en esta tesis. No obstante se reconoce en la práctica cotidiana de los/as operadores/as del Derecho la común utilización de los términos “violencia de género”, “violencia contra las mujeres”, “violencia de género contra las mujeres” como sinónimos (coincidiendo con la autora María Luisa Piqué, 2017, p.309).

La violencia por razón de género contra las mujeres se refiere a las violencias que acarrearán la vulneración de los derechos debido a la condición de mujeres (Laurrari, 2018, p.46). Esta tiene lugar cuando se transgrede la construcción social de normalidad que caracteriza a los colectivos dominantes, por las prácticas, roles o actitudes que han sido asignadas a través de las estructuras sociales de poder de forma generalizada: el patriarcado. Por lo que la violencia contra las mujeres busca erradicar esa trasgresión para mantener los privilegios del colectivo mayoritario (Correa Flórez, 2020, p. 52-53).

Desde un posicionamiento histórico-social, la autora Tamar Pitch (2014) plantea una crítica a la utilización en el Derecho de la expresión “violencia contra las mujeres”, ya que el término “violencia” sustituyó el término “opresión”, que era el utilizado por el feminismo de la década del 70. “Opresión” como condición que invade todos los ámbitos

de la vida de las mujeres. Resalta que en 1980 el paso de un término a otro fue derivado de la relegitimación del Derecho Penal, que permite delinear una separación clara entre el agresor y la víctima (p.20).

Otro concepto que será utilizado a lo largo de este trabajo es el de “estereotipo”. En este caso, siguiendo los lineamientos de las autoras Cook y Cusack (2009) se establece:

Los estereotipos presumen que todas las personas miembros de un cierto grupo social poseen atributos o características particulares o tienen roles específicos (v.g. las mujeres son cuidadoras por naturaleza). Para calificar una generalización como un estereotipo, no importa si dichos atributos o características son o no comunes a las personas que conforman el grupo o si sus miembros de hecho, poseen o no tales roles. (p.11)

Los estereotipos de género se refieren a la construcción social y cultural de hombres y mujeres, en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales. Más ampliamente, pueden pensarse como las “convenciones” que sostienen la práctica social del género. Dichas creencias pueden implicar una variedad de componentes, incluyendo características de la personalidad, comportamientos y roles, características físicas y apariencia u ocupaciones y presunciones sobre la orientación sexual. Los componentes de los estereotipos de género, evolucionan y varían de acuerdo con los diferentes contextos. (p.23)

Los conceptos detallados resultan importantes al tema propuesto porque sirven para el análisis de las pautas contenidas en el art. 41 del Código Penal bajo una perspectiva de género/mujeres. Este planteo requiere un posicionamiento situado respecto a la interacción de la realidad y práctica judicial cotidiana que puede reproducir violencias contra las mujeres, ya sea como damnificadas de un delito o como infractoras del Derecho Penal.

El análisis de estas pautas de mensuración de pena, bajo la categoría de análisis de la perspectiva de género/mujeres, en modo alguno conlleva a una finalidad de agravamientos de las cuantías de las sanciones punitivas cuando se trate de condenas

contra varones juzgados por delitos que involucren distintas violencias contra las mujeres. En el planteo aquí propuesto, el análisis crítico se sitúa desde la visibilización de marcos teóricos y metodologías de género, identificando instrumentos que garanticen que las fundamentaciones de la individualización judicial de la pena, por medio de sentencias judiciales, no sean arbitrarias y estereotipadas, y perpetúen las desigualdades estructurales de los géneros, la ineficacia en la tutela y el acceso a la justicia de las mujeres. Desde esta perspectiva es que este análisis crítico se propone como una herramienta más que coadyuve la visión de la justicia con perspectiva de género, o mejor dicho, de los/as operadores/as judiciales.

La inclusión de la perspectiva de género persigue justamente la resignificación de prácticas y conocimientos edificados sobre una concepción androcéntrica de la humanidad que se refleja continuamente en el ámbito de la administración de justicia, ya que la construcción de estas prácticas y conocimientos teóricos no han tenido en cuenta la consideración de las mujeres (Azcue, 2020, p.83).

Basta una lectura rápida de diversas sentencias para dar cuenta que en las fundamentaciones de la individualización judicial de la pena no hay referencia a la perspectiva de género; y, desde este plano, surge el aporte pretendido por el presente trabajo. La perspectiva de género en la interpretación judicial facilita la adecuación del sistema jurídico a la igualdad material (Azcue, 2020, p.84).

A efectos del análisis crítico que propone este trabajo, se esquematizará su desarrollo en cuatro capítulos. En el primero, se desarrollará una evolución histórica del reconocimiento de los Derechos Humanos de las mujeres, abarcando el ámbito internacional como así también nacional. Se examinarán diversos fallos de la Corte Interamericana de Justicia y se reconocerá diversos instrumentos legales que conforman e integran el alcance de la obligación de debida diligencia reforzada en los casos de violencias contra las mujeres y niñas.

En el capítulo segundo se trazará ciertos lineamientos teóricos en relación al Derecho Penal y sus consecuencias. Se determinará puntos cardinales para visibilizar que la interrelación entre la obligación reforzada del Estado en materia de violencias contra las mujeres en razón de su género y las respuestas del sistema penal, es compleja. Para

ello, se realizará un recorrido por los fines del Derecho Penal, sus funciones y las teorías de la pena.

En el tercer capítulo se describirá la interrelación entre los movimientos feministas y el Derecho Penal. Para ello, se realizará un entrecruce entre las diversas demandas feministas y las respuestas penales, que en algunos casos se traducen en una vinculación disfuncional. La perspectiva de género garantizará la tutela efectiva y acceso a la justicia de las mujeres con un Derecho Penal que esté en continuo diálogo con las construcciones teóricas feministas.

El cuarto capítulo abordará el análisis de las pautas contenidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal, esto es, la individualización judicial de una pena concreta, con perspectiva de género. Se realizará bajo la premisa de que las valoraciones de las pautas de mensuración de la pena no pueden partir de nociones estereotipadas. Si bien por cuestiones esquemáticas serán desarrolladas mayormente en relación a la sanción punitiva de agresores varones, también se analizarán desde la perspectiva de sanciones punitivas a mujeres infractoras de la ley penal.

Teniendo en cuenta este análisis crítico, se tratará de responder dos interrogantes sobre el alcance de esta obligación reforzada del Estado para prevenir, sancionar y erradicar las violencias contra las mujeres en razón de su género. El primero, si es posible que la respuesta penal sea con perspectiva de género hasta la última parte del proceso, que en caso de una sentencia condenatoria, será la fijación de una pena concreta. El segundo, si es posible garantizar estas obligaciones sin que a la par de las respuestas punitivas del Derecho Penal exista otro conjunto de políticas públicas que se traduzcan en dispositivos sociales que entrelacen diversas respuestas.

Como metodología de investigación para cumplir con los objetivos propuestos, se realizará una investigación de tipo descriptiva analítica, que se nutrirá no sólo del enfoque legal sino también interdisciplinario. Tendrá como principal estrategia la búsqueda bibliográfica (nacional como internacional, la búsqueda de jurisprudencia nacional e internacional, como también de la Corte Interamericana de Justicia) y datos estadísticos en relación a hechos delictivos contextualizados en violencias contra las mujeres en razón de su género.

Específicamente se tomará de base los instrumentos legales que identifican la normativa nacional e internacional de los Derechos Humanos de las mujeres. Se establecerá los fines, las funciones y las teorías de la pena relacionándolas interdisciplinariamente con los postulados de los movimientos feministas que desde la disputa en el espacio simbólico instauran un saber no-sexista en torno de las mujeres (Ciriza, 1997, p.156). Además, se identificará los criterios de determinación de la pena y se desarrollará las circunstancias atenuantes o agravantes particulares de cada caso (art. 40 y 41 del CP), valoradas conforme la variable género/mujeres.

Para poder realizar esta propuesta se adopta como categorías de análisis el género y la perspectiva de género. Esto, en relación a la interpelación constante y continua sobre los discursos que linean la normativa penal.

Se hará hincapié en el entendimiento de que no se puede comprender ningún fenómeno social si no se lo analiza desde la perspectiva de género, lo que generalmente implica reconceptualizar aquello que se está analizando (Facio, 2000, p.1).

El método empleado también representa las interpelaciones ante el Derecho Penal y ante esa misión que le es asignada, principalmente sobre la base de construcciones teóricas forjadas bajo el desplazamiento de las mujeres. Construcciones que se establecen como parciales, situadas y discutibles desde una perspectiva feminista (Harding, 1998, p. 4).

CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

En este capítulo se analizará la evolución histórica del reconocimiento, goce y ejercicio de los Derechos Humanos de las mujeres.

En general, la doctrina es unánime en considerar que los principios fundamentales que instituyen los Derechos Humanos son el orden público, la universalidad, la unicidad, la irreversibilidad, la progresividad y la maximización.

Sin embargo, desde una perspectiva de género se realizan cuestionamientos hacia esta pretendida universalidad, ya que la construcción del Estado moderno ilustrado implicó un tipo de universalismo edificado sobre la exclusión de las mujeres del espacio político (Ciriza, 2007, p.310).

De hecho, desde los momentos fundacionales del Estado moderno, la declaración jurídica del principio de igualdad se postulaba universal y al mismo momento restringía esta universalidad al conjunto de los varones adultos, blancos y propietarios. (Costa Wegsman, 2017, p.238).

Desde el siglo XVIII, autoras como Mary Wollstonecraft y Olympe de Gouges pregonaban que la construcción del sujeto político, del sujeto de Derecho, dejaba afuera a las mujeres. Así el sujeto universal de las revoluciones era hombre, no humanidad (González Prado, 2018, p.33-34)².

En estos lineamientos, expresa la antropóloga Rita Segato (2018) que en el humanismo moderno, el discurso universalista e igualitario proviene de un sujeto

² Olympe de Gouges (Francia, 1748-1793), en su obra "Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadanía" (1791), habla sobre la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres por contraposición a la Declaración de los Derechos del Hombre. Mary Wollstonecraft (Inglaterra, 1759-1797), en su texto "Vindicación de los derechos de la mujer" (1792), condena la educación que se le daba a las mujeres. A su vez, señala González Prado que debieron llegar las contribuciones del feminismo descolonial y lesbiano para entender que ese sujeto hombre, joven, blanco, propietario era, además, europeo y heterosexual (2018, p.34).

enunciador con características particulares, que se instala en una posición de paradigma universal de lo humano, a partir de esa entronización de un particular representante de todos. Cualquier diferencia con ese sujeto debe ser ecualizada y reducida al formato establecido por ese personaje que previamente fue hombre con minúscula y a partir del Renacimiento, la Conquista, el Iluminismo y la Modernidad, se ha transformado en hombre con mayúscula; aquel que será sujeto masculino, blanco, propietario, letrado, *pater familias*. Así el binarismo moderno (en contraposición con el pluralismo del mundo pre-colonial) es el orden de ese sujeto universal al cual pasan a referirse todas las diferencias, ahora minorizadas; la mujer será el otro del hétero-normal, el heterodoxo en sus prácticas sexuales será el otro del hétero-normal, el negro será el otro del blanco, el primitivo será el otro del civilizado (p.68).

Solo en años recientes, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha ampliado de manera progresiva sus formas e intervención y, en particular, ha dirigido su mirada hacia la situación de distintos grupos afectados por discriminación y violencia (Fernández Valle, 2017, p.1)³.

En este sentido, Rita Segato (2018) reconoce que el trabajo de los Derechos Humanos es nominativo, pone nombre a la lista de sufrimiento humano, esto es, el descubrimiento y la formulación de nombres para aquello que no debería estar ahí. Las categorías que sirven para discriminar y excluir, y que constituyen representaciones sociales poderosas y perniciosas, deben ser nombradas. Sin sus nombres, no se las podría analizar, trabajar en su crítica y alcanzar su abolición, como ocurre con las palabras “raza” o “género” (p.62).

Será entonces en la especificidad de estos instrumentos donde comienza la herramienta legal para igualar a los seres humanos. El Derecho es el que expresa la decisión política de que sea así. Se trata, pues, de una construcción histórica que conduce a una imposición legal (Pinto, 2017, p.50).

³ En particular, mujeres y el colectivo LGBTI (Fernández Valle, 2017, p.1) Esta sigla se encuentra atravesada por transformaciones permanentes. Actualmente el término LGBTIQ+ está formado por las siglas de las palabras lesbiana, gay, bisexual, transgénero, transexual, travesti, intersexual y *queer*, y al final se suele añadir el símbolo + para incluir todos los colectivos que no están representados en las siglas anteriores.

Alessandro Baratta (1990) indica que al hablar de Derechos Humanos se utiliza un concepto complejo, integrado por dos elementos: hombre y Derecho, ambos términos vinculados entre sí mediante una relación de complementariedad y contradicción. Es decir, hombre y Derecho son definidos desde el punto de vista ideal del deber ser con una remisión recíproca, el hombre es tal, en tanto sujeto de derechos, por lo que será el derecho positivo vigente el que determine los derechos de los hombres, por sobre su realidad (hechos) y no a la inversa, lo que conlleva una tensión entre el "ser" y el "deber ser" (p.11-12).

En este sentido, se van incorporando a los instrumentos internacionales datos históricos y sociales que dan cuenta de la exclusión sistemática en la que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad, entre ellos, las mujeres. No alcanza, entonces, con el léxico generoso de la ley, "Toda persona tiene derecho a...", para superar la discriminación contra las mujeres, ya que en su aplicación se ha verificado inconducente. Ello no supone restarle valor a la norma jurídica "Toda persona tiene derecho a...", sino constatar que es necesario cambiar la forma en que ese contenido normativo es leído o aplicado en la práctica (Pinto, 2017, p.51).

Desde las contribuciones críticas feministas se advierte que el Derecho ha ocupado un lugar clave en el proceso de conversión del sujeto real en ciudadano abstracto. La noción de ciudadanía ha implicado, al menos desde el momento de su construcción moderna, una operación de sustitución del cuerpo real de los sujetos por un cuerpo construido sobre la base de la abstracción de las marcas de identidad de clase, raza, y sexo. Por lo tanto, el afán de la inscripción de lo que es cuerpo real en el cuerpo político ha sido objeto de agrias luchas políticas y sociales; luchas por hacer visibles las consecuencias políticas de las diferencias entre los sexos, por derribar las barreras de exclusión, desnaturalizar lo naturalizado, mostrando sus raíces históricas y sus efectos sociales sobre las vidas de los sujetos (Ciriza, 2007, p. 295-298).

1. Análisis descriptivo de los Instrumentos Legales de Protección de los Derechos Humanos de las mujeres

El análisis de los instrumentos legales de protección de los Derechos Humanos de las mujeres se dividirá en tres niveles: universal (en el seno de Naciones Unidas), regional (Organización de Estados Americanos) y nacional.

El análisis descriptivo de las normas se realizará desde los derechos más genéricos hasta los más específicos, a través de una posición determinada que es el acceso a la justicia de las mujeres y el alcance de la obligación de la debida diligencia reforzada para prevenir, investigar, sancionar y reparar actos de violencia contra las mujeres.⁴

La importancia de estos instrumentos jurídicos es el recorrido hacia la mayor especificidad en relación a los derechos de las mujeres. Sin embargo, como señala Fernández Valle (2017), ha debido pasar mucho tiempo para el reconocimiento efectivo de estos derechos, y en ello ha tenido mucho que ver la activa labor política de los propios excluidos (p.2).

1.1 Instrumentos jurídicos internacionales genéricos que hacen mención a los derechos de las mujeres

Hace más de setenta años, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en Naciones Unidas⁵ enunciaba que todos los seres humanos nacían libres e iguales en dignidad y derechos (art. 1). Declaraba que todas las personas tenían los derechos y libertades proclamados sin distinciones de alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole (art. 2). Indicaba que todos son iguales ante la

⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 diciembre 2011, párrafo 19 y Convención Belem do Pará, art. 7.

⁵ Promulgada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la ONU.

ley y tienen igual protección (art. 7). Asimismo, garantizaba el derecho a ser oídas y a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, amparándolas contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley (acceso a la justicia, art. 8).

Sin embargo, largo fue el recorrido del reconocimiento real de esos derechos para las mujeres. Por ejemplo, la mención específica a “mujeres” recién surgió en 1966 por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁶ El acuerdo realizaba una de las primeras disposiciones concernientes únicamente a mujeres, y lo hacía prohibiendo la pena de muerte a embarazadas (art. 6.5). Además reconocía específicamente la igualdad en el goce de los derechos establecidos por el Pacto, tanto para mujeres como para hombres (art. 3). El art. 14 reconocía el derecho de “acceso a la justicia”.

Ese mismo año, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷ asignaba la misma igualdad “a hombres y mujeres” (art. 3) y establecía por primera vez la no discriminación de la mujer en cuanto a condiciones satisfactorias y equitativas de trabajo (art. 7), como también lo indicaba la Organización Internacional del Trabajo desde 1958 (García Muñoz, 2001, p.7; en mismo sentido: Pinto, 2017, p.52).

En el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, la evolución no fue muy diferente. En 1948 la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁸ aludía a la igualdad ante la ley y no discriminación de todas las personas sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna (art. 2). A su vez, refería a las mujeres en forma específica a efectos de garantizar los derechos de protección, cuidados y ayuda si se encontraban embarazadas o en época de lactancia, consagrando los mismos derechos al niño (art. 7).

Mientras que en 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹ consagraba la no discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión,

⁶ Aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976 (140 ratificaciones).

⁷ Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976 (137 ratificaciones).

⁸ Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

⁹ Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978 (25 ratificaciones).

opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, precisando que “persona” es todo ser humano (art. 1.1 y 1.2). La doctrina es unánime en indicar que el derecho de “acceso a la justicia” supone tanto un acceso formal y procesal como también un acceso de protección material, garantizando el “debido proceso legal” (Piqué, 2017, p.310-311).

El art. 25 garantizaba a todas las personas el derecho a un recurso sencillo y rápido que las amparase contra actos que violasen sus derechos fundamentales reconocidos. Además exigía a los Estados parte suministrar recursos efectivos, a los fines de determinar si había ocurrido una violación de los Derechos Humanos y proveer lo necesario para remediarlo (Piqué, 2017, p.311).

Asimismo, en forma específica, refería a las mujeres en el art. 4 al disponer la prohibición de la pena de muerte a mujeres embarazadas. Por otra parte, el art. 6 prohibía la trata de mujeres.

Como se observa, ha existido una tendencia progresiva hacia el pleno reconocimiento, goce y ejercicio de los Derechos Humanos de las mujeres (García Muñoz, 2001, p.2). Y si bien se iba dando forma al reconocimiento jurídico de los Derechos Humanos desde una construcción jurídica generalizadora con cláusulas tales como “toda persona”; “persona humana”; “todo ser humano”, lo cierto es que seguían enunciándose en masculino. Aunque el discurso jurídico dominante sostenía que era comprensivo de hombres y mujeres, la práctica demostraba que las mujeres tenían mínimos derechos civiles y carecían de derechos políticos (Figuroa, 2017, p.22-23).

De hecho, autoras como Alda Facio (2000) señalan que por siglos hemos visto el mundo desde la perspectiva androcéntrica, creyendo que esta perspectiva es una no perspectiva o un punto de vista neutral y objetivo, sin realizar un esfuerzo consciente por utilizar una perspectiva de género (p.2).

Así entonces, aplicando este razonamiento al sistema universal, esta autora hace referencia al art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, indicando que aun cuando se lo analizara desde una perspectiva androcéntrica y no de género, no pudo nunca ser entendido como una mera declaración de la posibilidad de toda persona de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada país. Debía entenderse como un Derecho Humano fundamental que involucraba tanto el deber estatal de proveer un servicio público que el Estado debía garantizar a todos los habitantes de su territorio “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”, como finalmente dispondría la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Facio, 2000, p.1).

Este mismo razonamiento realiza la autora María Luisa Piqué (2017) al analizar las normas del sistema interamericano de la Convención Americana de Derechos Humanos. Piqué indica que el derecho de las personas de ser oídas y el de contar con recursos judiciales en condiciones de igualdad (art. 8.1 y 25 de la CADH) conforman el derecho de “acceso a la justicia” (p.311). Así también es entendido por el informe de la Comisión IDH de “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, en tanto los Estados parte están obligados a la luz de ambas disposiciones a “garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia”, y a que el recurso que se prevea permita lograr, entre otros resultados, el juzgamiento de los responsables y la obtención de una reparación por el daño sufrido¹⁰.

Ante ello surge la pregunta: ¿por qué entonces fueron necesarios instrumentos internacionales específicos para proteger y reconocer los Derechos Humanos de las mujeres a su vida, a su integridad física, sexual, económica y psicológica? La respuesta es sencilla: la desigualdad histórica entre los postulados teóricos del Derecho y su aplicación práctica en la cotidianidad de los hechos.

¹⁰Comisión IDH, Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 68, 20 enero 2007 (en adelante: Comisión IDH, Informe 2007), párr. 24, con cita de diferentes precedentes de la Corte IDH. Citado por Piqué, María Luisa (2017, p.311).

1.2 Instrumentos jurídicos internacionales específicos que hacen mención a los derechos de las mujeres

En el ámbito de las Naciones Unidas, el año 1979 fue clave a efectos de la visibilización de los Derechos Humanos de las mujeres con la creación de la “Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer” (conocida como CEDAW por sus siglas en inglés¹¹).

En primer lugar, la Convención reemplaza las fórmulas universales que hasta el momento eran utilizadas. Esto es, el “todos”, “toda persona”, “nadie”, por una formulación específica que busca consagrar los derechos de las mujeres (Pinto, 2017, p.53). En segundo lugar, parte de una premisa; aquella que había sido sentada por la Declaración Universal de Derechos Humanos: el principio de la no discriminación. Solo que sería necesario elaborar una definición de “discriminación contra la mujer” como:

Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. (art. 1)

Alda Facio (1992) destaca la importancia de esta definición en base a tres puntos: a) porque cualquier ley será discriminatoria si tiene por resultado la discriminación de la mujer, aunque esa misma ley no se haya promulgado con la intención o con el objeto de discriminarla; b) al ser ratificada por un país se convierte en lo que legalmente se debe entender por discriminación; c) al referir a cualquier esfera, se considerarán discriminatorias las restricciones en el campo cultural y doméstico -esfera privada-, además de las que se den en la esfera pública (p.17-18).

¹¹ Aprobada por resolución 34/18 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, suscripta por Argentina el 17/07/1980, ratificada por ley 23.179 (B.O. 03/06/1995), formando parte del bloque de tratados internacionales de jerarquía constitucional incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Argentina (reforma 1994).

A su vez, el art. 5 interpela a los Estados parte a “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. Mientras que el art. 6 garantiza el derecho de las mujeres a ser valoradas, “libres de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”.

Con respecto al derecho de acceso a la justicia de las mujeres, se debe realizar una valoración integral con las Recomendaciones del Comité de la CEDAW¹², siguiendo un orden cronológico.

La Recomendación N°12¹³ estableció que los artículos 2, 5, 11, 12 y 16 de la Convención obligan a los Estados parte a proteger a la mujer contra cualquier tipo de violencia que se produzca en la familia, en el trabajo o en cualquier otro ámbito de la vida social (ámbito público y privado), refiriéndose concretamente a la violencia sexual, los malos tratos en el ámbito familiar, el acoso sexual en el lugar de trabajo, etc.

La Recomendación General N° 19¹⁴ establece específicamente que la definición de discriminación contra la mujer del art. 1 incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada.

¹² El órgano de control de la CEDAW es el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, que puede realizar sugerencias y recomendaciones de carácter general. Si bien originalmente en la redacción de la Convención no se permitía la presentación y examen de quejas individuales por el Comité, tras un largo camino se ha arribado a la adopción de un Protocolo Facultativo a la Convención que prevé dicha posibilidad, pues otorga a las víctimas la posibilidad de someter sus peticiones al examen del Comité de la CEDAW (Pinto, 2017, p.54). El Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer fue adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 06 de Octubre de 1999. Fue aprobado por la República Argentina mediante Ley 26.171, de fecha 15/11/2006.

¹³ Recomendación General N° 12, sesión nro. 8, 1989, Violencia contra la Mujer. Consultada en: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cedaw/pages/recommendations.aspx>.

¹⁴ Recomendación General N° 19, sesión nro. 11, 1992. Consultada en: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cedaw/pages/recommendations.aspx>.

La Recomendación General N° 35¹⁵, que actualiza los presupuestos de la N° 19, amplía estas definiciones, en el hecho de que la violencia está basada en el género. En consecuencia, la expresión “violencia por razón de género contra la mujer” se utiliza como un término más preciso que pone de manifiesto las causas y los efectos de la violencia relacionados con el género (punto 9, II 23).

Entre las recomendaciones específicas al acceso de justicia, principalmente en lo que refiere a violencias domésticas, establece en el punto 24 que los Estados parte deberán proveer procedimientos eficaces de denuncia y reparación (apartado i). Entre las medidas necesarias para resolver el problema de la violencia en la familia (apartado r) figuran: i) sanciones penales en los casos necesarios y recursos civiles en caso de violencia en el hogar; iv) programas de rehabilitación para los culpables de violencia en el hogar. Y, en general, al adoptar las medidas jurídicas necesarias para proteger eficazmente a las mujeres contra la violencia (apartado t), enumera las sanciones penales y las medidas preventivas.

Como ya se mencionó, la Recomendación General N° 35 complementa y actualiza la N° 19 en relación al acceso de justicia, estableciendo en el punto 16 que la violencia por razón de género contra la mujer puede constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante en determinadas circunstancias, en particular en los casos de violación, violencia doméstica o prácticas tradicionales nocivas.

Hace mención que al establecer el artículo 2 de la CEDAW la obligación general de los Estados parte en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, se trata de una obligación de carácter inmediato. Las demoras no se pueden justificar por ningún motivo, ya sea económico, cultural o religioso (punto 21).

¹⁵ Recomendación General N° 35, sesión nro. 67, 2017. Consultada en: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cedaw/pages/recommendations.aspx>.

Clarifica además que las obligaciones de diligencia debida se extienden por los actos u omisiones de agentes no estatales, es decir, practicados por cualquier persona, organización o empresa (art. 2, inc. e)¹⁶.

Así entonces, el hecho de que un Estado parte no adopte todas las medidas adecuadas para prevenir los actos de violencia por razón de género contra la mujer en los casos en que sus autoridades tengan conocimiento o deban ser conscientes del riesgo de dicha violencia; o el hecho de que no investigue, enjuicie y castigue a los autores ni ofrezca reparación a las víctimas y supervivientes de esos actos, constituye un permiso tácito o una incitación a cometer actos de violencia por razón de género contra la mujer. Constituyen tales fallos u omisiones violaciones de los Derechos Humanos (punto 24, inc. b; Recomendación Gral. N° 19, párr. 9).

La particularidad de la Recomendación N° 35 es mencionar específicamente que estas obligaciones abarcan todas las esferas de actuación del Estado, entre ellas, los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Con relación al Poder Judicial, refiere que todos sus órganos tienen la obligación de abstenerse de incurrir en actos o prácticas de discriminación o violencia por razón de género contra la mujer. Deben aplicar estrictamente todas las disposiciones penales que sancionan esa violencia, garantizando procedimientos judiciales imparciales, justos y no afectados por estereotipos de género o por una interpretación discriminatoria de las disposiciones jurídicas. El no cumplimiento de ello puede afectar a los derechos de la mujer a la igualdad ante la ley y a un juicio imparcial y un recurso efectivo, conforme a lo establecido en los artículos 2 y 15 de la Convención (punto 26, c), en referencia a los artículos 2 d) y f) y 5 a).

La Recomendación General N° 33¹⁷ refiere específicamente al acceso a la justicia. Indica que es pluridimensional (punto 1) y establece que hay seis componentes esenciales

¹⁶ En este mismo sentido se expedía la Recomendación N° 28, aclarando que el artículo 2 no se limita a prohibir la discriminación contra la mujer causada de manera directa o indirecta por los Estados parte, ya que también impone a los Estados parte la obligación de proceder con la diligencia debida para impedir la discriminación por actores privados (punto 13). Recomendación General N° 28, sesión nro. 47, 2010. Página consultada 23/05/2020 <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cedaw/pages/recommendations.aspx>.

¹⁷ Recomendación General N° 33, sesión nro. 61, 2015. Consultada en: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cedaw/pages/recommendations.aspx>

y relacionados entre sí que son necesarios para asegurar el acceso a la justicia: a) La justiciabilidad requiere el acceso irrestricto de la mujer a la justicia; b) La disponibilidad a establecimiento de tribunales y otros órganos, tanto en zonas urbanas como rurales y remotas; c) La accesibilidad requiere sistemas de justicia, tanto oficiales como cuasi judiciales, seguros y que resulten físicamente accesibles a las mujeres; d) La buena calidad de los sistemas de justicia requiere eficiencia, independencia e imparcialidad, además de recursos apropiados y efectivos que se ejecuten y den lugar a una resolución sostenible de la controversia y que tengan en cuenta las cuestiones de género para todas las mujeres. Requiere también que los sistemas de justicia se enmarquen en un contexto, sean dinámicos, de participación, abiertos a las medidas innovadoras prácticas, sensibles a las cuestiones de género y tengan en cuenta las crecientes demandas de justicia que plantean las mujeres; e) La aplicación de recursos requiere que los sistemas de justicia ofrezcan a las mujeres una protección viable y una reparación significativa de cualquier daño que puedan haber sufrido; y f) La rendición de cuentas de los sistemas de justicia (punto 14).

Específicamente en relación al Derecho Penal establece que es particularmente importante para garantizar que la mujer puede ejercer sus Derechos Humanos, incluido su derecho de acceso a la justicia, sobre la base de la igualdad (punto 47)

En el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, la Convención para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia Contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará, parte de la premisa de que la violencia es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres (Preámbulo, tercer párrafo).

En su primer artículo, define la violencia contra la mujer como “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 de lo público como en el privado”.

Se destaca en esta definición la palabra “género” y el reconocimiento de la violencia contra las mujeres tanto en el ámbito público como en el privado (García Muñoz, 2001, p.16).

Es decir, las violencias contra las mujeres pueden ser: a) perpetradas dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, comprendiendo, entre otras violencias, la violación, maltratos y abuso sexual; b) perpetradas en la comunidad y por cualquier persona, comprendiendo entre otras violencias, la violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) perpetradas o toleradas por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra (art. 2).

La Convención afirma la posibilidad de que el Estado actúe como agresor, no solo a través de sus agentes, sino también por determinadas prácticas que priven a las mujeres de sus derechos. Este tipo de violencia, conocida como violencia institucional, “no solo incluye aquellas manifestaciones de violencia contra las mujeres en las que el Estado es directamente responsable por su acción u omisión, sino también aquellos actos que muestran una pauta de discriminación o de obstáculo en el ejercicio y goce de los derechos” (Bodelón, 2015, p.133; en mismo sentido: Piqué, 2017, p.316).

Además, garantiza el derecho fundamental de todas las mujeres a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado (art. 3). Enumera derechos específicos que se desprenden a partir de este enunciado, tales como el derecho a ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; a contar con la total protección de sus derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre Derechos Humanos; el derecho a no ser discriminada, el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación, etc. (art. 4, 5 y 6).

Establece específicamente los deberes de los Estados. Cobra relevancia el art. 7 ya que interpela a los Estados parte, entre otras acciones, a:

b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; d) adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de

cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos (Convención de Belém do Pará, Art. 7)

El artículo 9 establece que los Estados deben tener muy en cuenta, a la hora de cumplir con sus deberes:

La especial situación de vulnerabilidad que pueda sufrir la mujer, en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

Asimismo, establece mecanismos interamericanos de protección, indica que los Estados están obligados a la presentación de informes ante la Comisión Interamericana de Mujeres que hagan referencia a las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer (art. 10). Y a su vez pueden requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de la Convención (art. 11), reconociendo que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado parte (art. 12)¹⁸.

¹⁸ La implementación efectiva de la Convención requiere un proceso de evaluación y apoyo continuo e independiente, para lo cual se creó en 2004 el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), que es una metodología de evaluación multilateral sistemática y permanente, fundamentada en un foro de intercambio y cooperación técnica entre los Estados parte de la Convención y un Comité de Expertas/os, que analiza los avances en la implementación de la Convención por sus Estados parte, así como los desafíos persistentes en las respuestas estatales ante la violencia contra las mujeres. Consultado en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/nosotros.asp>.

1.3 Instrumentos jurídicos nacionales específicos que hacen mención a los derechos de las mujeres:

Nuestro país adhirió a la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ONU) y a la Convención de Belém do Pará (OEA), ratificadas en 1985 y 1996 respectivamente, lo que significó la adecuación de la legislación nacional conforme los parámetros internacionales.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) indicó que junto con la Convención Americana estos instrumentos forman el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres. Así el análisis realizado en los tratados, recomendaciones y declaraciones internacionales y regionales de Derechos Humanos de las mujeres se debe considerar dentro de todo el contexto de los Derechos Humanos, es decir, son complementarios y coadyuvantes¹⁹.

En el ámbito regional, este bloque de derechos reconocidos internacionalmente se articula a través de lo que se denomina el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). La República Argentina, al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, aceptó la jurisdicción de la Corte IDH²⁰.

Los sistemas de protección internacional son complementarios de los nacionales. En tanto serán estos últimos, a través de sus operadores/as de los tres poderes del Estado,

¹⁹Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 276.

²⁰ Ley N° 23.054, B.O. 19/03/1984. A su vez, al aceptar la jurisdicción de la Corte IDH lo será sobre la base de competencia no contenciosa o consultiva de la Corte y sobre la base de su función contenciosa. Si existe una sentencia internacional dictada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte IDH, esta tendrá efectos de cosa juzgada y será vinculante para el mismo. En casos en que el Estado no ha sido parte en dicho proceso, por el solo hecho de ser parte en la Convención Americana, si bien no tiene efecto vinculante, sí en relación a las pautas o criterios que dicho pronunciamiento establece. Al respecto, ver caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo de 2013, párr. 68 y 69.

los que tendrán la responsabilidad primaria de garantizar a todas las personas los derechos contenidos en la Convención Americana mediante su accionar²¹.

Con relación al Poder Judicial, la Corte IDH ha sostenido:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128)²²

Así entonces, el llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el “principio de complementariedad”, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de complementariedad (también llamado “de subsidiariedad”) integra transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”²³.

²¹ Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 142, y Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Mapuche) vs. Chile, párr. 436.

²² En el mismo sentido: Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr.180; Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2009, párr.

²³ Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, párr. 142. Véase asimismo, Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66.

Lo que debe quedar claro es que el sistema legal argentino, tal como está diseñado por la integración de los tratados al bloque constitucional (art. 75 inc. 22 CN), debe garantizar por medio de sus operadores/as el acceso a la justicia de las mujeres y su incumplimiento determina responsabilidad internacional del Estado²⁴.

En lo que refiere a la adecuación legislativa, en nuestro país se reformó el Código Penal, mediante la ley 25.087 (1999), sustituyendo el título “Delitos contra la honestidad” por el de “Delitos contra la integridad sexual”. Esto significó un primer paso para visibilizar los estereotipos que envolvía la figura penal, al considerarla en términos morales que eran propicios para los estereotipos de valoración de la “buena víctima”. Se eliminó el concepto de “mujer honesta” y se derogó el artículo que eximía de prisión al autor del delito de abuso sexual por casamiento posterior con la víctima (avenimiento), además de un agravamiento de las penas.

En 2009 se sancionó la ley 26.485²⁵, denominada “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales”. En total armonía con los presupuestos de la Convención de Belém do Pará, conceptualiza la violencia contra las mujeres y describe los tipos de violencia (física, psicológica, sexual, económica y patrimonial, simbólica y política). Además las modalidades de violencia: a) Violencia doméstica contra las mujeres; b) Violencia institucional contra las mujeres; c) Violencia laboral contra las mujeres; d) Violencia contra la libertad reproductiva; e) Violencia obstétrica; f) Violencia mediática contra las mujeres; g) Violencia contra las mujeres en el espacio público; h) Violencia pública-política contra las mujeres (art. 4, 5 y 6, respectivamente).

El principal reconocimiento que se le destaca a la ley es que en la historia legislativa argentina, tras años de tratamiento tutelar a las mujeres que sufren violencia de género, se articuló un elenco de derechos que las reconoce como sujetas de los mismos y no como objetos de asistencia (González Prado y otras; 2012, p.55).

²⁴ Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de febrero de 2012.

²⁵ Modificada por la Ley 27.501 y la Ley 27.533 ambas del año 2019, que introducen entre otras cosas las modalidades de Violencia contra las mujeres en el espacio público y Violencia pública-política respectivamente.

A su vez, el concepto de lo que se debe entender por violencia contra las mujeres incluye toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, fundamentada en una relación desigual de poder, afecte sus vidas, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también la seguridad personal de las mismas. Además resalta que quedan comprendidas las conductas perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Considera violencia indirecta a toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón²⁶.

En el año 2012 se sancionó la ley 26.791²⁷ que modificó en el Código Penal el art. 80, en relación a los homicidios agravados relacionados con las violencias de género. En particular, los siguientes incisos: inc. 1, que contempló el agravamiento para las relaciones de pareja (existentes o que hayan existido), mediando o no convivencia; inc. 4, ampliando la figura en relación a los homicidios cometidos por odio de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión; inc. 11, agravando el homicidio de una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género, es decir, recepta la figura del femicidio; inc. 12, agravando el homicidio cometido con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación²⁸. Además, esta ley modificó el art. 80 *in fine* del Código Penal, excluyendo la aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación cuando los actos de violencia sean contra la mujer víctima.

Se suma a esta normativa la ley 27.363²⁹, que contempla la quita de la responsabilidad parental a los condenados por femicidios. La norma incorpora al Código Civil y Comercial de la Nación el artículo 700 bis, que establece la privación de la

²⁶ Un dato no menor es que a más de diez años de su sanción, muchas/os operadores/as judiciales desconocen este concepto, abstrayéndolo del contexto de que esas relaciones desiguales de poder se refieren a prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de estas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales (Decreto Reglamentario 1.011/2010), o fragmentando el concepto únicamente a la aplicación de la modalidad de violencia doméstica.

²⁷ B.O. 14/11/2012.

²⁸ El inc. 11 y el inc. 12 plasman lo que se denomina en doctrina “femicidio íntimo” y “femicidio vinculado”, respectivamente

²⁹ B.O. 26/06/2017.

responsabilidad parental para aquellos progenitores condenados por homicidio agravado por el vínculo, femicidios, lesiones graves y abuso sexual.

Posteriormente, la ley 27.452³⁰ creó un régimen de reparación económica para las niñas, niños y adolescentes hijos de víctimas de femicidios (Ley Brisa). Además, la ley 27.499³¹ establece la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación (Ley Micaela).

2. Jurisprudencia de la Corte IDH y aplicación del Plexo Normativo Internacional

En el año 2007, la Comisión IDH elaboró un informe sobre la situación de las mujeres víctimas de violencia, exhibiendo un diagnóstico sobre los principales obstáculos que las mujeres enfrentan cuando procuran acceder a una tutela judicial efectiva; este informe es denominado “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”³².

Partió de una primera afirmación, indicando que un acceso de *jure* y de *facto* a garantías y protecciones judiciales para las mujeres es indispensable para la erradicación del problema de la violencia y, por lo tanto, para que los Estados cumplan de manera efectiva con las obligaciones internacionales que han contraído de actuar con la debida diligencia. Reveló que el primer obstáculo no se circunscribe únicamente a la existencia formal de recursos judiciales, sino a que estos sean sencillos, idóneos, rápidos, efectivos

³⁰ B.O. 26/07/2018.

³¹ B.O. 10/01/2019.

³² Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007), OEA/Ser.L/V/II Doc. 68.

e imparciales de manera no discriminatoria; para una respuesta judicial efectiva que garantice las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar estos actos. Porque, de otra forma, la gran mayoría permanecen, impunes, y por consiguiente los derechos de las mujeres quedan desprotegidos, marcados por la impunidad; lo cual alimenta la perpetuidad de esta grave violación a los Derechos Humanos³³.

La segunda afirmación de este informe consiste en reconocer como premisa que el Poder Judicial constituye la primera línea de defensa a nivel nacional para la protección de los derechos y las libertades individuales de las mujeres; y, por ello, la importancia de su respuesta efectiva ante violaciones de Derechos Humanos³⁴.

Los Estados tienen la responsabilidad de actuar con la debida diligencia frente a las violaciones de los Derechos Humanos. Este deber comporta cuatro obligaciones: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones de los Derechos Humanos. Y evitar la impunidad, procurando, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los Derechos Humanos³⁵.

¿Cuándo se produce la impunidad? Cuando hay falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos, teniendo el Estado la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles. De otra manera, la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de los Derechos Humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares³⁶.

Para prevenir la impunidad, el Estado tiene la responsabilidad de actuar con la debida diligencia frente a actos violentos, extendiéndose a las acciones de actores no estatales, terceros y particulares (responsabilidad directa e indirecta)³⁷. Para poder

³³ Ídem, párr. 2 y 5.

³⁴ Ídem, párr. 6. Aclarando que la administración de la justicia comprende el Poder Judicial (todas sus instancias, tribunales y divisiones administrativas), la Policía y los servicios de medicina forense, ubicados en zonas urbanas y rurales, con competencia nacional y/o local.

³⁵ Ídem, párr. 27 y sus citas. En particular, Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 166.

³⁶ Ídem, párr. 27 y sus citas.

³⁷ Ídem, párr. 29 y sus citas.

establecer la imputabilidad internacional atribuible al Estado sobre actos de terceros, la Corte IDH se basó en la doctrina de la Corte Europea, cuando se demuestra que el Estado tenía conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato y no adoptó medidas razonables para evitarlo³⁸.

Es decir, que conforme el alcance de la Convención de Belém do Pará, se trata de una debida diligencia que tiene alcances adicionales o es reforzada.

En el informe de la Comisión IDH sobre el caso de “Maria da Penha Maia Fernandes”³⁹, se examinaron los principios consagrados en la Convención de Belém do Pará, indicando que el Estado había menoscabado su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante 15 años. La ineffectividad judicial en estos casos crea un ambiente de impunidad que facilita la violencia “al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos⁴⁰”.

³⁸ Ídem, párr. 31 y sus citas. Al respecto, en el caso de la Masacre de Pueblo Bello se indicó: "Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas en las sociedades modernas, la impredecibilidad de la conducta humana y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, dicha obligación positiva debe ser interpretada de forma que no imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Por consiguiente, no todo alegado riesgo a la vida impone a las autoridades la obligación convencional de tomar medidas operativas para prevenir que aquel riesgo llegue a materializarse. Para que surja esa obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar dicho riesgo. Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Sentencia del 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 124. Corte Europea de Derechos Humanos, Kiliç v. Turkey, sentencia del 28 de marzo de 2000. Aplicación No. 22492/93, párr. 62 - 63; Osman v. the United Kingdom, sentencia del 28 de octubre de 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII, párr. 115 - 116.

³⁹ CIDH, Informe de Fondo, N° 54/01, Maria Da Penha Fernandes (Brasil), 16 de abril de 2001. El caso versaba sobre una víctima de violencia doméstica en Brasil que se convirtió trágicamente en parapléjica como consecuencia del abuso físico y los atentados de homicidio perpetrados por quien era su esposo, a pesar de haber presentado varias denuncias ante el Estado.

⁴⁰ Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007), párr. 35 y sus citas; párr. 37 y sus citas. Posteriormente, en el año 2011, la Comisión IDH tuvo oportunidad de volver sobre los deberes de debida diligencia en el trámite de peticiones individuales, a propósito del caso “Jessica Lenahan vs. Estados Unidos”. En este precedente, determinó la responsabilidad del Estado norteamericano por no haber adoptado las medidas necesarias para localizar y prevenir la muerte de tres niñas secuestradas por su padre, en un contexto de violencia intrafamiliar y con medidas de restricción vigentes. Comisión IDH, Caso Jessica Lenahan (González) y otros vs. Estados Unidos, Informe 80/11, 21 de julio de 2011, párr. 71. Citado por Fernández Valle, Mariano (2017, p.6)

El primer fallo de la Corte IDH que hace referencia específica a violaciones de Derechos Humanos de las mujeres, fue el del caso del “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”⁴¹. El mismo estableció que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, ya que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas. Tal es el caso de los actos de violencia sexual, que en muchas ocasiones es utilizada como “un medio simbólico para humillar a la parte contraria”⁴².

En el caso “González y otras (Campo Algodonero) vs. México”, la Corte IDH profundizó la conceptualización y los alcances de las obligaciones de “debida diligencia”, no sólo en la faz preventiva sino también en lo relativo a la investigación, sanción y reparación de esta clase de hechos (Fernández Valle, 2017, p.8)⁴³.

Con respecto al “deber de prevención”, Fernández Valle (2017) indica que la Corte IDH puso énfasis en la “doctrina del riesgo”, en su formulación más simple: que ante el conocimiento de la existencia de un riesgo real e inmediato, los Estados deben actuar de manera urgente para evitarlo (p.8)⁴⁴.

Pero respecto al “deber de investigar” las obligaciones de “debida diligencia” tienen alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato

⁴¹ Fernández Valle indica en relación a esta demora de la Corte IDH, que se han señalado por lo menos dos hipótesis complementarias para explicarla. La primera hace foco en la resistencia de la Comisión IDH a remitir casos a la Corte IDH vinculados con violaciones de Derechos Humanos, basadas en el género. La segunda se detiene en las incapacidades de la propia Corte IDH para analizar con perspectiva de género algunos de los casos en los que efectivamente pudo intervenir. Entre estos últimos es frecuente la referencia a la causa Loayza Tamayo vs. Perú (Fondo, 17 de septiembre de 1997) y al tratamiento que allí se dio a la violencia sexual sufrida por la víctima (Fernández Valle, 2017, p.6 y sus notas).

⁴² Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006, párr. 223. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 4: Género, Pág. 20. Posteriormente, la Corte IDH aclaró en el caso “Ríos y otros vs. Venezuela” que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belem do Pará. Aunque en el caso las víctimas eran periodistas mujeres agredidas, ya que en todas las situaciones lo fueron junto a sus compañeros hombres, no demostraron los representantes en qué sentido las agresiones fueron “especialmente dirigidas contra las mujeres”, ni explicaron las razones por las cuales las mujeres se convirtieron en un mayor blanco de ataque “por su condición de mujer”. Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de enero de 2009, párr. 279. En el mismo sentido: Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de enero de 2009, párr. 295. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 4: Género, Pág. 21.

⁴³ Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 258 y párr. 287.

⁴⁴ Ídem, párr. 283

o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres⁴⁵.

Con respecto a la “debida diligencia en la investigación”, el caso “Fernández Ortega y otros vs. México” agregó que ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección⁴⁶.

En el caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, la Corte reiteró que durante la investigación y el juzgamiento el Estado debe asegurar el pleno acceso y la capacidad de actuar de la víctima en todas las etapas⁴⁷.

En este mismo sentido, en el caso “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, la Corte IDH agregó que los Estados tienen el deber de garantizar el derecho de acceso a la justicia conforme a las obligaciones específicas que le imponen las Convenciones especializadas en materia de prevención y sanción de la tortura y de la violencia contra las mujeres. Estas disposiciones especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado con respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana. Se conformó así el “el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal”⁴⁸.

⁴⁵Ídem. párr. 293

⁴⁶Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010, párr. 193. En el mismo sentido: Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 177.

⁴⁷ Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 213

⁴⁸ Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de septiembre de 2012, párr. 222; y en el mismo sentido: Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, párr. 276, 377 y 379; Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, párr. 137.

De hecho, en relación a la “sanción” en el caso “Veliz Franco y otros vs. Guatemala”, la Corte IDH indicó que la falta de sanción efectiva de delitos en general puede vincularse a deficiencias en las investigaciones⁴⁹.

Estas deficiencias se vinculan con la manera en que influyen los estereotipos y la cultura de discriminación respecto de las mujeres. Como ya había sido analizado en el caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, la Corte IDH nuevamente hace hincapié en la impunidad. La inacción estatal y la indiferencia reproducen la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de ellas en el sistema de administración de justicia⁵⁰.

En el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, la Corte IDH resalta que estos estereotipos de género son incompatibles con el Derecho internacional de los Derechos Humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos⁵¹.

En “Véliz Franco vs. Guatemala”, la Corte IDH concluyó en que:

Los estereotipos de género tuvieron una influencia negativa en la investigación del caso, en la medida en que trasladaron la culpa de lo acontecido a la víctima y a sus familiares, cerrando otras líneas posibles de investigación sobre las circunstancias del caso e identificación de los autores⁵²”.

⁴⁹ Corte IDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de mayo de 2014, párr. 89.

⁵⁰ Ídem, párr. 400. En el mismo sentido: Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de marzo de 2018, párr. 291.

⁵¹ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2012, párr. 302.

⁵² Corte IDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de mayo de 2014, párr. 212; 213 y 218; y Fernández Valle, Mariano (2017, p.12). En el mismo sentido, referido a la violencia sexual, los casos “Fernández Ortega” y “Rosendo Cantú”, que involucraban respectivamente a una mujer y a una niña indígenas atacadas sexualmente por agentes militares, señaló la Corte IDH que “la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores” y que “dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho”.

En particular, en el caso “Favela Nova Brasilia vs. Brasil”, la Corte IDH ratificó la jurisprudencia en relación a la afirmación de que la violación sexual es una forma de tortura⁵³. Sostuvo que es indispensable que el Estado actúe con diligencia para evitar actos de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes, tomando en cuenta, por otra parte, que la víctima suele abstenerse, por temor, de denunciar los hechos, sobre todo cuando se encuentra privada de la libertad bajo la custodia del Estado.

En el caso “López Soto vs. Venezuela”, la Corte IDH hace una lectura a partir del marco normativo de la Convención de Belém do Pará, el que debe permear la interpretación evolutiva de las conductas y actos de violencia contra la mujer que pueden encuadrarse como tortura. Por lo tanto, entiende que no pueden excluirse los actos de violencia contra la mujer perpetrados por particulares, cuando aquellos son cometidos con la tolerancia o aquiescencia estatal por no haberlos prevenido de forma deliberada, como ocurre en este caso. Asimismo, ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido; e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables⁵⁴.

Por último, en el caso “Mujeres víctimas de tortura en Atenco vs. México” la Corte IDH indica que además de las connotaciones especialmente graves de la violencia hacia las víctimas, se debían realizar algunas consideraciones adicionales sobre la violencia verbal y estereotipada a la que fueron sometidas. Además de no invisibilizar la gravedad de la violencia verbal y psicológica por medio de insultos y amenazas con connotaciones altamente sexuales, machistas, discriminatorias y en algunos casos, misóginas⁵⁵.

Véase Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México (2010), párr. 100 y Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (2010), párr. 89. Fernández Valle, Mariano (2017, p.9).

⁵³ Corte IDH, Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333, párr. 252. Así entonces, se señalan los estándares de la Corte IDH con respecto a la violación sexual contra mujeres cometida por agentes estatales como tortura. Caso op. cit. Inés Fernández Ortega, op. cit. Valentina Rosendo Cantú y op. cit. Espinoza González, entre otros.

⁵⁴ Corte IDH, Caso López Soto y Otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2018, párr. 197 y 217.

⁵⁵ Corte IDH, Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2018, párr. 212. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) precisó, asimismo, que los estándares en materia de violencia de género comprenden a su vez la protección de las personas LGBTI+, aunque la orientación sexual y la identidad de género no estén expresamente incluidas en la Convención de Belém do Pará. Al respecto: CIDH, “Violencia

3. Conclusión preliminar: obligación de debida diligencia reforzada

Como se ha analizado, el alcance de la obligación de debida diligencia reforzada en los casos de violencias contra las mujeres y niñas, incluye cada etapa del proceso penal. Específicamente en la parte del juzgamiento y sanción de estos hechos, tendrá trascendencia la erradicación en tanto dominación y persistencia de los estereotipos de género en las sentencias judiciales.

En la mensuración de la pena con perspectiva de género, este enfoque no aboga por penas más altas, sino para que al momento de la valoración de los estándares (art. 40 y 41 del Cód. Penal) no intervengan sesgos o estereotipos que discriminen a las mujeres por razón de su género. Esta primera conclusión es aplicable tanto cuando sea juzgado el autor de un delito por hechos típicos que involucren violencias contra las mujeres, como cuando se trate del juzgamiento de mujeres. En ambos casos, la valoración de las pautas de mensuración de la pena no puede partir de nociones estereotipadas. Esto no vulnera la imparcialidad o independencia del juez o jueza, sino todo lo contrario: sin la incorporación de esta perspectiva se cae necesariamente en procesos de discriminación en base a estereotipos y prejuicios construidos históricamente (Facio, 2017, p.302).

Contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36, 12 de noviembre de 2015, párr. 52. Plan Nacional de Acción contra las Violencias por Motivos de Género, 2020-2022, pág. 24.

CAPÍTULO II: LINEAMIENTOS Y CONSECUENCIAS DEL DERECHO PENAL

Como se ha analizado en el capítulo precedente, las últimas décadas están marcadas por los reclamos de las mujeres en el reconocimiento de una vida libre de violencias, en diversas manifestaciones: derechos a la vida e integridad, derechos sexuales y reproductivos, derechos civiles y laborales, etc.

Se ha podido valorar desde los instrumentos internacionales y decisiones del sistema interamericano de justicia cómo impacta en este reconocimiento de modo directo el rol del Poder Judicial. No sólo a través del control de convencionalidad, que corresponde a todas las autoridades, sino en particular relación con la administración de justicia; y más específico aún, con el sistema penal.

En relación a esta rama del Derecho, señala Encarna Bodelón (1992), en tanto protector de bienes jurídicos, que fue una herramienta que enarboló la demanda de grupos de mujeres en la comprensión de que entre los bienes jurídicos dignos de protección estaban sus derechos; aquellos que hasta el momento no habían sido incluidos en los textos legales. Sin embargo, el problema surgió al intentar concretar en un texto jurídico lo que aparece como una expresión de problemas complejos (p.55).

Como se hizo mención en el Capítulo I, los tratados de Derechos Humanos receptan los derechos de las mujeres y demandan la aplicación de estándares libres de concepciones estereotipadas que constituyan discriminación hacia las mujeres, nieguen el acceso a la justicia y generen responsabilidad en los Estados.

Sin embargo, en el ejercicio cotidiano del Derecho existe una alarmante distancia con el reconocimiento efectivo de estos derechos y su aplicación (Gherardi, 2017, p.282). Por ello, actualmente continúan los reclamos basados en las deficiencias que la norma penal ofrece. La recepción normativa de un conjunto de reivindicaciones sociales conlleva en muchos casos a la pérdida del sentido originario de la reivindicación y su nueva reubicación en un contexto simbólico y semántico diferente (Bodelón, 1992, p.55).

En este sentido, desde una mirada antropológica, la autora Rita Segato (2010) da un panorama bastante ilustrador en lo referente al contexto de la violencia doméstica. Indica que en estos casos, la violencia física contra las mujeres generalmente es evidente. Entonces, todos los programas públicos de prevención hacen referencia a este tipo de violencia física, debido a que es denunciable. Pero la violencia moral, que es aquella que se infiltra en el día a día, que es de difícil percepción y representación, es un tipo de violencia que construye la perpetuación de la conducta opresiva. Sin embargo, es el aspecto menos trabajado por los programas de promoción de los Derechos Humanos de las mujeres y, obviamente, menos focalizado por las campañas publicitarias (p.112-114).

González Prado (2018) afirma que las violencias contra las mujeres expresadas en el ámbito doméstico resultan particularmente difíciles de dimensionar, tanto por las dificultades para denunciar, procesar y punir los casos concretos, como por las dificultades para nombrarla y su naturalización por asimilación a la costumbre (p.62).

Estas observaciones teóricas feministas hacia el Derecho Penal también se enmarcan y son inherentes a las propias características de la actuación del Derecho Penal en toda la sociedad, obviamente bajo premisas distintas.

Por ello, primeramente este capítulo se referirá a las características propias del Derecho Penal y su impacto en la sociedad. Se realizará un repaso por las posturas de política criminal ante el Derecho Penal, sus fines y las teorías de legitimación de la pena.

1. Derecho Penal y posturas político-criminales

Siguiendo los lineamientos del autor español Silva Sánchez (2012), en términos generales serían tres las posturas político-criminales respecto a la decisión sobre el punto de partida para analizar el fenómeno jurídico-penal: la abolicionista, la resocializadora y la garantística (p.11).

Previo a realizar el análisis de estas posturas, parece esclarecedora una observación de Elena Laurrari (1998) entendiendo que la discusión entre abolicionismo y garantismo corre el riesgo de desagotarse: primero, porque la falta de garantías siempre puede ser esgrimida contra cualquier propuesta descriminalizadora; segundo, porque las diferencias devienen confusas; estas propuestas no implican renunciar a la pena, sino a la pena de prisión u otro tipo de represión física cuando devenga fundamentalmente innecesaria. En consecuencia, ambas posiciones se aproximan a las ideas que los eventos criminalizados son problemas sociales, permitiendo ampliar el abanico de posibles respuestas, no limitándose a la respuesta punitiva (p.28-29).

Así entonces, en primer lugar, “el abolicionismo” presenta dos versiones: una más radical y otra más moderada. La primera rechaza directamente la existencia del Derecho Penal, proponiendo su sustitución por otras formas no punitivas de resolución de los conflictos. En tal caso, como manifestación de la criminología crítica, esta postura abandona la explicación clásica de la criminalidad como fenómeno individual, propia de la criminología positivista, para centrar su análisis en el sistema penal en tanto “generador de criminalidad”; esto es, el mismo sistema penal es responsable de la existencia del fenómeno criminal, en tanto producto de la estructura clasista y patriarcal. Desde este reconocimiento surge la necesidad de prescindir del sistema penal ineficaz, selectivo y criminógeno (Silva Sánchez, 2012, p.12-15).

Las críticas a estas posturas se asientan en ciertas inconsistencias, ya que las propuestas alternativas al sistema penal serán aplicables a casos triviales o de bagatela, pero alejadas de los casos que se encuentran en el verdadero núcleo del Derecho Penal. Se traducen, entonces, en una declaración de buenas intenciones pero utópicas (Ibid, p.17-19).

Por otro lado, en la versión más moderada, surgió la necesidad de sustitución del Derecho Penal por una solución privada de los conflictos, basada en el principio del resarcimiento civil del daño o ciertos procedimientos de arbitraje. (Ibid, p.16)

En este punto de anclaje se ha desarrollado la orientación del Derecho Penal a la víctima, sustituyendo el sistema formal del Derecho Penal y Procesal por un modelo transaccional, por vía de la mediación y la conciliación entre el autor de un hecho punible

y la víctima. De esta manera, si bien no se prescinde del Derecho Penal, se lo integra con una idea de justicia reparatoria o restauradora. Esta última debe integrarse en un marco más general, preventivo y de garantías. Se puede renunciar a ella cuando aparezca contraindicada desde la misma perspectiva (Ibid, p.50-52).

En segundo lugar, se analizará la “resocialización”, partiendo de la premisa de atribuir al Derecho Penal una función preventiva (lo que se analizará con más precisión en el Capítulo III del presente trabajo), es decir, de una función real de protección de la sociedad. La “resocialización” constituye una variante de la doctrina de la prevención especial pero no son sinónimos (Ibid, p.25).

Desde una versión más radical de esta postura solo se hacía hincapié en la constatación de una peligrosidad en el sujeto, conduciendo a la sustitución de las penas por medidas de seguridad. Posteriormente, en una versión más graduada, se propuso la conservación de las penas junto a las medidas de seguridad, entendiendo que las penas cumplen efectivamente funciones preventivo-especiales, pero no se limitan a la intimidación individual o la inocuización (como las medidas de seguridad), sino que pretenden capacitar al autor de un delito para una vida futura en libertad dentro de la sociedad (Ibid, p. 26-28).

La crítica a esta concepción viene dada por la facilitación de los argumentos para fundar posiciones extremas que llegan a una absolutización de la idea de la resocialización. Incluso prescinden de toda referencia al hecho cometido o a las necesidades de prevención general, que se centran únicamente en el pronóstico sobre la reinserción del individuo y prolongando la privación de libertad hasta lograr su plena resocialización (Ibid, p.29-30).

Lo cierto es que si bien la resocialización ya no se erige como principio fundamental legitimador de la intervención penal, mientras la aplicación de una pena privativa de libertad siga siendo la consecuencia para el autor de un delito, no puede renunciarse a ella. En todo caso, deberá configurarse una propuesta resocializadora que no vulnere los derechos individuales de los autores de delitos. Será imprescindible que el tratamiento no se imponga al condenado, convirtiéndolo en un simple objeto, sino que sea producto de un diálogo ininterrumpido entre el condenado y el Estado (Ibid, p.34-35).

En tercer lugar, están las posturas “garantistas”. Este tipo de propuestas parten de aceptar que la legitimación del Derecho Penal debe darse bajo las premisas de la prevención general de delitos, pero respetando las garantías del Estado de Derecho (Ibid, p.37).

Así entonces, la adopción como punto de partida de la idea de la prevención general refleja a la pena como un mal con el que se amenaza y no un bien con propiedades terapéuticas para el autor de un delito. Así, la eficacia intimidatoria no requiere penas más graves, sino una progresiva humanización del sistema de sanciones, o inclusive, cuando no exista este mínimo necesario, nada obstará a su sustitución por otras consecuencias jurídicas (Ibid, p.45-46).

En este sentido, pone énfasis en la necesidad de observar las garantías formales, además de introducir nuevas exigencias de contenido que traten de conciliar el principio preventivo-general de protección de la sociedad, mediante la disuasión de los autores de delitos, con los principios de proporcionalidad, humanidad y resocialización (este último aspecto, desde la perspectiva de un tratamiento ofrecido a la persona condenada, quien se encuentra en una posición libre de aceptar o no) (Ibid, p.42-43).

Así entonces, cobran relevancia otros planos como el legislativo, mediante la reducción de penas privativas de libertad al mínimo imprescindible, y la consecuente eliminación de las penas cortas o excesivamente largas. O, incluso, la instauración de nuevas formas de reacciones punitivas o formulación de alternativas a la pena. Además del principio de la “intervención mínima”, donde el límite de la intervención punitiva está marcado por ese punto de mínimo necesario que se requiere para evitar la violencia social informal. Sin embargo, este “mínimo necesario” responde a cada momento histórico, pues está marcado por la tensión dialéctica constante entre el interés prevencionista y otros como el humanitario o el resocializador, centrados en la protección de las garantías individuales (Ibid, p.43-45).

En todo caso, estas alternativas de las reacciones punitivas sólo aparecerán cuando no estén contraindicadas desde la perspectiva de un marco general preventivo y de garantías, es decir, cuando resulten insuficientes para restablecer la paz social. Mientras

que el Derecho Penal clásico aparecería como no estrictamente necesario, pero con la subsistencia de la conminación penal abstracta y la latencia de la pena, en casos en los que el acuerdo reparatorio fracasase (Ibid, p.52).

En cuarto lugar, observa Silva Sánchez (2012) que las posturas garantistas culminan en una fragmentación entre sus partidarios. Por un lado, asociados a una reducción del alcance del Derecho Penal, que será aplicado a su ámbito más clásico y central, optando por este mínimo necesario y las alternativas de la pena. Por otro lado, asociados a la adaptación y correlativa expansión del Derecho Penal y de sus garantías a las nuevas circunstancias, ya sea que estas sean para hacer frente a nuevas realidades de la criminalidad (“expansionismo normativo”) o por haber asumido funciones de orientación social que antes desempeñaban otras instancias (“expansionismo descriptivo”) (p.53-54).

Estos contextos de expansionismo abren otra dimensión: un Derecho Penal de la defensa frente a peligros, apoyada en la desorientación normativa y al miedo al delito que experimentan amplias capas sociales, así como a las necesidades de control de una sociedad de riesgos. En todo caso, ninguno de los problemas de seguridad se resuelve a partir de la diferenciación entre preceptos normativos que permitan conformar un “Derecho Penal de ciudadanos” y un “Derecho Penal de enemigos”. De hecho, en un Estado democrático es impropio introducir esta terminología. El Estado es parte del conflicto social, no instancia legiferante (Ibid, p.56-58).

Sobre estas premisas, pero desde una perspectiva de género, Tamar Pitch en su libro *La sociedad de la Prevención* (2009), advierte que estas caras del Derecho Penal, en tanto división “ciudadanos y enemigos”, se traduce en “buenos ciudadanos”, que a su vez serán “buenas víctimas”, “buenas mujeres”, “buenas madres”. De un modo u otro, la prevención se dirige a víctimas potenciales, poniendo a las víctimas en el centro del análisis (p.128-129). En sus palabras:

Existe entonces un evidente y sustancial desplazamiento hacia un ‘Derecho Penal de autor’, o, aún más, del ‘enemigo’, es decir, hacia políticas penales y de control social explícitamente orientadas a controlar y reprimir poblaciones antes que comportamientos. El retorno de la noción de peligrosidad social al centro del

discurso público configura políticas tendientes a la definición de amplias poblaciones, individualizadas sobre la base de características comunes, en sí mismas portadoras de riesgos y peligros para los ‘buenos ciudadanos’. Resulta entonces que la prevención pasará a significar contención y vigilancia de estas mismas poblaciones, antes que la puesta en marcha de políticas tendientes a disminuir las ‘causas’ de esta posible peligrosidad, el desplazamiento de la atención del ‘criminal’ a la ‘víctima’ (p.119).

Y continúa:

Las mujeres son centrales en este orden, tanto material como simbólicamente. La prevención individualizada y privatizada no incide solamente con un plus de autocontrol (y a menudo también de autocensura) sobre sí misma, sino también desde el punto de vista simbólico las libertades femeninas son uno de los ingredientes del temor y de la inseguridad contemporáneos: sobre ella se concentran fantasmas antiguos de desorden y caos (p.183).

2. Derecho Penal y sus fines

La doctrina en general parte de la premisa de que el Derecho Penal constituye uno de los medios de control social formal existentes en las sociedades actuales. Como todo medio de control social, tiende a evitar determinados comportamientos que se reputan indeseables en la sociedad y, para ello, acude a la amenaza de imposición de distintas sanciones, ya sea a través de una pena o una medida de seguridad. Este control social es formal porque resulta monopolizado por el Estado, debido a la gravedad de esas sanciones en el impacto de la vida de las personas, por lo que debe ser delimitado con la máxima claridad posible como garantía de cada ciudadano (Mir Puig, 2016, p.42).

Silva Sánchez (2012) parte de la pregunta: ¿qué legitima la presencia de un mecanismo coactivo de tan graves consecuencias, como es el Derecho Penal, en una determinada sociedad? La respuesta es compleja e indica que no puede limitarse a tomar como punto de partida las teorías de la pena, porque el Derecho Penal no sólo se

explica por su consecuencia, ya sea la imposición de una pena o una medida de seguridad, sino por otros fines que no siempre se encuentran libres de tensiones (p.293-294).

Una primera aproximación, como indicó Mir Puig (2016), viene dada por la capacidad del Derecho Penal de reducir al mínimo posible el grado de violencia, en sentido amplio, que se genera en una sociedad.

Esto es, conforme Silva Sánchez (2012), la presencia del Derecho Penal, como mecanismo organizado y monopolizado por el Estado, lo que supondría el abandono del libre juego de las fuerzas sociales, una dinámica de agresión-venganza. El Estado procede a enmarcar los presupuestos de su intervención punitiva en unas formas que cumplen funciones garantísticas y de reducción de las cotas de violencia. Estas formas conformarán fines garantísticos formales, tales como los principios de máxima taxatividad, de legalidad, exigencia de un debido proceso con los requisitos para que el juez natural determine la sanción a aplicar o la ejecución de la sanción en la forma predeterminada por la ley (p. 294-296).

A su vez, junto a estos fines garantísticos formales, se dan fines garantísticos materiales. El Estado va asumiendo funciones de autolimitación material tales como las garantías de dañosidad social -en tanto exclusiva protección de bienes jurídicos-, garantías de subsidiariedad y fragmentariedad, proporcionalidad, resocialización, etc. (Silva Sánchez, 2012, p.296-308).

Es decir, los límites en el ejercicio por parte del Estado de la coerción penal derivan de normas legales preexistentes y aprobadas por los representantes del pueblo (Mir Puig, 2016, p.42). En nuestro ordenamiento jurídico, son el art. 18 y 19 de la Constitución Nacional los que garantizan en términos generales estos principios.

Así entonces, el Derecho Penal se ve sometido en primera instancia a tres reglas, requiriendo: que el perjuicio que se procura evitar sea mayor que el que se causa; que la pena sea efectiva para evitar esos perjuicios; y que sea necesaria en el sentido de que no hay una medida más económica en términos de daño social que sea igualmente efectiva (Nino, 1989, p.38 en: Silva Sánchez, 2012, p.297).

Desde estas proposiciones, Silva Sánchez (2012) interpela si efectivamente el Derecho Penal sigue siendo el mecanismo menos lesivo para alcanzar las funciones protectoras que le corresponden (criterio utilitarista) y además cumple los fines de garantía formal y material asignados. Evidentemente se da un factor de tensión. Esto porque, en definitiva, la concreta configuración del sistema penal se muestra como el producto de una relación dialéctica entre el interés en eliminar la violencia social extrapenal y el interés en disminuir la propia violencia del sistema penal (p.300-302).

Remarca el autor español que, por ello, se hace necesario ampliar el enfoque que pretende centrar el análisis de los fines del Derecho Penal en los fines de sus consecuencias jurídicas, ya sea imposición de una pena o una medida de seguridad, debido a que estas, por su naturaleza, dan cuenta de su finalidad de control (protectora, preventiva) pero nada aportan acerca de la vertiente garantística (Ibid, p.316).

Por esta razón, distingue la conminación penal abstracta, en la que el núcleo de los fines del Derecho Penal pasa a ubicarse en el momento en que tiene lugar el diálogo racional entre la norma y sus destinatarios. La norma con la conminación penal abstracta establece pautas de conducta a seguir, con lo que cumple de modo racional su misión de prevención de delitos, a la vez que en ella se plasman buena parte de los criterios garantísticos del ordenamiento. (Silva Sánchez, 2012, p.317-319).

Por otro lado, la conminación de pena concreta relega a un segundo plano los momentos más aflictivos de la imposición y ejecución de una pena, si se la considera desprovista de una conexión con la norma primaria, cuya infracción sanciona, no proporciona directriz alguna y, por tanto, difícilmente se halla en condiciones de prevenir algo. La pena efectivamente impuesta, si bien es instrumento de cumplimiento de ciertos fines del Derecho Penal, constituye la muestra evidente de su parcial fracaso en ese diálogo racional (Ibid)

3. Derecho Penal y sus funciones

Junto a estos fines que debe cumplir el Derecho Penal, hay ciertas funciones que se le atribuyen empíricamente en el conjunto de la sociedad. No obstante, no lo legitiman e incluso deben valorarse negativamente. Estas funciones son: la función ético-social, la función simbólica y la función de satisfacción de necesidades de psicología social. A tales efectos se seguirán en su desarrollo las conclusiones del autor español Jesús María Silva Sánchez (2012, p.473).

Respecto a la función ético social, indica el autor que el principio de legalidad infiere una función informativa. Esto es, que las normas penales, al considerar los bienes jurídicos que una sociedad estima que deben ser protegidos penalmente, tienen eventuales consecuencias formativas, ya que en el plano de la realidad ejercen sobre la sociedad una función configuradora de las costumbres (Silva Sánchez, 2012, p.474).

El Derecho Penal debe conformarse con proteger bienes jurídicos mediante un respeto neutro a los principios sostenidos por él. En consecuencia, lo único pretendido por las normas penales es la adecuación de la conducta externa del ciudadano a sus directrices, y no la asunción personal de los valores que expresan (Ibid, p. 479)

Y agrega:

En todo caso, sí podría actuar como correctivo limitado del amplio efecto moralizante de normas que protegen bienes jurídicos (según la convicción político-criminal dominante); así como a la inversa, del efecto deseducativo de ciertos procesos de despenalización total o parcial (basados también en las convicciones político-criminal dominante) (Ibid, p. 481).

Esta función empírica del Derecho Penal, desde una perspectiva de género, reside principalmente en dos sentidos. Por un lado, la ley se deja infiltrar por el código de estatus de la moral, una modernidad vulnerable a la tradición patriarcal sobre cuyo suelo se asienta y con la cual permanece en tensión (Segato, 2010, p.135). Por ende, muchas pretendidas posiciones de objetividad y neutralidad exhortadas por la ley alcanzan a traducirse en la realidad, en el plano fáctico. Por otro lado, la ley contribuye de otras formas a la transformación de las posiciones y subjetividades de género; instala una nueva

y distinta referencia moral, y quizás algún día hasta represente la moralidad dominante (Ibid, p.141).

La ley nomina, da nombre a las prácticas y a las experiencias deseables y no deseables para una sociedad, construye un sistema de nombres y esos nombres una vez conocidos pueden ser acatados o debatidos. Sin simbolización no hay reflexión, y sin reflexión no hay transformación: el sujeto no puede trabajar sobre su subjetividad sino a partir de una imagen que obtiene de sí mismo. El discurso de la ley es uno de estos sistemas de representación que describen el mundo tal como es y prescriben cómo debería ser, por lo menos desde el punto de vista de los legisladores electos. Se establece así una dinámica de producción de moralidad y de desestabilización del mundo como paisaje natural. (Ibid, p.142)

La segunda de las funciones del Derecho Penal es la simbólica, que caracteriza a las normas penales por los efectos en la elaboración de la opinión pública más que por la resolución directa del problema jurídico-penal, esto es, la protección de bienes jurídicos (Silva Sánchez, 2012, p.482).

Señala el autor español que, en todo caso, el problema no será el elemento simbólico en sí mismo, sino su absolutización reflejada en disposiciones que, incapaces de cumplir directamente la declarada finalidad de protección de bienes jurídicos (función instrumental), se limitan a desplegar tal efecto. Por ello, resulta elevado a la categoría de función exclusiva y, en el devenir del tiempo, a corto plazo, cumple funciones educativas, promocionales y de integración. A largo plazo, en tanto, obstaculiza la función instrumental del Derecho Penal (Ibid, p. 483- 484).

Entonces, solo en principio, la legislación simbólica no se opone al logro de la función instrumental del Derecho Penal, ya que dada la gran importancia de los signos, de los símbolos, en las comunidades humanas, culmina con efectos en las conciencias de los ciudadanos; y, en esa medida, es instrumental. Nótese que si bien no puede desarrollar efectos preventivos intimidatorios, puede, en cambio, cumplir funciones de integración social general o de algunos grupos en particular. Por otro lado, la promulgación -por ejemplo- de nuevos tipos penales puede despertar en la sociedad la conciencia acerca de la importancia del bien jurídico protegido (Ibid, p.484-485).

El análisis de esta función desde la perspectiva del género no es simple, porque el discurso de la eficacia del Derecho Penal como herramienta válida contra las violencias de las mujeres se ha instalado principalmente desde su función simbólica.

En palabras de Rita Segato (2010):

El poder y la legitimidad inherentes al sistema de nombres que ella insta para hacer públicas las posibilidades de aspirar a derechos, garantías, protecciones. Podría simplemente decirse que se trata de los nombres de un mundo mejor, y de la eficacia simbólica de esos nombres. Las denuncias y las aspiraciones que el discurso legal publica hacen posible que las personas identifiquen sus problemas y sus aspiraciones. Al reflejarse en el espejo en el discurso del Derecho, pueden reconocerse y, reconociéndose, acceder a la comprensión precisa de sus insatisfacciones y de sus pleitos. Desde la perspectiva de los minorizados, el discurso del Derecho, siempre entendido como un eficaz sistema de nombres en permanente expansión, tiene el poder de agitación, el carácter de propaganda, aun apuntando en la dirección de lo que todavía no existe, que no es posible adquirir en la vida social. Si percibimos el poder de propaganda y el potencial persuasivo de la dimensión simbólica de la ley, comprendemos que ella incide, de manera lenta y por momentos indirecta, en la moral, en las costumbres y en el sustrato prejuicioso del que emanan las violencias. Es por eso que la reforma de la ley y la expansión permanente de su sistema de nombres es un proceso imprescindible y fundamental. (p.125)

La tercera función del Derecho Penal viene dada por la satisfacción de necesidades de psicología social. Esto es así por cuanto todas las normas penales, con sus conminaciones abstractas, dan aspectos simbólicos. Mediante el castigo responde efectivamente a la satisfacción de determinadas necesidades de sanción (Silva Sánchez, 2012, p.485-486).

A estos efectos podríamos agregar que la imposición de una pena actúa como mecanismo de regulación social. Y lo hace de dos formas: a) regulando el

comportamiento de manera directa; b) regulando el significado, esto es, el pensamiento, la actitud, y con ello, el comportamiento a través del significado (Garland, 1990 p.252 en: Lurrari, 2008, p.20).

En todo caso, esta función no puede constituirse como un fin legitimador de la intervención penal, porque se vería regida por las tendencias irracionales, subconscientes de la sociedad (Silva Sánchez, 2012, p.486).

Desde la perspectiva género, comparto la opinión de Arduino (2020) en el sentido de que es indispensable efectuar una revisión integral respecto de la consolidación de la idea de que el camino adecuado en términos de tutela efectiva y acceso a la justicia es el que conduce invariablemente a respuestas sancionatorias, eliminando otras alternativas que se inscriban en el campo de la reparación, la composición y los acuerdos, hasta propiciar incluso compatibilidad entre los derechos consagrados y la diversificación de respuestas diferentes al castigo (p.170).

4. Derecho Penal y las teorías de la pena

La pena constituye la sanción tradicional que caracteriza al Derecho Penal. Podrá discutirse cuál o cuáles sean las funciones que se atribuyen a la pena (retribución, prevención, etc.), pero nadie puede negar que la imposición de la pena se haya prevista como un mal que se asocia, en cuanto tal, a la comisión de un hecho delictivo (Mir Puig, 2016, p.45-46).

Sobre la noción de pena, Demetrio Crespo (2019) afirma que se trata de una privación o restricción de bienes jurídicos al autor de un hecho delictivo, prevista por la ley e impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes (p.41).

Esta pena se asocia sustancialmente a la inflicción por el Estado de un mal simbólico-comunicativo al autor responsable de un hecho típico, antijurídico y culpable, por lo que constituye una reacción estatal al delito (Silva Sánchez, 2018, p.113).

Patricia Ziffer (2013) afirma que, al ser el Estado quien tiene a su cargo la actividad de imponer la pena. Esta actividad tiene que estar sujeta a los mismos principios que cualquier otra tarea estatal, fundamentalmente, a la necesidad de que la intervención prometa algún beneficio para los integrantes de la comunidad social. Por ello se torna necesario definir previamente cuál es el beneficio que la sociedad puede alcanzar con la imposición de una pena a una persona. Y es justamente en este punto donde históricamente hay una falta de acuerdo (p.46).

Estos términos, en tanto beneficio para la sociedad, propios quizás de un Estado de Bienestar, deben ser relacionados con cierto alcance al concepto de “eficacia” que se utiliza normalmente en el discurso de penalistas relativo a los fines de la pena. En este sentido, es relevante la consideración observada por Demetrio Crespo (2019) al establecer que muy raramente se aclara qué se entiende por “efectividad” o “eficacia”. La función del Derecho parece que se sitúa en el momento actual en la denominada motivación de conductas, es decir, en proporcionar razones para producir un cierto estado de cosas; todo ello, a través del premio o castigo. Ahora bien, también hay determinados comportamientos que son desalentados por los grupos sociales mediante la educación y la propaganda, y en estos casos lo que motiva el comportamiento es una razón completamente ajena a la existencia de la sanción jurídica. Así entonces, este análisis debería empezar por una clarificación de los términos “efectividad”, como primera incidencia del comportamiento imputable a la norma, y la relación causal entre la norma y el comportamiento; y “eficacia”, como causalidad entre el propósito buscado por la norma y su resultado efectivo (2019, p.42)⁵⁶.

⁵⁶ El autor indica que así como existe la necesidad de especificar a qué concepto de eficacia se refiere el ámbito del Derecho Penal, también se debería indicar específicamente a qué condiciones de verdad están relacionados. En este sentido, no es la norma el motivo para actuar, sino el miedo al castigo o el deseo al premio asociados con la norma. Esto generalmente es pasado por alto, al identificar dos supuestos diferentes: el cumplimiento como consecuencia de dicho efecto psicológico de reacción al miedo o al premio, y el de la interiorización de pautas de comportamiento (p.24).

La autora Patricia González Prado (2018) alude a un ejemplo en tanto eficacia legislativa que entiendo aplicable a estas conclusiones. En Argentina, en los últimos 10 años, se lograron reconocimientos

Señala Silva Sánchez (2018) la distinción de dos planos en la pena: uno sustancial, de naturaleza comunicativa, principalmente en supuestos especialmente graves donde sólo la aplicación de una pena estatal puede expresar que la concreta acción de un sujeto merece desaprobación y resulta reprochable en términos jurídicos. Por otro lado, un plano accidental, de naturaleza fáctica, que consiste en la privación o restricción de los derechos del autor de un delito, que son inherentes al ejecutar la pena, que obviamente puede ser de muy diversa entidad, siendo la más grave la privación de la libertad ambulatoria (p.113-116)⁵⁷.

La búsqueda para otorgar un fundamento a la posibilidad de que el Estado, a través de sus órganos judiciales, imponga una pena *–iuspuniendi–* ha dado lugar a lo largo de la historia del Derecho Penal a distintas teorías legitimantes de este poder punitivo, que lo explican a partir de su consecuencia, pena o medida de seguridad, o mediante los fines que estas deban cumplir en sociedad (Silva Sánchez, 2012, p.293).

En ese marco, entiendo necesario realizar un recorrido, al menos en términos generales, de estas teorías.

4.1 Teorías absolutas

legislativos importantes en materia de Derechos Humanos de las mujeres. Sin embargo, estas leyes carecen de políticas públicas integrales que las garanticen. Un ejemplo está dado por el Programa Nacional de Educación Sexual Integral, creado en el año 2006, que aún sigue sin implementación en todo el país, en cada escuela (p.61).

⁵⁷ El autor expone el caso de la suspensión condicional de la ejecución de la condena, que no es un equivalente funcional de la pena en su conjunto sino sólo de su dimensión fáctica afflictiva. Por tanto, la dimensión comunicativa ya ha tenido lugar, ya que el hecho ha sido juzgado, la condena dictada y el castigo impuesto. Pero en lugar de ejecutar la condena, esta se suspende (p.118).

Al remitirse a la historia del Derecho Penal, cabe precisar que hasta el siglo XVIII el fenómeno punitivo surge como fenómeno privado, como venganza (Silva Sánchez, 2012, p.307). De hecho, en el origen de las instituciones sociales es casi imposible no tropezar con el fenómeno religioso y concepciones relacionadas con la idea de venganza que otorgaban un sentido religioso o trascendente al castigo (Feijoo Sánchez, 2017, p.2-3)⁵⁸.

Si bien surgieron los primeros intentos de racionalización, en muchas ocasiones los mismos contextos de legitimación (teocracias, monarquías, etc.) no lograban apartarse completamente de las concepciones trascendentes de carácter místico de la pena. Recién llegados al siglo XVII, en el marco de la Ilustración y el pensamiento iusnaturalista, se asienta la desvinculación de la pena del carácter retributivo-religioso que le había concebido la iglesia, intentando legitimar la pena en su utilidad social o su utilidad para el bien del Estado o el bien común, la *res pública* (Feijoo Sánchez, 2017, p.6).

En ese tiempo, el derecho natural permitía imponer un mal a aquel que cometía un delito. Sin embargo, comienza a surgir la necesidad de otorgarle un fin legitimador utilitarista (mejora, inocuización, intimidación, etc.) (Ibid, 2017, p.6).

⁵⁸ Resalta el autor que filósofos de la Grecia clásica como Sócrates definían el castigo como la medicina del alma y, al juez, como un médico que sanaba esa corrupción; Platón establecía que cuando una persona comete un acto injusto, grande o pequeño, la ley le enseñará y le forzará a no hacerlo nunca jamás voluntariamente o a hacerlo con menos frecuencia, además del pago del daño. Es decir, la línea de racionalidad mezclada con elementos expiatorios (Feijoo Sánchez, 2017, p.3).

En el mismo sentido, indica Mir Puig (2016) que desde el punto de vista religioso, el cristianismo como otras religiones, han dado lugar a fundamentaciones tradicionales de la función retributiva de la pena. Así, el mensaje de Pío XII al VI Congreso Internacional de Derecho Penal contenía el siguiente pasaje: “[...] Pero el juez supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución. Este ha de poseer, pues, un valor que no cabe desconocer”. Se partía de que existía un paralelismo entre la exigencia religiosa de Justicia divina y la función de la pena (p.85).

En una primera aproximación se puede afirmar que las teorías absolutas son aquellas que, basándose en una concepción de justicia material, conciben la pena como retribución por el mal causado y rechazan la búsqueda de fines fuera de la propia norma por considerar que estos lesionan la dignidad del ser humano. Por lo tanto, las ideas del libre arbitrio o libertad de voluntad humana son claves sobre los fines de la pena (Demetrio Crespo, 2019, p.16).

A partir del siglo XVII y hasta finales del siglo XVIII, se desarrolló una teoría de la pena basada primordialmente en la intimidación, ya que un Estado absolutista no precisaba legitimar la pena por sus efectos positivos hacia los súbditos. No obstante, el nuevo contexto social exigía fines preventivos, aunque en estos inicios no se establecía aún de forma clara una prelación entre los fines de prevención general y prevención especial (Feijoo Sánchez, 2017, p.6-11).

Desde otro ángulo, Silva Sánchez (2012) señala que hasta este momento el fin punitivo primaba sobre los fines garantísticos formales o materiales. Se marca como hito el Derecho Penal surgido de la Ilustración, y los nuevos códigos que ponían fin a la arbitrariedad de los jueces del poder absoluto, estableciendo desde bases de legitimidad democrática, los presupuestos formales y materiales de la intervención del Derecho Penal. De allí entonces, la primera tensión entre el aspecto punitivo y su aspecto jurídico, que se manifiesta en un conflicto de fines: preventivo, por un lado, y garantístico, por el otro (p.309).

En este contexto irrumpe la teoría de la retribución moral de Kant. Reivindicando desde una perspectiva racionalista la importancia del concepto de persona y el carácter retributivo del concepto de pena, abrió una perspectiva idealista o normativa distinta a la racionalidad utilitarista. Inició así un nuevo tipo de racionalidad valorativa, axiológica o normativa (Feijoo Sánchez, 2017, p.12).

Para Kant, el Derecho está ligado a la facultad de coaccionar, por lo que, contrario al Derecho es un obstáculo a la libertad, según las leyes universales. Y si un determinado uso de la libertad es contrario al Derecho, entonces la coacción se le opone a modo de obstáculo frente a lo que obstaculiza la libertad. De esta forma, Kant define el Derecho Penal como el “derecho que tiene el soberano, con respecto a aquel que le está sometido, de imponerle una pena por su delito” (Demetrio Crespo, 2019, p.47)⁵⁹.

Se erige como fundamental en la filosofía penal kantiana la idea de que la pena no puede ser nunca utilizada instrumentalmente para la consecución de un bien, ya que la dignidad del hombre prohíbe categóricamente que este sea utilizado como un medio para fines que le son ajenos. Es decir, al momento de la imposición de la pena se aplica a la persona porque merece esa pena, con independencia de que sea necesario o conveniente para él o para la sociedad castigadora (Demetrio Crespo, 2019, p.48).

Feijoo Sánchez (2018) señala, a modo de crítica, que cuando Kant intenta dar respuesta a la cuestión de cuál puede ser el tipo y la cantidad de pena que reclama la justicia en cada caso particular, apela al principio de igualdad, esto es, no sufrir un mal ni mayor ni inferior al que se ha causado. Reaparece así la bíblica ley del Talión, entendida dentro de la actividad judicial y no como una venganza privada (p.18-20)⁶⁰.

Posteriormente, Hegel desarrolla la teoría del “retribucionismo jurídico o lógico”, centrando la pena en su carácter esencialmente retribucionista y el reconocimiento de que

⁵⁹ Feijoo Sánchez (2017) agrega que la principal pretensión de Kant fue cortar de raíz los excesos utilitaristas o preventivos de su tiempo, fundados en concepciones puramente instrumentales o utilitarias de la pena. Así entonces, la pena no puede ser entendida como un medio para promover otro bien, ya sea que el autor no vuelva a delinquir -prevención especial- o que otros miembros de la sociedad no lo hagan -prevención general-, sino que es necesario que la pena se imponga al delincuente sólo por una razón: porque ha delinquido y merece la pena con independencia de la utilidad que pueda tener su imposición para el mismo delincuente o para el resto de los ciudadanos (p.16).

⁶⁰ En este sentido, resalta Feijoo Sánchez (2017) que el Talión representa la idea de retribución circunscripta al mismo mal que ha causado: si alguien ha matado debe morir. Esto llevó al filósofo a sostener la pena de muerte (p.18-22).

entre la ofensa realizada y el castigo subsiguiente debe mediar una relación de igualdad (Demetrio Crespo, 2019, p.49).

La diferencia radicaré en que la medida de la pena justa ya no lo es desde la perspectiva de la persona que la sufre, sino desde la perspectiva del que la impone, es decir, el Estado. De esta manera, para que la pena sea justa no debe ser del mismo tipo que el delito cometido (Talió), sino que debe tener el mismo valor simbólico. La pena sólo tiene sentido si responde a una acción anterior (retribución) con independencia de la finalidad político-criminal que se le quiera otorgar (Feijoo Sánchez, 2017, p.31-32)⁶¹.

En el pensamiento hegeliano, se diferencian tres dimensiones de la pena (Feijoo Sánchez, 2017): la primera es objetiva. Es decisivo su contenido simbólico o comunicativo para el Derecho. Es decir, no importa el aspecto externo del delito ni de la pena (mal al que le sigue otro mal), sino que debe existir una equivalencia valorativa entre delito y pena. Con la imposición de una pena se restablece el Derecho como tal. La segunda dimensión de la pena es subjetiva. La pena es justa porque el autor de un delito con su acción la merece como ser racional, ha creado una ley que ha reconocido para sí con su acción (lo que hoy denominaríamos el fundamento material de la culpabilidad). La tercera dimensión es social. La pena no sólo restablece el concepto de lo que era el Derecho cuando se cometió el delito, sino que intenta restablecer la realidad o la vida social como una realidad conforme a Derecho. Por ende, la concreta configuración del *quantum* de la pena depende de las necesidades de la sociedad (p.33-42)⁶².

⁶¹ Para Hegel, el carácter retributivo de la pena se vería justificado por la necesidad de restablecer la vigencia de la “voluntad general” representada por el orden jurídico, que resulta, a su vez, negada por la “voluntad especial” del autor de un delito. Entonces, si la voluntad general es negada por la voluntad especial, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general. Se aplica así el método dialéctico hegeliano: la voluntad general (orden jurídico) es la “tesis”; la negación de la misma por el delito es la “antítesis”; y la negación de esta negación será la “síntesis, que tendrá lugar mediante el castigo del delito (Mir Puig, 2016, p.85).

⁶² Señala Feijoo Sánchez (2017) que esta última afirmación aproximaría el pensamiento hegeliano a las teorías relativas. Sin embargo, las consideraciones de su pensamiento encierran una gran complejidad. De un modo u otro, merece ese calificativo de absoluta en la medida en que está concebida en el marco de un Estado que se merece ese calificativo (p.41). Demetrio Crespo (2008) señala que el pensamiento hegeliano sigue siendo actual en el debate penal, debido fundamentalmente a la lectura funcionalista que del mismo ha hecho Jakobs (p.50).

Una de las principales críticas a las concepciones retributivas es que todas presuponen la necesidad de la pena que a su vez deberían fundamentar. Por otro lado, la idea misma de la compensación retributiva no alcanza a comprender racionalmente el cómo se puede borrar un mal (causado por el delito), añadiendo un segundo mal (pena). (Demetrio Crespo, 2019, p.51-52; Roxin, 1976, p.12 y ss.).

No obstante, las teorías absolutas tienen el aspecto positivo de exigir una pena proporcionada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, lo cual significa en último término una garantía. Así como la de elevar la dignidad humana, prohibiendo la utilización del hombre en aras de fines instrumentales (Demetrio Crespo, 2019, p.53; en mismo sentido: Mir Puig, 2016, p.86).

4.2 Teorías relativas

Las teorías relativas justifican la pena por sus consecuencias preventivas que, a su vez, responden a necesidades sociales. Es decir, persiguen fines por fuera de la propia norma, consistentes en evitar la comisión de nuevos hechos delictivos, ya sea por los miembros de una comunidad (prevención general) o por aquel individuo que ya ha delinquido anteriormente (prevención especial) (Demetrio Crespo, 2019, p.53; en mismo sentido identifica Feijoo Sánchez, 2017, p.26-27;).

En términos generales se diferencian de las teorías absolutas en tanto estas centraban la justificación de la pena en la idea de justicia: se impone una pena a una persona porque ha cometido un delito, es decir, vinculada al hecho cometido e independiente de los fines sociales que se puedan perseguir o conseguir con la misma. En cambio, las teorías relativas sí tienen en cuenta estos fines sociales, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales (Mir Puig, 2016, p.88).

4.2.1 Prevención general negativa

En el siglo XIX, bajo las premisas de un Estado liberal entre cuyos principales fines se haya la protección de los ciudadanos -preservando y garantizando sus derechos (vida, libertad, propiedad, convivencia pacífica, etc.)-, emerge el fin de la pena como medio para asegurar esa protección (Feijoo Sánchez, 2017, p.73-75). Por ende, el concepto de prevención general alude justamente a la prevención frente a la colectividad, y concibe a la pena como medio para evitar que surjan personas que cometan delitos en la sociedad (Mir Puig, 2016, p.88).

Así entonces, se separa de la perspectiva que caracteriza al retribucionismo, donde todo se confiaba a la ejemplaridad de la ejecución de la pena, que en la generalidad era una ejecución brutal (Mir Puig, 2016, p.88). Y se considera que la ejecución de la pena debe intimidar solo en forma mediata, en la medida en que convierte la amenaza legal en una amenaza real o factible. La finalidad de la pena es, en definitiva, prevención, pero

nunca a través de la ejecución sino a través de la amenaza dirigida al ciudadano (Feijoo Sánchez, 2017, p.76-78).

Por lo tanto, se hace hincapié en el momento de la conminación penal abstracta contenida en la ley, y desde esa perspectiva legalista (propia del liberalismo) se apoya la coacción psicológica. La ejecución de la pena sólo tiene sentido, en esta construcción, para confirmar la seriedad de la amenaza legal (Mir Puig, 2016, p.89)⁶³.

Aunque el fin de la prevención general negativa no baste para justificar el Derecho Penal en cuanto tal, sirve, por su carácter formal, para asegurar un fundamento racional a tres principios garantistas básicos que delimitan la potestad punitiva del Estado: el de la estricta legalidad de los delitos, el de la materialidad de los delitos, el de culpabilidad y responsabilidad personal (Ferrajoli, 1995, p. 275-278 en: Demetrio Crespo, 2019, p.112)

A efectos metodológicos, con respecto a las críticas de esta teoría, seguiré el orden propuesto por Demetrio Crespo, agrupándolas principalmente en dos problemas que hacen a la legitimación axiológica y legitimación empírica.

Con respecto al primero -legitimación axiológica- lejos de condicionar en modo alguno la cantidad y calidad de las penas, sugiere la máxima severidad punitiva, ya que la prevención general negativa a través de la amenaza legal de la pena, si bien brinda

⁶³ Es dable realizar una aclaración señalada por Demetrio Crespo (2019). Entre estas teorías de la prevención general negativa cabe distinguir dos grupos: las doctrinas de la intimidación ejercida sobre la generalidad por medio del ejemplo ofrecido a través de la imposición de la pena (Grocio, Hobbes, Locke, Beccaria, Bentham y otros pensadores del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII) y la segunda versión donde la intimidación está dirigida a la generalidad a través de la amenaza contenida en la ley, ligando la función disuasoria del Derecho Penal respecto a la generalidad de modo mediato a su amenaza contenida en la ley, que es la que se describe, presente en Feurbach, Shopenhauer, Carrara. La importancia de esta distinción radica en que la segunda excluye resultados inaceptables a los que podría conducir la primera, tales como castigos discrecionales y desiguales dependiendo de la alarma social o de las conveniencias políticas, supuestos en los que el condenado serviría de chivo expiatorio. (p.111).

garantías contra el terrorismo penal judicial (al estar determinada la pena), no impide el terrorismo penal legislativo (Ferrajoli, 1995, 278-279 en: Demetrio Crespo, 2019, p.112).

Por ello, Demetrio Crespo (2018) señala que, en todo caso, la legitimación de la intervención del Derecho Penal sólo puede venir dada por el criterio de estricta necesidad para la protección de bienes jurídicos en función de criterios preventivos generales, en la medida que coexisten diversos fines de tensión, siendo necesario introducir criterios de racionalidad (determinación legal, su no aplicación con carácter retroactivo, el respeto a la dignidad humana, la proporcionalidad, justicia y humanidad, el carácter de *ultima ratio*, etc.) (p.114-118).

Así entonces, el Derecho Penal tendrá una doble función preventiva negativa: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. Señala Ferrajoli (1995) que, de ambas, la segunda es la más significativa y la que en mayor medida merece ser subrayada. Primero, porque la idoneidad del Derecho Penal para satisfacer la primera no está del todo clara; y segundo, sobre todo, porque la segunda función es necesaria y suficiente para fundamentar un modelo de Derecho mínimo y garantista (p.334 en: Demetrio Crespo, 2019, p.118).

Con respecto al segundo problema -legitimación empírica-, este se encuentra relacionado a si la finalidad preventivo-especial del Derecho Penal requiere demostrar su eficacia. En este sentido, Demetrio Crespo (2019) señala que, en principio, no le correspondería al penalista, sino al sociólogo. Pero, en todo caso, las bases para esta comprobación empírica no se miden por la erradicación del delito, sino por la contribución a su contención, ya que la eficacia intimidatoria se consigue en conjunción con otras instancias de control social (p.118-119; en mismo sentido: Silva Sánchez, 2012, p.349-350).

Al respecto, señala Silva Sánchez (2012) que una cosa es que el Derecho penal (como conjunto) desempeñe funciones disuasorias superiores a las que existirían en su

ausencia, y otra, muy distinta, que ello suceda con todas y cada una de las normas penales (p.355).

En este mismo sentido, Hassemer (1984) califica estos problemas empíricos en tres cuestiones: el conocimiento de la norma por los destinatarios del Derecho Penal, la motivación por la norma y la idoneidad de los medios preventivos (p.382 en: Demetrio Crespo, 2019, p.120)⁶⁴.

Respecto a la primera variable, parece obvio que para que algo pueda intimidar a alguien es necesario previamente que esa persona tenga este conocimiento, independientemente de las vías, directas o indirectas, en que llega a alcanzarlo. Sin embargo, existe la posibilidad de que el destinatario de la norma se comporte conforme a ella, pero sin tener conocimiento de la existencia de la misma, ni de la posibilidad de su ejecución. Por ende, en estos casos, el resultado no es consecuencia ni de la existencia de la conminación penal ni de su ejecución. Normalmente, la mayor parte de las personas no tienen un conocimiento directo de las normas jurídico-penales, sino indirecto a través de los medios de comunicación o de diversas instituciones de la sociedad, como normas sociales (Hassemer, 1984, p.382 en: Demetrio Crespo, 2019, p.120-121).

Respecto a la segunda variable, esto es, la motivación a través de la norma, la prevención general negativa presupone la existencia de seres racionales capaces de valorar el mal de la pena. Sin embargo, dicho razonamiento desprecia la irracionalidad fáctica que da contextos a la comisión de delitos, tales como las posibilidades de no ser descubierto, o respecto a los delitos violentos donde muchas veces el efecto preventivo y motivador no está dado por la amenaza de pena, sino desarrollado por normas sociales y éticas, o incluso los casos de la criminalidad patrimonial, etc. (Hassemer, 1984, p.385 en: Demetrio Crespo, 2019, p.121)

⁶⁴ De hecho, menciona Demetrio Crespo (2019) que este análisis de Hassemer es acertado, ya que un estudio en profundidad de estas tres variables tendría que tener como consecuencia la determinación de las “condiciones de verdad” de una supuesta eficacia preventivo-general intimidatoria del Derecho Penal. (p.120).

Por último, la tercera variable, esto es, lo que atañe a la idoneidad de los medios preventivos, solo se sabría a través de estadísticas de criminalidad y encuestas. No obstante, estos resultados no son fiables, en el sentido que existe una cifra negra de delitos que no es visibilizada por las estadísticas. Por otro lado, podrían estar sesgadas por la influencia de decisiones de los órganos persecutorios, o depender del clima moral de una sociedad y ser estas circunstancias, y no el Derecho Penal, lo que finalmente determine la extensión de la criminalidad (Demetrio Crespo, 2019, p.122)⁶⁵.

En relación a esta última observación, Feijoo Sánchez (2017) alude que el endurecimiento de las penas es una de las principales críticas de las consecuencias de la prevención general negativa, conllevando en el ámbito de la individualización de la pena a que no exista una lógica interna entre fines intimidatorios y proporcionalidad con la gravedad del hecho y la responsabilidad del autor (p.114-115).

4.2.2 Prevención general positiva

Parte de la premisa que existe otra vía posible de prevención general y será mediante la afirmación positiva del Derecho Penal. Es decir, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma, o de respeto por el Derecho. Este aspecto de afirmación del Derecho Penal se denomina “prevención general positiva”; también “estabilizadora” o “integradora” (Mir Puig, 2016, p.89; en mismo sentido: Silva Sánchez, 2012, p.363).

⁶⁵ En este sentido, Feijoo Sánchez (2017) indica que una de las grandes críticas de esta teoría es justamente el endurecimiento de las penas como una de sus consecuencias, conllevando a que no exista una lógica interna entre fines intimidatorios y proporcionalidad con la gravedad del hecho y la responsabilidad del autor, plasmándose muchas veces en el ámbito de la individualización de la pena. Feijoo Sánchez, Bernardo, (p.114-115).

Por ello, la prevención general positiva lo será bajo el entendimiento de que los destinatarios del mensaje comunicativo de la pena ya no son exclusivamente los autores potenciales de delitos (aspecto intimidatorio) sino toda la sociedad (Feijoo Sánchez, 2017, p.165-166).

Señala Demetrio Crespo (2019) que este mensaje comunicativo a la comunidad en general, en el sentido de inhibición de realización de delitos, toma distintos cauces. Desde la perspectiva del destinatario de la norma, actúa en la conciencia individual del mismo, contribuyendo junto con otros medios de control social a la sociabilización del individuo. Desde la perspectiva de la norma, supondría la propia conservación del Derecho. Y, desde la perspectiva de la sociedad que pune, se produciría una pacificación de la conciencia social (p.123).

Se construye la prevención general positiva como un nuevo concepto, cuyo objeto no será la intimidación (prevención general negativa) sino la afirmación de la conciencia social de la norma (Demetrio Crespo, 2019, p.126).

A su vez los efectos preventivos-generales pueden ser también de naturaleza no intimidatoria (Demetrio Crespo, 2019, p.128). Así, se ha hablado de la existencia de un efecto de moralización y otro de orientación social a través de la creación de costumbres. En este caso, señala Silva Sánchez (2012), que lo significativo no sería que se adviertan tales efectos, ya que existen pocas dudas de su existencia en el plano empírico, sino la trascendencia que se les atribuya legitimando la intervención del Derecho penal (p.366).

Hay más o menos acuerdo doctrinario en considerar que la prevención general podría resultar cuestionable, si se concibiese en términos tales que permitiesen ampliar la injerencia del Derecho penal en la esfera de la actitud interna del ciudadano (Mir Puig, 2016, p.89).

Pero no resulta cuestionable si se la entiende como una forma de limitar la tendencia de una prevención general puramente intimidatoria a caer en un terror penal, por la vía de una progresiva agravación de la amenaza penal (prevención general negativa). En otras palabras, la prevención general no sólo se puede intentar por el miedo a la pena, sino también por una razonable afirmación del Derecho en un Estado social y democrático de Derecho. Evidentemente, ello supondrá tener que limitar la prevención general con principios que deben restringir el Derecho penal en aquel modelo de Estado; principios tales como la proporcionalidad entre delito y pena (Mir Puig, 2016, p.89-90).

En todo caso, Silva Sánchez (2012) menciona que el principal rasgo de la prevención general positiva es el que hace a la definición de la pena como sanción estabilizadora o reforzadora de la fidelidad y confianza de la comunidad en el Derecho (p.371). En el mismo sentido que Mir Puig, destaca que para cumplir esta función educativa es preciso que la sanción integre contenidos como la culpabilidad y la proporcionalidad, que están de alguna forma arraigados en la conciencia popular y, sin cuyo respeto al sancionar al autor de un delito, no podría conseguirse esa fidelidad que se pretende obtener en la población (p.372).

En términos generales, respecto a las críticas a la prevención general positiva, se va a seguir el orden de autores tales como Demetrio Crespo y Feijoo Sánchez, agrupándolas de la siguiente forma:

a) Si se parte de un pensamiento jurídico-penal garantista, el presupuesto teórico y axiológico ineludible es la separación entre legitimación externa y legitimación interna, entre justicia y validez, derecho y moral (Demetrio Crespo, 2019 p.148). Por ende, en la estrategia preventiva de fidelidad en el Derecho no se puede ser irrespetuoso de la autonomía de los individuos al imponerles con el mecanismo de la pena no sólo un respeto externo a las normas, sino también una actitud interna de adhesión a los valores

subyacentes; es decir, una función moralizante que es ajena a los principios de un Estado liberal (Feijoo Sánchez, 2017, p.195).

Aquí entonces es donde reside cierto riesgo de instrumentalización de la persona, lesionando su dignidad. Por ende, el efecto de fidelidad al Derecho que pretende la prevención general positiva puede ser un efecto generable por la pena, pero no se podría convertir esa función en un fin de la pena (Demetrio Crespo, 2019, p.149).

En todo caso, señala Feijoo Sánchez (2017) que se debe tener en claro que la prevención general positiva, propia de un Estado social y democrático de Derecho, se refiere a procesos de integración democrática relativos a instituciones y normas comunes aprobadas también en un proceso democrático. Es decir:

En una sociedad tan compleja, diferenciada y plural, con valores e intereses enormemente divididos, el Derecho sólo puede garantizar una integración externa que establezca un mínimo de referencias normativas y redes de expectativas recíprocas de comportamiento, que posibiliten la convivencia y la paz social; es decir, un orden entre sujetos de características enormemente diferentes (intersubjetividad). (p.199)

b) La segunda observación crítica se centra en el momento de la imposición judicial de la pena, puesto que se puede exteriorizar una falta de proporción entre culpabilidad por el hecho y pena, en el sentido de equiparación entre pena preventivamente necesaria y merecimiento justo ante el mismo hecho. Ello es así porque el autor de un delito sería pasible de una pena más alta en una sociedad en que la norma no esté suficientemente interiorizada por los ciudadanos. Mientras que la cantidad de pena a ese mismo autor sería menor en una sociedad en que la infracción tiene escasas posibilidades de imitación (Feijoo Sánchez, 2017, p.206, en mismo sentido: Mir Puig, 2016, p.90).

En este sentido, los autores de un delito solo podrán ser responsables de la lesión a la vigencia de la norma que su propia conducta provocó. Pero no serán responsables de las disposiciones internas de los otros miembros de la sociedad, ya que solo se le puede imponer la pena necesaria para mantener comunicativamente la vigencia de la norma, pero en absoluto para neutralizar instrumentalmente las tendencias de otros. Si esto fuera así, los criterios de fijación de pena serían muy difíciles de racionalizar en términos jurídicos y, por lo tanto, no permitirían una práctica razonable, coherente y no arbitraria del derecho penal (Feijoo Sánchez, 2017, p.208-209).

En otras palabras, la idea social de culpabilidad puede no coincidir con la concepción jurídico-positiva de la culpabilidad. Y cuando no se da esta coincidencia, existe la posibilidad de que una pena adecuada a la culpabilidad jurídico-positiva no satisfaga a la sociedad ni pacifique su conciencia jurídica; y que, como efecto derivado, se produzca desconfianza en los mecanismos jurídicos (Pérez Manzano, 1986, p.252-253 en: Demetrio Crespo, 2019, p.155).

c) Una tercera crítica se relaciona con la constatación empírica de la eficacia preventivo-general de las agravaciones de la pena en la etapa de la individualización judicial, en el sentido de si a través de una intensificación de las penas se fortalece el sentimiento de validez del derecho penal en la población, o la confianza de la población en la protección del derecho penal (Demetrio Crespo, 2019, p.153-155).

En este sentido, advierte Feijoo Sánchez (2017) que:

Ninguna teoría de la pena tiene mecanismos para evitar una utilización simbólica del Derecho Penal, ni dispone de sistemas inmunitarios contra las formas de hacer política en las actuales sociedades de información masiva. Pero si el legislador tiene que atender a los sentimientos de justicia y mayores demandas de seguridad, la teoría tiene pocos argumentos para oponerse a un aumento desmedido de la

severidad de las penas, especialmente cuando se vincula incremento de pena con prevención de delitos. (p.212)

Por otro lado, la ausencia de constatación empírica de la eficacia preventivo-general al momento de agravar penas en la individualización judicial es un argumento complementario para negar la licitud de las mismas. Porque, en realidad, aunque esta eficacia fuera constatada empíricamente, el agravamiento de las penas seguiría siendo ilícito por infringir un determinado sistema valorativo (Demetrio Crespo, 2019, p.155).

Señala Feijoo Sánchez (2017):

En este caso se hace imperante, desde un punto de vista político-criminal, una teoría preventivo-general que asuma una mayor desvinculación entre intensidad de la punición y evolución de cifras de delincuencia, de tal manera que no se busque en la pena efectos instrumentales directos en las conductas humanas (p.213).

4.2.3 Prevención especial (resocialización)

Es aquella que se dirige al individuo que ha cometido un delito, no a la colectividad, con el objeto de que no vuelva a hacerlo en el futuro (Demetrio Crespo, 2019, p.53). Es decir, se persigue mediante la imposición de una pena que la persona no vuelva a cometer delitos. Por lo tanto, no opera como la prevención general en el momento de la conminación legal abstracta, sino en los momentos de imposición y ejecución de la pena (Mir Puig, 2016, p.91).

El centro de atención preventiva ya no es el delito, sino el autor de un delito. La pena tiene como objetivo alejar al condenado de la comisión de futuros hechos delictivos, previniendo la reincidencia (Feijoo Sánchez, 2017, p.132).

Se distinguen dos modalidades, a saber: a) la prevención especial positiva, en la cual, mediante la imposición de una pena, se pretende que el autor de un delito no vuelva a delinquir en el futuro, buscando la re-habilitación, re-inserción social, re-educación, re-adaptación, re-socialización; b) la prevención especial negativa, dirigida a evitar la peligrosidad del autor a través de estrategias de intimidación, por medio de la imposición de la pena o su inoportunidad; por ejemplo, encierro mientras sea peligroso en sociedad (Feijoo Sánchez, 2017, p.132; en mismo sentido: Demetrio Crespo, 201, p.56;).

Con respecto a las críticas hacia la prevención especial, se seguirá principalmente la enumeración realizada por Feijoo Sánchez (2017):

1) Incompatibilidad con el Derecho positivo, ya que el ordenamiento jurídico vigente no parte de la prevención especial como fin de la pena, ni esta tiene su fundamento en la peligrosidad criminal. De hecho, en general, los códigos penales no están organizados en virtud de grupos de autores, sino en virtud de hechos que merecen una determinada pena en función de su gravedad. Lo contrario significaría que en algunos casos la imposición de una pena no sea necesaria, ya que desde un punto de vista estrictamente individual *a priori* se descarta la posibilidad de reincidencia o de resocialización, o tratamiento efectivo (p.134-135).

2) Tampoco podría legitimar la imposición de una pena en aquellos casos de autores cuyos delitos se realizan en circunstancias irrepetibles (por ejemplo, por contextos históricos como el terrorismo de Estado). O cuando es poco probable que las circunstancias se repitan, como sucede en autores de delitos ocasionales (p.137).

3) Ineficiencia de la prevención especial como fin de la pena desde la perspectiva de la protección de derechos. En particular, porque bajo sus premisas se va transformando el ordenamiento jurídico-penal en Derecho Penal de autor, renunciando a un Derecho Penal de hecho. Se renunciaría a penas determinadas legalmente con un mínimo de precisión, ya que estas se aplicarían por el carácter, la personalidad o por la conducción de vida del autor de un delito, puesto que el hecho delictivo deja de ser el presupuesto o fundamento de la pena para convertirse en una mera condición para la aplicación de un tratamiento coactivo (p.138-140).

A su vez, muchas veces los presupuestos de la prevención especial parten del mito de la resocialización, el cual deriva de una idealización o sobrevaloración previa de las posibilidades del tratamiento, sin tener en cuenta las condiciones de vida dentro de las prisiones. En ese caso, se debería tener presente que una de las principales causas de reincidencia es precisamente la ejecución de una pena privativa de libertad. Es decir, se pone excesivo énfasis en el aspecto correccional de la pena y se acaba incurriendo en una concepción paternalista del Estado, contrario a un Estado pluralista (p.147-148; 157).

4.2.4 Teorías superadoras de la prevención general positiva

Silva Sánchez (2012) indica que las dudas acerca de la viabilidad de un modelo puro de legitimación de la intervención penal han determinado que los últimos tiempos se hayan caracterizado por una proliferación de tesis mixtas o eclécticas, teorías de la unión o teorías unificadoras (p.324).

En primer lugar, se desarrollará la teoría de prevención de integración de Roxin:

Partiendo de la formulación de una pregunta: ¿qué puede prohibir bajo pena el legislador a sus ciudadanos? La respuesta es que el Estado, conforme deber que le incumbe de garantizar la seguridad de sus miembros, solo puede prohibir aquellos comportamientos que en cada situación histórica y social de un grupo humano comprometan los presupuestos imprescindibles para una existencia común, lo cual se concreta en determinadas condiciones valiosas o bienes jurídicos (Roxin en: Demetrio Crespo, 2019, p.135).

Es decir, solo justificaría la intervención del Derecho Penal bajo un único objetivo: la protección de bienes jurídicos constitutivos de la sociedad. Su consecuencia será la garantía de las prestaciones públicas necesarias para su existencia, justamente porque ambos aspectos son necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, y constituyen el presupuesto de una existencia humana digna (Demetrio Crespo, 2019, p.135).

Se corresponden dos consecuencias a estos postulados: la primera tiene que ver con la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal, ya que si se lo utiliza donde basten otros procedimientos más leves para preservar o reinstaurar el orden jurídico, le faltaría legitimación a la necesidad social; la segunda es la imposibilidad de castigar comportamientos no lesivos de bienes jurídicos solo por su inmoralidad (Roxin en: Demetrio Crespo, 2019, p.135-136).

La imposición de una pena por parte del Estado no lo será en sentido de mera intimidación, sino en salvaguarda del orden jurídico en la conciencia de la comunidad (Demetrio Crespo, 2019, p.136).

Serían atribuibles estos efectos a la prevención general en su aspecto positivo:

Primero, el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente; segundo, el ejercicio de la confianza en el Derecho que se produce en la población por medio de la actividad de la Justicia Penal; tercero, el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el Derecho se impone; y cuarto, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción sobre el quebrantamiento del Derecho, y considera solucionado el conflicto con el auto. Especialmente el efecto de satisfacción es invocado con el nombre de “prevención de integración” para la justificación de la pena. (Roxin en: Demetrio Crespo, 2019, p.136)

Si el Estado debe asegurar los bienes jurídicos a los particulares, estos a su vez deben colaborar en dicha tarea. Para ello, entre otras cosas, tienen que cargar dentro de unos límites prefijados con la pena necesaria para el mantenimiento del ordenamiento jurídico. Así, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, es decir, la culpabilidad no puede fundamentar la potestad penal estatal, pero sirve para limitarla (Demetrio Crespo, 2019, p.137)⁶⁶.

Feijoo Sánchez (2017) lo resume de la siguiente manera, distinguiendo las tres fases de la pena, aunque con la salvedad que no sea posible hacer una separación tajante:

a) conminación legal abstracta: prevención general negativa; b) imposición y determinación de la pena en el proceso penal (aplicación judicial): pena adecuada a la culpabilidad que limita los fines preventivos-generales y preventivos-especiales y, sobre todo, en caso de criminalidad mediana y leve, prevención

⁶⁶ El principio de culpabilidad, si se lo separa de la teoría de la retribución, a la que equivocadamente se lo suele considerar indisolublemente unida, es un medio imprescindible en un Estado de Derecho para limitar la potestad penal estatal. Y si se va más allá –de la culpabilidad individual-, se atenta contra la dignidad humana. Y aún más, si en el caso concreto se puede restaurar la paz jurídica con sanciones menos graves, es lícito quedarse por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad. (Roxin, 1976, p.30; Demetrio Crespo, 2019, p.137).

especial; c) ejecución de la pena: prevención especial entendida como resocialización (p.219-220).

El principio de culpabilidad no le otorga un carácter fundamentador a la pena, sólo lo hace como límite del poder punitivo y de las consecuencias político-criminales que se pueden buscar con la imposición de la pena. Es decir, la pena implica siempre culpabilidad, pero esta no implica siempre la imposición de la pena, siendo entonces la culpabilidad condición necesaria pero insuficiente de la pena (Feijoo Sánchez, 2017, p.221).

En palabras de Roxin:

Cuando el proceso penal culmine en una condena, pasan a primer plano, la imposición de la sanción, los puntos de vista de prevención general y de prevención especial por igual. Mientras más grave sea el delito, tanto más exige la prevención general un agotamiento de la medida de la culpabilidad. Y es que cuando se trata de delitos gravísimos, la confianza en el ordenamiento jurídico solamente puede mantenerse y la paz jurídica solo puede restablecerse cuando se produzca una represión adecuada a la culpabilidad. Por el contrario, en los delitos leves y de mediana gravedad, que son la mayoría, puede practicarse más tolerancia, esto es, razones de prevención especial. Entonces aquí [...] la pena puede quedarse por debajo de la medida de la culpabilidad, y pueden entrar a tallar todos los beneficios que se basen en la posibilidad de la suspensión condicional de la pena, la reparación civil, la reconciliación y el trabajo comunitario. Y es que los delitos menores conmueven la paz social de manera comparativamente leve, y una reintegración social del delincuente sirve más a la seguridad pública que un rigor promotor de la reincidencia. (Roxin, 2007, p.83-84)

Por último, en la etapa de la ejecución de la pena, debería buscarse solamente la resocialización. Durante siglos, la pena era vista como algo que se “infligía” e “imponía” al autor, de tal manera que él solamente debía soportarlo pasivamente. Pero si se tienen en cuenta nuevos métodos de sanción, tales como la compensación autor-víctima, la reparación civil prestada bajo esfuerzos personales y también el trabajo comunitario, vemos que todos ellos exigen un compromiso activo del condenado en vez de una simple actitud de soportar las medidas coercitivas estatales. Por ende, también se debe abandonar la idea de un tratamiento re-socializador coercitivo, ya que el éxito de este solo tendrá lugar cuando el autor de un delito libremente coopere con el desarrollo re-socializador de su personalidad (Roxin, 2007, p.84-86).

En segundo lugar, se desarrolla la teoría funcional de Jakobs, que en su inicio utiliza el análisis sistémico-funcionalista del Derecho⁶⁷, para arribar a una fundamentación preventivo-general-positiva del Derecho Penal (Demetrio Crespo, 2019, p.140).

En este sentido, Feijoo Sánchez (2017) indica que basa su teoría de la pena sobre la necesidad social de estabilización de las normas, ya que no entiende la prevención como prevención de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos a través de conductas delictivas, sino como prevención de la erosión de la vigencia de las normas (p. 234).

Así, la perspectiva funcional de Jakobs parte de que la pena se mueve en un plano simbólico o comunicativo y no puramente instrumental de protección de bienes jurídicos. Por lo tanto, la pena es entendida como restablecimiento de la validez de la norma (Feijoo Sánchez, 2017, p.234-235).

⁶⁷ La teoría de los sistemas tiene su origen en el ámbito de las ciencias puras. La definición de “sistema” más frecuente es aquella que lo entiende como un conjunto de objetos, más relaciones entre los objetos y sus atributos. La estructura del sistema es la organización interna de sus elementos; viene definido por su función e interrelaciones con el exterior. Fue Luhmann quien introdujo el análisis sistémico en el mundo del Derecho, donde la convivencia es regulada en los sistemas sociales a través de procesos de interacción denominados “expectativas”. En términos del funcionalismo, el Derecho sirve para el establecimiento de un sistema de expectativas, estabilizadas contrafácticamente y con independencia de su contenido valorativo, contribuyendo a la creación de consenso. (Demetrio Crespo, 2019, p.140).

Por ende, un quebrantamiento de la norma es un proceso de comunicación, sobre la base de una comprensión comunicativa del delito, entendido como afirmación que contradice la norma; y de la pena, entendida como respuesta que confirma la norma (Jakobs, 1996, p.11 en: Feijoo Sánchez, 2018, p.235).

Demetrio Crespo (2019) señala que en la doctrina de Jakobs la trasgresión de la norma es lo que constituye, en mayor o menor medida, una conmoción de la confianza de la generalidad en la validez de la norma. Por ello, la seguridad existencial necesaria en el tráfico social debe restablecerse mediante la estabilización de la norma a costa del autor (p.141-142).

En este sentido, Feijoo Sánchez analiza que en posteriores trabajos del jurista⁶⁸ se establece que a la hora de determinar la reparación, no puede eludirse la suposición de psicología social, en el sentido de cuál es el dolor con el que con carácter general (es decir, no necesariamente para todo autor de un delito potencial) el hecho en cuestión se entiende como empresa fracasada. Y en este caso,

La medida de la pena no debe orientarse ni en base a la medida de la tendencia hacia el delito del autor, ni en base a las tendencias de otras personas, sino únicamente en base al daño social. Por ende, el destinatario primario del proceso de punición es el ciudadano fiel al Derecho, al que se le confirma que, a pesar del hecho, sigue estando en lo cierto con su orientación con base a la norma (prevención general positiva) (Jakobs, 2005, apartado III *in fine* en: Feijoo Sánchez, 2017, p.251).

⁶⁸ En particular a la obra de Günther Jakobs(2005) “La pena como reparación del daño”, publicada en “Dogmática y Criminología. Dos versiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía”, Bogotá

En todo caso, la teoría de Jakobs ha tenido más de treinta años de evolución, concluyendo en una concepción de prevención general positiva como ejercicio en la fidelidad del Derecho. La cantidad de pena queda vinculada a las necesidades de garantizar o estabilizar fidelidad normativa y, por tanto, a ciertos efectos de la psicología social (Feijoo Sánchez, 2017, p.253).

En este sentido sería prácticamente inatacable una concepción preventivo-general, cuyas condiciones de verificación no dependieran de la intimidación de potenciales autores, sino que se basaran en la estabilización a largo plazo por la confianza de la población en el sistema jurídico (Demetrio Crespo, 2019, p.147).

De esta manera, la pena se justificaría ya que el daño que se crea con el Derecho Penal actual se entiende como inferior al daño que podría existir en una sociedad sin pena estatal (Feijoo Sánchez, 2017, p.185).

En palabras de Hassemer la conminación y la ejecución de la pena, si se consideran como fenómenos aislados, son insuficientes para conseguir objetivos de prevención general, e incluso serían cuestionables desde un punto de vista normativo. No obstante, estas adquieren una nueva dimensión puestas en relación con otros sectores del control social. En este sentido, el Derecho Penal puede influir en los restantes sistemas de control social, tratando incluso de corregir la irracionalidad de los mismos (Hassemer, 1984, p.389 en: Demetrio Crespo, 2019, p.146).

En términos generales, se eleva este papel de minimización de la violencia que desempeña el Derecho Penal impidiendo las reacciones violentas y la autotutela, ya que aquí no es utilizado para justificar la pena como estrategia de prevención general negativa o como retribución, sino que además de esta dimensión preventiva -cuya existencia no se cuestiona- también comprende una dimensión protectora del autor de un delito frente a reacciones informales que desempeña la pena (Feijoo Sánchez, 2017, p.186).

Estos postulados se encuentran también en el modelo de Derecho Penal Mínimo de Ferrajoli, en el cual la pena está justificada como un mal menor, menos aflictivo y menos arbitrario, respecto a otras reacciones no jurídicas. En líneas generales, el monopolio estatal de la potestad punitiva está más justificado cuando más bajos son los costes del Derecho Penal respecto a los costes de la anarquía punitiva (Ferrajoli, 1995, p.336 en: Feijoo Sánchez, 2017, p.187).

Las coincidencias entre ambos autores, con modelos tan distintos, conforme la opinión de Feijoo Sánchez (2017) se debe a que no están justificando la pena, sino la existencia del sistema jurídico como instrumento de pacificación y la necesidad de la intervención del Estado para resolver ciertos problemas sociales (p.188).

Obviamente no se alcanza a justificar que el Estado solo pueda cumplir este fin a través de la pena, ya que debe estar claro que esta no se puede presentar como el único medio disponible para conseguir una resolución pacífica del conflicto. Y en todo caso, el presupuesto de la pena tampoco podría estar justificado en la posibilidad de reacciones violentas de la sociedad, sino en la culpabilidad del autor por el hecho que ha cometido (Feijoo Sánchez, 2017, p. 190-191).

5. Conclusión preliminar

Tras culminar este recorrido por los fines, las funciones del Derecho y las teorías de la pena, una primera reflexión interpeló el camino: la ausencia de mujeres en la construcción de la ciencia penal.

Más allá de esta observación, se entiende que algunos de estos conceptos que han sido expuestos en términos generales, porque si no excederían el objeto del presente trabajo, constituyen puntos cardinales a partir de los cuales se podrá avanzar sobre la comprensión de la intervención punitiva, en función de las posturas teóricas de los movimientos feministas.

En todo caso, es sabido que debe existir una permanente y permeable interrelación entre las obligaciones inherentes al Estado del cuerpo normativo nacional e internacional y las respuestas del Sistema Penal, en orden a los reclamos plausibles de los distintos feminismos, asumiendo la complejidad del andamiaje de los derechos fundamentales en juego.

Si no se da esta correcta interrelación, se puede caer en reduccionismos, tales como que en términos de violencia contra las mujeres la imposición de una determinada sanción punitiva se legitima desde una absoluta retribución-justicia (Abadía Cubillos, 2018, p.2); o que en términos de prevención el Derecho Penal es la única herramienta para proteger los derechos de las mujeres (Laurrari, 2008, p.126); y desde allí, que la consecuencia de la imposición de una pena privativa de libertad se replique como única respuesta.

En tal caso, un punto de partida será asumir desde una perspectiva de género el diálogo racional entre la norma y sus destinatarios/as que solo tiene lugar al momento en que el legislador/a la define, junto con los bienes jurídicos y su valor a través de la “conminación penal abstracta”. Esto, frente a un segundo momento, que es en la órbita judicial, allí donde se impone la “pena concreta”. En el primer momento, la norma establece pautas a seguir, con lo que cumple de modo racional su misión de prevención

junto con los criterios garantísticos del ordenamiento. En el segundo momento, “la pena concreta” constituye la muestra del fracaso del diálogo racional entre la norma y sus destinatarios, más allá de que por su intermedio se instrumenten propósitos del Derecho Penal (Silva Sánchez, 2012, p.318/319).

En todo caso, surge la necesidad de interrelacionar y construir posicionamientos teóricos críticos en la intervención del Derecho Penal, desde una perspectiva de género que explore transversalmente los numerosos factores y complejidades de los contextos de las violencias contra las mujeres. Y, por último, que reconozca las limitaciones del Derecho, en particular del Derecho Penal, como herramienta para el cambio social (Di Corleto, 2020, p. 212).

CAPÍTULO III: RELACIÓN DE LOS MOVIMIENTOS FEMINISTAS Y EL DERECHO PENAL

En los últimos tiempos se ha ido formando la idea en el imaginario colectivo de que la criminalización de un problema es el indicador de su gravedad social. Así entonces, en palabras de Elena Lurrari (2018), “todo movimiento social, y desde luego no solo feminista, pretende, para poner de manifiesto la importancia de su reivindicación, conseguir que esta se incluya en el Código Penal” (p.69).

La función del Derecho Penal reside en asegurar a los ciudadanos una vida en común, pacífica y libre, bajo la salvaguarda de todos los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente (Roxin, 2012, p.4-5).

Siguiendo esta perspectiva, la misión del Derecho Penal estará basada en la protección de bienes jurídicos por parte del Estado. Estos se constituyen por realidades imprescindibles para una vida en común, pacífica y libre de las personas; serán la vida, la integridad corporal, la autodeterminación sexual, la propiedad, el patrimonio y también los bienes jurídicos de la colectividad, como la moneda, una administración de justicia incólume o la incorruptibilidad del portador de funciones estatales (Roxin, 2012, p.5).

Advierte Ileana Arduino que:

En el Código Penal Argentino, como en la mayoría de los códigos penales, siempre existieron figuras típicas definidas como injustos penales, en las que se podían visibilizar las situaciones de violencias contra las mujeres. Sin embargo, desde la aplicación práctica de sus operadores/as, ello no ocurría. Sólo por mencionar algunos ejemplos, desde la sanción del Código Penal, en 1921, dañar el cuerpo de otra persona dolosamente eran lesiones; acceder carnalmente a otra persona contra su voluntad era violación; acabar con la vida de otra persona era homicidio. No obstante, las lesiones dentro de un vínculo se consideraban parte de la esfera íntima, privada; el abuso sexual dentro del ámbito de una pareja era débito conyugal; y el homicidio de una mujer cometido por su pareja o cónyuge,

en la mayoría de los casos era juzgado introduciendo la emoción violenta o circunstancias extraordinarias de atenuación⁶⁹.

Frente a este panorama, comenzó a visibilizarse el rechazo social de los movimientos feministas, pero ensamblado, desde algunos sectores, con la idea de que el Derecho Penal es el símbolo de la jerarquía de los problemas sociales (Pitch en: Lurrari, 2018, p.69); o expresando, con otros términos, que la importancia social viene determinada por su nivel de castigo (McDermott y Garofalo, 2004 p. 1262 en: Lurrari, 2018, p.69).

Desde estos enfoques, Lurrari (2018) indica que se originaron inexactas críticas de determinados sectores de los doctrinarios/as y juzgadores/as penales al responsabilizar a los movimientos feministas de ampliaciones punitivas. Esta inexactitud tiene un origen que no siempre podría ser achacado a las propias características androcéntricas y patriarcales del Derecho Penal, sino también a una incompreensión integral de los reclamos feministas, en dos sentidos:

Primero, porque las omisiones en las que ha incurrido el Derecho Penal son prueba de la desigualdad en la protección contra la violencia hacia las mujeres. Segundo, porque la mayor ampliación de tipos penales ha sido consecuencia de lo que se denomina “populismo punitivo”, en el cual, los gobiernos, en vez de promover el Estado social, tienden a afrontar los problemas sociales con el recurso al sistema penal, a gobernar por medio del delito (Lurrari, 2018, p.70-71).

Una primera aproximación a la comprensión integral de los reclamos de los movimientos feministas será el hecho histórico de que ante el sistema de justicia penal las relaciones de poder patriarcales y la desigualdad han afectado de manera distinta a mujeres y varones, tanto desde la perspectiva de autores/as de delitos, como también en sus experiencias de victimización y, por ende, en las respuestas ofrecidas por el sistema de justicia (Iglesias Skulj, 2014, p.201).

⁶⁹ Arduino, Ileana (2020), Conferencia: *Claves feministas para pensar el (anti) punitivismo*, [Prosecretaría de Género, Diversidad y Feminismos, Secretaría de Asuntos Estudiantiles, Secretaría de Extensión, Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Córdoba]. Link: https://www.youtube.com/watch?v=Qv_D4dsSjdI

Por otro lado, el Estado ha reducido el contenido político de la lucha de las mujeres contra las distintas expresiones de opresión y violencias, para transformarlo en una cuestión punitiva. Aunando, en un contexto más amplio, que las funciones reguladoras forman parte de un momento de expansión simbólico-material de las funciones del Derecho Penal, cuyos efectos residen en limitar (por medio de las tipificaciones penales) las manifestaciones intolerables de la violencia; aquellas que en el plano simbólico representan los aspectos más violentos de un sistema de género profundamente opresivo (Iglesias Skulj, 2014, p.222-223).

Sobre la posición de estas ideas es que se realizará una descripción de los movimientos feministas, a efectos de una mayor comprensión de los escenarios ante el ámbito penal.

1. Aproximaciones históricas a los movimientos feministas

La autora Malena Costa Wegsman (2017) parte de una afirmación que marca un buen inicio para la representación de las ideas que se expondrán: la relación entre los movimientos feministas y el Derecho es indisociable e intrincada (p.239).

Indisociable, porque los reclamos de los movimientos feministas, al menos en sus primeros orígenes explícitos, partieron de poner en relieve la falacia de la neutralidad que sustenta la política moderna y sus instituciones (Costa Wegsman, 2017, p.239). Estos inicios están vinculados con reivindicaciones de los derechos de las mujeres a través de las reformas legales, es decir, a partir del desarrollo de estrategias jurídicas que condujeran a mejorar las condiciones de las mujeres en diferentes áreas sociales (Bergalli y Bodelón, 1992, p.43)

A su vez, es intricable, en tanto las intervenciones se despliegan en virtuosa disonancia entre propuestas de reformas legislativas, promulgación de derechos específicos, incitaciones a transformar el campo jurídico desde presupuestos no

androcéntricos y la detración del propio Derecho como discurso perpetuador de subordinaciones (Costa Wegsman, 2017, p.239-240).

Básicamente, lo que se intenta afirmar con estas expresiones es que las reformas de las leyes no bastan para brindar por sí mismas respuestas a los movimientos feministas, si no están acompañadas de una reflexión más amplia, que comprenda el sentido del cambio social y las causas o factores determinantes de la situación relegada de las mujeres. (Bergalli y Bodelón, 1992, p.43).

Así entonces, señala Ileana Arduino, que se alude al feminismo como una especie de frente de choque. Por un lado, en nombre de la legitimidad de sus demandas se lo plantea como una especie de reivindicación punitiva; y por otro, desde los mismos movimientos feministas surgen posturas que cuestionan el sistema punitivo⁷⁰.

Este feminismo emergente comenzaba a interpelar el término único de “mujer” debido a que carecía de un referente estable y definido (Iglesias Skulj, 2014, p.203).

Estas interpelaciones que se originaron frente a los primeros feminismos (de raza blanca, liberales, de clase media, surgidos en Estados Unidos o países centrales europeos)⁷¹ tuvieron lugar a partir de la década del setenta, con el feminismo negro norteamericano. Este movimiento construyó su programa de lucha y de emancipación a partir de entender que la opresión que sufrían como mujeres era el resultado de diversas y superpuestas estructuras de dominación (Iglesias Skulj, 2014, p.203).

Esta nueva perspectiva del feminismo irrumpió para denunciar que la experiencia de la mujer que propugnaba el feminismo liberal no era representativa de otros grupos de mujeres que sufren múltiples opresiones (Iglesias Skulj, 2014, p.203). E inclusive, muchas de las herramientas que se proponían como herramientas válidas desde los ordenamientos jurídicos, a efectos de la resolución de los conflictos, no eran válidas para todas las mujeres. Esto debido a que el aparato punitivo es una herramienta que cae sobre los sectores más vulnerados de la sociedad, operando en base a indicadores de clase y

⁷⁰Arduino, Ileana (2020), op. cit. “*Conferencia "Claves feministas..."*”.

⁷¹Arduino, Ileana (2020), op. cit. “*Conferencia "Claves feministas..."*”.

raza, que también operan como opresión contra esas mujeres por sus otras intersecciones⁷².

Este contexto también es gestado en América Latina. En este sentido, Natalia Gherardi pone de resalto que la realidad de la región está atravesada por la desigualdad: altos índices de mortalidad materna y mortalidad infantil; desigual acceso a la salud, al empleo y a la educación de calidad; fuertes impedimentos para ejercer los derechos sexuales y reproductivos; diversas formas de discriminación, particularmente de las mujeres rurales, indígenas y afrodescendientes; y una violencia sexista que persiste aún con las herramientas legales implementadas ya en varios países (2017, p.282).

Así entonces, una primera conclusión se basa en que ninguna respuesta de los ordenamientos jurídicos se presenta como válida, sin recurrir a estrategias de conocimiento situado.

En este sentido, con respecto a los feminismos latinoamericanos, la autora mendocina Alejandra Ciriza (2015) indica que:

Los feminismos de nuestras tierras provienen de múltiples raíces, de experiencias diversas, contradictorias entre sí, de los jirones dispersos producidos por la dominación, la expropiación, la conquista, el sometimiento, la servidumbre y esclavitud, el borramiento de las trayectorias y resistencias de los/las nativas. (p.94)

Es clave la visión de los feminismos latinoamericanos porque se construyen desde un doble movimiento de recepción y diferenciación, ya que si los feminismos en general se posicionan a partir de la condición de alteridad respecto del sujeto masculino, para los feminismos de América Latina la alteridad se ve reforzada por las relaciones de predominio referencial del norte (Costa Wegsman, 2017, p.250).

La antropóloga Rita Segato (2018) advierte que la cuestión de género nunca puede ser considerada por fuera de un contexto más amplio. En sus palabras:

⁷²Arduino, Ileana (2020), op. cit. “*Conferencia “Claves feministas...”*”.

El hombre campesino-indígena a lo largo de la historia colonial de nuestro continente, así como el de las masas urbanas de trabajadores precarizados, se ven emasculados como efecto de su subordinación a la regla del blanco, el primero, y del patrón, el segundo -patrón blanco o blanqueado de nuestras costas ante el avance de la pedagogía de la crueldad, el hombre indígena se transforma en el colonizador dentro de casa, y el hombre de la masa urbana se convierte en el patrón dentro de la casa. (p.15-16)

2. Influencia de los movimientos feministas en el Derecho

En Europa, desde el siglo XVIII, han existido discursos feministas acerca de las ideas iluministas sobre la igualdad, el papel del Estado, la justicia, la libertad, la soberanía y la ciudadanía (Bodelón, 2009 en: Iglesias Skulj, 2019, p.134).

En estos inicios, los feminismos jurídicos promovieron reformas legales y la consiguiente incorporación de las mujeres al Derecho, bajo la creencia de que la igualdad era un modelo asequible para el acceso a la ciudadanía a partir de la sanción de leyes especiales (Iglesias Skulj, 2019, p.134).

Posteriormente se pone en relieve la falacia de la neutralidad que sustenta la política moderna y sus instituciones, revelándose la institución familiar como un epicentro conflictivo, y corroborándose que la condición subordinada de las mujeres se produce en primer lugar allí, justo donde la política no interviene, en el seno familiar; es decir, en el espacio doméstico, ámbito de lo privado. Estas ideas se conciben con fuerza y quedan magistralmente enunciadas durante la década del 70 con la consigna “lo personal es político” (Costa Wegsman, 2017, p.240).

Estas críticas iniciales apuntaban al principio de igualdad, promoviendo una reflexión acerca de las discriminaciones del Derecho androcéntrico (Iglesias Skulj, 2019, p.135). Es decir, la disyuntiva igualdad/diferencia es objetada en tanto que se asienta en la presuposición de igualdad que toma de referencia la “igualdad al varón”; hasta ese momento, los términos de esa disyuntiva no constituían una problemática, en tanto la postulación del varón como modelo de lo humano (Costa Wegsman, 2017, p.246). A partir de estas críticas es que surge lo que se denomina “feminismo radical” (Iglesias Skulj, 2019, p.133).

Es en ese momento cuando se propone el estudio de la aplicación e interpretación jurisprudencial de las leyes bajo un estatuto particular de la mujer, presentándose como alternativa al Derecho androcéntrico. Su representante más influyente, Catherine MacKinnon, abogaba por la disolución de la estructura individualista, naturalista, idealista y moralista del Derecho androcéntrico, en la cual la situación de la mujer, en el ámbito jurídico, se define mediante la opresión sexista. Desde esta toma de conciencia colectiva, se busca trascender las determinaciones del sistema de dominación (MacKinnon, 1983, p.637; 1995, p.187; en: Iglesias Skulj, 2019, p.135-136).

En la década del 90 los feminismos se concentran en las subjetividades, es decir, se hace notoria la influencia cada vez mayor de los estudios *queer*⁷³, de la diversidad sexual, de los feminismos negros, los lesbofeminismos y los enfoques decoloniales. Las producciones de los feminismos jurídicos cambian el foco de análisis y producción, poniendo el acento en la deconstrucción de los discursos jurídicos más que en la culminación de un pensamiento legal feminista (Costa Wegsman, 2017, p.247).

Estas concepciones permitieron el recorrido de un nuevo camino y continúan teniendo centralidad en los espacios académicos y militantes, y son cruciales para los análisis críticos del punitivismo (Iglesias Skulj, 2019, p.139).

⁷³ Partiendo de la pregunta ¿qué es el género?, Judith Butler señala que nos damos cuenta de que las normas sociales que constituyen nuestra existencia conllevan deseos que no se originan en nuestra individualidad. Así entonces la teoría *queer* se opone a aquellos que desean regular la identidad y establecer premisas epistemológicas prioritarias para quienes reclaman cierto tipo de identidad, insistiendo en que la sexualidad no se resume fácilmente ni se unifica a través de la categorización (Butler, 2004,14-22).

Así entonces, surge lo que se ha denominado la “transversalización e interseccionalidad de la perspectiva de género”. Para su conceptualización se va a seguir el análisis a la autora Alda Facio (2017):

Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya sea que se trate de legislación y su aplicación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles⁷⁴. La transversalización de la perspectiva de género no consiste simplemente en añadir un componente femenino ni un componente de igualdad entre los géneros a una actividad existente. Significa descolocar al hombre, varón, adulto, sin discapacidades evidentes, heterosexual, de una religión y etnia dominante como modelo o estándar de lo humano o como central a la experiencia humana, para poner en el centro de la experiencia humana al ser humano como es realmente, es decir, un ser que puede ser de diversos géneros, etnias, clases, edades, discapacidades, orientaciones sexuales. Todos/as igualmente diferentes las unas de los otros y ninguno/a más valioso/a o central que el/la otro/a. (p.317-318)

A su vez, esta transversalización de la perspectiva de género requiere de la interseccionalidad, es decir, que el género está unido de manera indivisible a otros factores que afectan a las mujeres, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género⁷⁵ (Facio, 2017, p.318).

Agrega Iglesias Skulj (2014), que justamente esta multiplicidad de factores que forman parte de la opresión deriva necesariamente en un cuestionamiento de la categoría de género y la perspectiva desde la cual se estudia. Y es la perspectiva interseccional la que los reconoce como variables que conducen a la opresión, socialmente estructuradas

⁷⁴ Esta primera aproximación a la definición es realizada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC). Página Centro de Información Judicial: <https://www.cij.gov.ar/nota-26575-La-transversalizaci-n-de-la-perspectiva-de-g-nero--un-enfoque-necesario.html#:~:text=Dos%20a%C3%B1os%20despu%C3%A9s%2C%20el%20Consejo,las%20pol%C3%ADticas%20y%20programas%20de>

⁷⁵ Recomendación Nro. 28 del Comité de la CEDAW.

por las relaciones de poder que operan de forma simultánea. Señala, además, que la criminología feminista latinoamericana, al momento de analizar la posición de la mujer, ya sea como víctima o como autora de delitos, debería ser capaz de visibilizarlas (p.212-215).

3. Diversas posturas ante el Derecho Penal

En líneas generales, las discusiones feministas sobre la criminalidad y el derecho penal se tensionan entre intervenciones que contemplan una mayor o más específica penalidad para ciertos delitos, y otras posturas cercanas a la corriente del abolicionismo penal. A su vez, estas tensiones no se posicionan sobre la norma penal en sí misma, sino en su confrontación con la experiencia género/mujeres (Costa Wegsman, 2016, p.245).

Di Corleto (2020) afirma que la administración de justicia no es estamento monolítico, sino que, por el contrario, conviven en ella diferentes miradas sobre el Derecho y la justicia. Y si bien no es un canal natural para resolver conflictos, y menos aún la única vía, es posible abrir una reflexión más amplia (p.210-211).

En relación a ello, Elena Lurrari (2018) advierte que en el medio existen numerosos colectivos feministas profundamente ambivalentes respecto de la intervención penal y los riesgos y costes de recurrir al sistema penal. Destacan, por sobre las campañas del “feminismo oficial”, que el recurso del sistema penal debe ser excepcional y tener en cuenta la escucha de las mujeres, que muchas veces acuden a este estando más interesadas en la protección que en el castigo mismo (p.68).

Por ende, siguiendo a la autora española, el punto de partida estará en una discusión conjunta sobre cuál es el umbral de gravedad a partir del cual determinadas conductas deben encauzarse a través del Código Penal y equilibrar la tensa relación entre buscar la protección del Estado y la conciencia de que este Estado es el responsable de la

situación desigual de las mujeres, y que toda intervención estatal conlleva también prejuicios (Ibid, p.69).

En Latinoamérica, las diversas posturas discurren por idénticos caminos. Autoras como Gladys Acosta Vargas (1999) sostienen que el Derecho Penal sustenta una innecesaria intervención ante problemas sociales que no pueden resolverse desde el enfoque punitivo. Se posiciona así a favor del Derecho Penal mínimo y agrega la necesidad de incorporar una justicia de género a dicho enfoque (p.627; en mismo sentido: Costa Wegsman, 2016, p.245-246).

Julieta Lemaitre (2010) indica bajo la expresión “la paradoja de la penalización”, que ese uso del Derecho Penal es un error del feminismo, ya que un movimiento emancipatorio no se debería aliar con el Estado en el ejercicio del poder punitivo; un poder que, por su estructura, no se puede ejercer sino en forma selectiva y necesariamente discriminatoria. La autora concluye que la idea no es rechazar de plano la reforma legal, sino ponerla en un contexto amplio de activismo y pensar que ha llegado el momento de evaluar no sólo sus resultados, sino también las dificultades para ponerla en práctica como estrategia de cambio social (Lemaitre, 2010, p.554-555; en mismo sentido: Costa Wegsman, 2016, p.245-246).

En todo caso, señala Agustina Iglesias Skulj (2019), las críticas al feminismo punitivo no deberían estar basadas exclusivamente en confrontar las reformas penales con los postulados garantistas del Estado liberal de Derecho, que problematiza la expansión del Derecho Penal. A su vez, tampoco se deberían reciclar ciertas estrategias de legitimación del poder punitivo en clave de género (p.142).

Elena Lurrari (2008) concluye en cuatro tópicos que deberían tenerse en cuenta ante las demandas de los grupos feministas y las respuestas del Derecho Penal:

Primero, que la eficacia de la intervención penal no puede medirse con criterios internos de número de denuncias, números de condenas o aumento de penas, sino que la intervención penal se defiende en cuanto alcanza y tiene efectos preventivos. En segundo lugar, habrá que superar la discusión sobre el papel que

tiene que cumplir el Derecho Penal en la lucha contra la violencia hacia las mujeres por la discusión acerca de qué tipo de intervención penal es más eficaz. El tercer tópico es la obstinación en no escuchar a las mujeres, pensando que de esta forma se las protege más, rechazando discusiones sobre cómo articular cauces para diseñar un sistema con mayor capacidad de respuesta. Por último, asumir que todos los casos de violencia contra las mujeres no tienen la misma gravedad; el Derecho Penal gradúa la severidad de su respuesta penal en función de la distinta gravedad del ataque al bien jurídico (p.262-263).

En nuestro país, las discusiones discurren conforme lo señalado por Ileana Arduino (2020), en dos posiciones:

Por un lado, una manera prejuiciosa que asocia toda forma de reclamo por la ineficacia de los sistemas penales frente a esta violencia como pura demagogia punitiva, sin atender la preexistencia de condiciones de impunidad selectiva que alcanzan este tipo de conflictos. Se encubren así razonamientos sexistas con invocaciones descontextualizadas de algunas versiones sesgadas de garantismo, que suelen encubrir razonamientos sexistas con ropaje de derechos, sin demasiado anclaje en datos concretos. (p.170)

Desde otro lado, reivindicaciones punitivas en nombre del feminismo que suelen condensarse en propuestas restrictivas de la libertad y centradas en el castigo de los agresores, incluso en delitos que conforme las reglas de admisión de tales mecanismos -monto de las penas/ausencia de antecedentes penales del acusado- son pasibles de ser gestionados con mecanismos alternativos al juicio, como es el caso de la suspensión de proceso a prueba. En este caso, cuando la racionalidad punitiva prima en la identificación de respuestas en nombre de la legitimidad de las demandas contra las violencias de género, suele confundirse tutela efectiva con juicio y sanción penal. (p.170)

En línea con estas conclusiones y la correlación con los fines y las funciones del Derecho Penal y las teorías de la pena, se exponen las ideas de la jurista italiana Tamar Pitch (2003).

En el año 2003, advertía que construir un problema (social) en términos de delito implica considerar que la respuesta penal es la más adecuada en base a tres objetivos, mutuamente interconectados: 1) la disminución de la extensión del problema, por medio de la amenaza del castigo y/o encarcelación de los responsables; 2) la asunción simbólica del problema como un “mal” universalmente reconocido y la consecuente legitimización de los imperativos e intereses del grupo reclamante como imperativos e intereses individuales; 3) el cambio de las actitudes y modelos culturales dominantes relacionados con el problema (p.135).

Estos tres objetivos refieren en términos generales a las teorías de la pena de prevención general y especial, y a las funciones del Derecho Penal de ordenamiento simbólico de los valores protegidos en una cierta colectividad y de ser un instrumento pedagógico (Ibid, 2003, p.136)⁷⁶.

Con relación al primer objetivo, es decir, aquel que refiere a las pautas de prevención general y especial, analiza la autora que implica una simplificación, tanto en el nivel cognitivo como en el político. Ello es así porque para que un problema sea criminalizado, debe ser definido precisa y rígidamente: “la violencia sexual será esto y no otra: es lo que el Derecho dice que es” (Ibid, 2003, p.136).

Por ello, en esta caracterización el Derecho Penal construye una relación entre dos categorías de sujetos, las víctimas y los culpables, a la vez que define los criterios para identificación de los unos y los otros. Además de esta simplificación cognitiva conlleva una simplificación política, en el sentido de simplificar un asunto de política social, económica, etc., a un asunto de la Justicia Penal. La consecuencia es que si la responsabilidad penal es personal, criminalizar un problema significa imputar a individuos claramente identificables, con la consecuencia de que solo estos se volverán responsables del problema (Ibid, 2003, p.136-137).

⁷⁶La autora las refiere como “tres funciones más comúnmente atribuidas a la Justicia Penal” (2003, p.136). A efectos de seguir la misma metodología enunciada en el Capítulo II de la presente tesis es que se distingue entre teorías y funciones.

En relación a los otros objetivos, Tamar Pitch (2003) indica que, mientras los movimientos de mujeres hicieron uso del discurso del Derecho Penal por sus supuestas funciones simbólicas y pedagógicas, otros grupos fueron capaces de desplazar la discusión hacia la necesidad de mayor represión o de una mayor intervención institucional en la esfera privada (p.138-139).

En trabajos posteriores, la jurista italiana advierte que la relación entre el sistema jurídico penal y la recurrencia a las demandas de criminalización o al potencial simbólico del Derecho Penal no es una elección solamente de los movimientos feministas, sino que la extensión propia del Derecho Penal ha desembocado en una creencia de que la única manera de legitimarse como sujetos políticos, de tener voz, es autodefiniéndose como “víctimas”. En el ámbito de las violencias masculinas contra las mujeres, condujo a una parte del feminismo a ser utilizada en el marco del Estado neoliberal, lo que significa no solo un determinado modo de concebir el individualismo, sino también la fragmentación del movimiento en una pluralidad de reivindicaciones de identidad (Ibid, p.21).

Acentúa que, por más que los instrumentos internacionales y los movimientos de mujeres insistan en una lectura más compleja de la violencia de género, lo que termina siendo reconocido por las políticas es la vertiente “delictiva”, cuya solución reside únicamente en la Justicia Penal (Ibid, p.23)

Desde este punto de vista, advierte que la pena responde a su carácter retributivo, lo que se manifiesta de modo explícito en sistemas donde no se conceden penas alternativas (aunque se den los requisitos legales) porque las víctimas no están de acuerdo. Además tiene casi ninguna eficacia preventiva, lo que genera un constante sentimiento decepcionante, en tanto fracaso de la idea de que la seguridad es un asunto exclusivo de la Justicia Penal (Ibid, p.23).

Concluye Tamar Pitch (2012) que este escenario simplificado, que propone el esquema binario “dominantes-dominadas” y “verdugos-víctimas”, excluye todo aquello que no se identifica con el repertorio de lenguajes, símbolos e imágenes del sistema penal (p.25).

Continúa asegurando que estas premisas, en modo alguno determinan que la Justicia Penal no deba intervenir; sino posicionarnos a través de la relegitimación de la Justicia Penal, reconociendo las subjetividades de las mujeres y no desde reduccionismo en clave de grupo social identificado como débil y vulnerable al que el Estado debe proteger/tutelar. De esta manera se hace necesario cambiar radicalmente la cultura jurídica dominante, tratando en primer lugar de poner a disposición otras respuestas estatales, medidas que involucren la libertad de denunciar respetuosa de la autonomía de las mujeres, apoyos económicos, sociales, culturales, además de la protección de su seguridad y la de sus hijos (Ibid, p.25).

Si la Justicia Penal actúa, adecuadamente reformada y resignificada, se le reserva su propio deber: prevenir esta violencia mediante la amenaza de pena, procesar y condenar a los autores y proteger a las víctimas (Ibid, p.26).

4. Conclusión preliminar

Se parte de una afirmación realizada por Elena Lurrari (2008) al reconocer que no todo puede ser resuelto por el sistema penal. Pero cuanto menos, si este interviene, debiera tener como principio rector que su intervención no debe empeorar la situación de las mujeres (p.248).

Primero, por la paradoja en relación a los fines preventivos, el Estado alienta las campañas de protección y fomento de denuncias penales, pero brinda respuestas ineficaces aún en casos de muy diversa gravedad (Ibid, p.173).

Segundo, por la propia estructura institucional del sistema penal, que conlleva a procesos penales, cualquiera sea su etapa, ausentes de perspectiva de género. Estas prácticas, por parte de los/as operadores/as judiciales, conllevan a acciones y omisiones revictimizantes (revictimización secundaria), expulsando a las mujeres del mismo sistema

que supone protegerlas, y produciendo un incremento en la aflicción y en el daño producto de la victimización primaria (Piqué, 2017, p.320).

Tercero, porque el reclamo punitivo trae aparejada una respuesta selectiva, no solo en la respuesta punitiva demagógica hacia determinados agresores varones y la impunidad ante otros, sino también hacia las propias mujeres en su carácter de acusadas, ya que el objetivo de la respuesta punitiva es el disciplinamiento. Ejemplos de esta última afirmación lo constituyen intervenciones penales en cualquier etapa del proceso basadas en estereotipos de género; la buena esposa, como garante de la moralidad de la familia; la buena madre, que todo lo sabe y todo lo puede en contextos de delitos cuyas víctimas sean sus hijos/as ya sea por tipo omisivo o comisivo (Hopp, 2017, p.16-17); la mujer irracional y violenta, en el tratamiento de los eximientes de responsabilidad penal, principalmente cuando resultan imputadas por homicidios contra sus parejas varones en contexto de violencias y agresiones continuas, en particular, la legítima defensa (Correa, 2020, p.47).

En cuarto lugar, los lineamientos del Derecho Penal, pensados y situados desde la mirada de género, deben partir de una interrelación e integración con las demandas de los grupos feministas. No solo desde los avances legislativos en clave de la tipificación de figuras penales, sino también y principalmente, en términos de garantía efectiva de sus derechos y acceso a la justicia. Para ello es indispensable el diálogo continuo con los movimientos feministas y la formación de quienes sancionan las leyes, como también de quienes las aplican.

Enlazando estas ideas, con la función de la misión del Derecho Penal descrita al comienzo del capítulo, esto es, la protección de bienes jurídicos por parte del Estado, noción que debe ser integrada con un concepto de delito que no se subsuma como un hecho individual -con lo cual bastaría que el autor de un delito responda de un modo exclusivo para repararlo-, sino que también es un hecho social que denota defectos y desequilibrios en la estructura de la sociedad donde se produce (Silva Sánchez, 2018, p.237).

El punto de partida de la interrelación del Derecho Penal y los reclamos de los movimientos feministas se encuentra en la comprensión integral de las violencias contra

las mujeres y la interacción con la realidad cotidiana, esto es, la *praxis* en la aplicación del Derecho Penal.

Desde este posicionamiento, la imposición judicial de una sanción condenatoria como última consecuencia concreta y mensurable hacia un/a autor/a de un delito, es donde el juez/a posee mayor discrecionalidad y, por tanto, no pueden infiltrarse razonamientos sesgados por prejuicios y estereotipos de género.

CAPÍTULO IV: DETERMINACIÓN DE LA PENA CONCRETA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

En el desarrollo de los capítulos anteriores, se han analizado los Derechos Humanos de las mujeres; en particular, la consecuencia por parte de los Estados de garantizarlos mediante una obligación de debida diligencia reforzada. Se ha analizado desde el sistema del Derecho Penal, los fines, funciones y teorías de la pena, y particularmente a través de la perspectiva de la prevención general; cómo se estatuye este como mecanismo que, mediante la imposición de una pena, produce la estabilización de normas, desde su faz comunicativa.

También se ha analizado, desde una perspectiva de los movimientos feministas, el impacto del sistema penal en contextos de lucha contra las violencias hacia las mujeres; ya sea desde un punto de vista abstracto, en el sentido de utilización de herramienta legal, como también desde lo concreto, en la *praxis* diaria y cotidiana de este Derecho.

Así entonces se llega a este último capítulo, en el que se abordará el objeto principal de esta tesis, que interpela desde una perspectiva de género/mujeres, las pautas establecidas por los arts. 40 y 41 del C.P., las que deben estar contenidas en las decisiones jurisdiccionales y fundamentadas desde esa perspectiva.

La importancia de esta propuesta está vinculada con dos aspectos del proceso de la determinación judicial de la pena.

El primer aspecto refiere al ámbito de discrecionalidad que tienen los/as jueces/as al momento de fundar la individualización de una pena, en tanto elección de los factores o pautas que tienen en cuenta para agravar o atenuar una pena concreta.

Esta discrecionalidad a su vez será analizada desde dos perspectivas. Por un lado, desde el deber de fundar jurídicamente cualquier decisión, lo que responde a un principio general que involucra la motivación de los actos jurisdiccionales, y en mayor medida, cuando se trata de imponer la máxima injerencia estatal a una persona, una pena. Este deber no se cumple con el hecho de que el Tribunal exprese desde su íntima convicción que ha ponderado razones que justifican su decisión; lo que conlleva la introducción de elementos irracionales a una decisión jurisdiccional (Ziffer, 2013, p.27-28). Por otra parte, esta fundamentación debe ser bajo una perspectiva de género, libre de sesgos y estereotipos que sirvan de basamento para agravar o atenuar penas, tanto cuando resulten condenados varones por causas contextualizadas en violencias contra las mujeres, como cuando resulten condenadas mujeres.

El segundo aspecto, se relaciona con la propia técnica legislativa del Código Penal Argentino que, en términos generales, divide las sanciones penales en dos clases de penas: relativas y absolutas.

Las penas relativas están determinadas por un marco legal, donde se indican los montos mínimos y máximos de los que dispone el/la juzgador/a para aplicar la sanción concreta. Los art. 40 y 41 del Código Penal establecen pautas para agravar o atenuar la pena dentro de un marco de mínimos y máximos. Sin embargo, estos artículos no establecen la naturaleza agravatoria o atenuante de las pautas, por lo que pueden ser utilizados indistintamente. (Ziffer, 2013, p.116; en el mismo sentido: D'Alessio, 2011, p.638).

Resalta Patricia Ziffer (2013) que esta estrategia legislativa sacrifica el valor de la previsibilidad del marco penal por el valor de la individualización judicial de la pena en cada caso concreto, pudiendo el/la juzgador/a valorar una cantidad considerable de posibilidades enmarcadas en estas pautas de mensuración nombradas por los arts. 40 y 41 del Código Penal (p.33).

Por otro lado, el Código Penal Argentino regula penas absolutas respecto a delitos cuya única sanción previsible es la prisión perpetua⁷⁷. En estas penas, la estrategia legislativa pone el acento en la previsibilidad del marco legal, más acorde con el principio de legalidad. Sin embargo, el costo de su aplicación es muy alto, el juzgador/a ya no analiza particularidades del autor o del hecho concreto (Ziffer, 2013, p.34).

Como el objeto principal de esta tesis es interpelar, desde una perspectiva de género/mujeres, las pautas que fundamentan las decisiones jurisdiccionales al fijar una cuantía exacta de pena, se reconocen dos limitaciones propias del campo de delitos a analizar: 1) únicamente hechos típicos sancionados con penas relativas; 2) delitos sancionados con penas relativas que involucren violencias contra las mujeres.

Así entonces, conforme el campo de análisis propuesto se realiza la siguiente clasificación enunciativa:

En primer lugar, todas las figuras penales de tentativas de los delitos de femicidios, es decir, aquel homicidio de una mujer cuando sea cometido por un hombre y mediare violencia de género (art. 80 inc. 11). En valoración integral y armoniosa del cuerpo normativo nacional e internacional, a partir de la definición realizada por la Convención

⁷⁷ La sanción de prisión perpetua esta receptada en el ordenamiento jurídico argentino respecto a: los delitos de homicidios agravados (regulados por el art. 80); para los delitos de abuso sexual seguido de muerte (art. 124); delito de privación ilegítima de la libertad seguida de muerte (art. 142 bis penúltimo párrafo); delito de tortura seguido de muerte (art. 143 ter), delito de muerte intencional en secuestro extorsivo (art. 170) y el delito de traición a la patria agravada (art. 215). A su vez los alcances de esta pena deben ser integrados con el art. 13 del mismo ordenamiento jurídico, en tanto posibilita la libertad condicional al cumplir 35 años de condena, no obstante las limitaciones que posteriormente se han realizado en el ámbito de la ejecución de la pena. Más allá de compartir el análisis crítico de este tipo de penas, su análisis excedería el objeto del presente trabajo.

Belém do Pará, que incluye toda violencia dirigida contra las mujeres en razón de su género (Toledo, 2017, p.252), nuestra legislación del femicidio incluye:

- 1) “Femicidio íntimo”, esto es, los homicidios de mujeres cometidos por sus ascendientes, descendientes, cónyuges, ex cónyuges, parejas, ex parejas, mediando o no convivencia y mediare violencia de género (art. 80 inc. 1 y 11 C.P.).
- 2) “Femicidio no íntimo”, es decir, todas las muertes de mujeres que se producen como consecuencia de la discriminación estructural que las afecta, sea cual sea el ámbito en que se produzcan (Toledo, 2017, p.240). Es decir, cuando la muerte lo es contra una mujer, cometida por un hombre desconocido con quien la víctima no tenía ningún tipo de relación (por ejemplo el delito de muerte seguida de una agresión sexual regulado por el art. 124 del C.P.)⁷⁸.
- 3) “Femicidio sexual sistémico” ya sea desorganizado u organizado, aludiendo a la muerte de mujeres que son previamente secuestradas, torturadas y/o violadas, ya sea por redes de particulares o como consecuencia de un terrorismo de Estado⁷⁹.
- 4) Los homicidios por odio de género, a la orientación sexual, identidad de género o su expresión (art. 80 inc. 4 del CP), por ejemplo, homicidios de mujeres lesbianas o bisexuales, *queer*, de mujeres transgénero o transexual, o cuando se produzca la muerte de una mujer por rechazo a su origen étnico, racial, o sus rasgos fenotípicos⁸⁰.

⁷⁸ Modelo de Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio) ONU MUJERES, p. 17.

En: <https://www.ohchr.org/documents/issues/women/wrgs/protocololatinoamericanodeinvestigacion.pdf>

⁷⁹ Op cit. “Modelo de Protocolo...”, p.18.

⁸⁰ Op cit. “Modelo de Protocolo...”p.18.

- 5) “Femicidios vinculados”, cometidos con el propósito de causar sufrimiento a una mujer con la que se mantiene o ha mantenido una relación de pareja y se busca causar su sufrimiento (Toledo, 2017, p-250-251).

En segundo lugar, las figuras penales conminadas con penas relativas que expresamente contengan la aplicación de las agravantes antes referidas por remisión al art. 80, como serán los casos de los delitos de lesiones dolosas (leves, graves y gravísimas, art. 92); delitos de abuso y agresión con arma (art. 105), etc.

En tercer lugar, cualquier delito previsto en la parte especial sancionado con penas relativas, que tenga como víctimas a las mujeres y sea cometido contra ellas por su género y que impliquen e impacten en los parámetros normativos de la ley 26.485 y el bloque de tratados internacionales.

En cuarto lugar, cualquier delito previsto en la parte especial sancionado con penas relativas, que tenga como autoras a mujeres. Aquí es en su gran mayoría, donde la etapa de mensuración de la pena, está basada en criterios aleccionadores fundados en estereotipos y perjuicios de la “buena mujer”.

Por último, cabe aclarar, a efectos metodológicos, que el presente capítulo refiere los términos “individualización judicial de la pena”, “mensuración de la pena”, “medición de la pena”, “determinación concreta de la pena”, en forma indistinta, ya que son términos que se utilizan en la *praxis* judicial⁸¹.

1. Arbitrio judicial

⁸¹ Autores como Demetrio Crespo (2019) resaltan que existe una diferencia conceptual entre determinación legal de la pena e individualización judicial (p.21). Así el primer término refiere a aquella que realiza el legislador quien determina en abstracto las penas correspondientes a los delitos, fijando penas máximas y mínimas para cada delito, conforme a la gravedad del mismo, colocando a disposición del juez un espacio de juego (*Spielraum*), o marco penal (*Strafrahmen*). Mientras que la “individualización judicial de la pena” será aquella que realiza el juez, quien asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto dentro del marco ofrecido por el legislador. (p.21-22).

Si concebimos la individualización de la pena como un proceso racional, el juez carga con la obligación de explicitar cuáles son las razones o los motivos que justifican la decisión adoptada, ya que no existe en el ámbito de un sistema republicano de gobierno ninguna decisión judicial cuya justificación no pueda ser explicitada de modo argumentativo en la sentencia, de lo contrario devendría en un acto arbitrario (Besio Hernández, 2011, p.25).

Es coincidente la doctrina en afirmar que la discrecionalidad del/la juez/a en la fijación de la pena no implica en modo alguno la no fundamentación, sin embargo la práctica judicial nos indicará lo contrario. Dos son los argumentos: en primer lugar, una circunstancia más o menos obvia, en relación a que el autor de un delito debe conocer los motivos de la cuantía de su condena; en segundo lugar, la posibilidad de control de la decisión por medio de un recurso ante un órgano superior al de sentencia.

Agregándose a estos argumentos, que frente a la discrecionalidad y arbitrariedad, paralelamente están los límites específicos mencionados por el Código Penal. El primero, surge del marco legislativo, el valor proporcional de la cuantía abstracta de un marco penal es proporcional a la intensidad del valor de protección de un bien jurídico en relación a otro (Ziffer, 2013, p. 36- 37).

Por otra parte, de las pautas de los arts. 40 y 41 del Código Penal Argentino, surge una enumeración no taxativa. Es decir, el Tribunal puede adoptar estas pautas u otras relacionadas al hecho, pero siempre interrelacionadas con otros principios del Derecho Penal en su conjunto, tales como el principio de razonabilidad del proceso, el principio de legalidad (Ziffer, 2013, p.33); o bien los fines del Derecho Penal, más concretamente, los fines de la pena (Demetrio Crespo, 2019, p.25).

No obstante lo señalado, los límites a la discrecionalidad y arbitrariedad están lejos de concretarse en la experiencia cotidiana judicial. Expresa Patricia Ziffer (2013), que la individualización judicial de la pena es la etapa donde existe menos acuerdo, principalmente en relación a cuáles son los factores relevantes y cómo estos deben ser valorados al momento de la respuesta punitiva, ya que operan valoraciones de muy diferentes clases, que responden incluso a intereses contrapuestos: los del autor, los de la víctima, los de la sociedad interesada en la afirmación de sus normas (p.32).

Claro está, que los propios fines de la pena dan ciertos baremos en relación a las limitaciones jurisdiccionales: en qué momento y con qué intensidad operarán en las diferentes etapas de la intervención del sistema penal, constituyéndose como claves para la dirección valorativa de los factores reales que concurren en la individualización de la pena (Demetrio Crespo, 2019, p.69).

En este sentido, retomando las ideas de las teorías dominantes de las legitimaciones de la pena⁸², se han descrito la concurrencia de tres fines político-criminales, que se corresponden a las tres fases de la pena, aunque la separación no es tajante ni mucho menos estática: a) conminación legal abstracta: prevención general negativa; b) imposición y determinación de la pena en el proceso penal (aplicación judicial): pena adecuada a la culpabilidad que limita los fines preventivos-generales y preventivos-especiales y, sobre todo, en caso de criminalidad mediana y leve, prevención especial; c) ejecución de la pena: prevención especial entendida como resocialización (Feijoo Sánchez, 2017, p.219-220).

Cuando estos fines llevan a consideraciones contradictorias e incompatibles en la fijación de la pena concreta, surge lo que se conoce como “antinomía de los fines de la pena”, principalmente palpable al momento de establecer una relación entre la determinación de la pena y ejecución de la pena, ya que el/la juez/a se enfrentará, en algunas ocasiones, con penas demasiado cortas o demasiado largas. Esto produce una

⁸² Analizadas en el Capítulo II del presente trabajo

perturbación en la relación del autor de un delito y la sociedad, ya que la determinación realizada jurisdiccionalmente parece marcada por criterios de retribución de culpabilidad, la ejecución por criterios de resocialización (Demetrio Crespo, 2019, p.71-72).

1.1 Aproximaciones a reglas que establezcan precisión en la etapa de individualización judicial de la pena

Ante el reconocimiento en la práctica del arbitrio judicial o la mayor o menor discrecionalidad de los/as jueces/as, la autora alemana Tatjana Hörnle (2003) es categórica en su crítica. Afirma que la discreción que tienen los jueces al momento de imponer una sanción resulta desproporcionada frente a tanta energía que se ha invertido para construir fundamentos teóricos para cualquier área de la ley sustantiva. Por ello considera la importancia de teorías dogmáticas de la determinación de la pena para el trabajo diario de los/as jueces/as, ya que el resultado de las sentencias es, en definitiva, lo más trascendente para los sometidos a un proceso penal (p.35).

Silva Sánchez (2007), se suma a esta crítica a la dogmática. Indica que la determinación de la medida de una pena concreta se manifiesta como un ámbito en el que inciden no sólo argumentos relativos al hecho delictivo cometido, vinculados a las reglas dogmáticas de imputación, sino también argumentos asentados directamente en las teorías de los fines de la pena; principalmente, principios político-criminales generales. Por ende, se debería conformar algo así como una materia-puente donde se combinarían ambas argumentaciones, que debieran ser canalizadas por vía dogmática (p.3-5).

Es decir, desde la dogmática penal, la teoría del delito se configurará como un sistema de reglas que permiten establecer con mayor seguridad el sí o no del merecimiento y necesidad de la pena. Mientras que la teoría de la determinación de la

pena implicará el establecimiento del *quantum* de su merecimiento y necesidad (político-criminal de la pena) (Silva Sánchez, 2007, p.6; en el mismo sentido: Hörnle, 2003, p.69).

Desde la dogmática se han propuesto diversas teorías de determinación de la pena. Se advierte la importancia de referir a algunas de ellas, al menos en términos genéricos. A estos efectos, se seguirá el desarrollo crítico expuesto por la autora alemana Tatjana Hörnle.

En primer lugar, la “teoría del ámbito de juego” parte de la premisa de que no es posible determinar con precisión qué pena es proporcional al autor de un delito. Por lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán estableció que, no obstante esta imposibilidad, existe una gama de alternativas válidas para determinar la entidad de la culpabilidad que se va a adecuar a cada delito en particular (Hörnle, 2003, p.23).

Por ende, será el/la juzgador/a, al momento de la individualización judicial de la pena y dentro de ese marco global, quien pueda realizar la determinación del *quantum*, utilizando criterios preventivos generales y especiales (Ibid, 2003, p.24).

Sostiene Hörnle (2003) que los jueces menos adeptos a la teoría de la prevención general pueden valerse de criterios preventivo-especiales; en este caso, no deberían escoger una pena demasiado leve, a fin de que sea apropiada al delito en particular. Mientras que aquellos jueces que deseen penas acordes a la gravedad del delito, las pueden determinar sobre el máximo y el mínimo de pena permitido. En tanto, quienes sostengan que la prevención de delitos futuros es el objetivo de la ley penal, también pueden hallar espacio en penas más leves adaptadas a las necesidades del autor del delito (p. 26-27).

Las principales críticas provienen de dar vía libre a los jueces, a riesgo de que plasmen sus ideas personales sobre prevención y, de esta forma, elijan penas bajo

creencias subjetivas e intuiciones personales, sobre las cuales se asentarían las decisiones legales (Hörnle, 2003, p.27).

En el mismo sentido, Patricia Ziffer (2013) indica que subyace una imposibilidad al momento de especificar cuáles son los límites de ese marco o ámbito de juego, por lo que su crítica se vincula íntimamente con la noción de discrecionalidad y la consecuencia de una imposibilidad de revisión por Tribunales superiores, a excepción de aquellos casos en los que el monto de la pena sea desproporcionada en forma evidente e intolerable (p.50).

En segundo lugar, la “teoría de la pena puntual” establece que el autor de un delito no debe ser culpado de más y, por ende, no debe ser aplicada una sanción punitiva mayor que aquel límite garantizado por la gravedad del delito (Hörnle, 2003, p.29).

La teoría parte del presupuesto de que la culpabilidad es una medida fija y determinada; entonces, la pena correcta sólo podría ser una. Pero no se trata de una fórmula que pueda ser determinada matemáticamente (Ziffer, 2013, p.51).

Esta teoría ha sido desarrollada principalmente en Estados Unidos e Inglaterra, y se podría afirmar que se trata de “una alternativa más convincente a la teoría del ámbito de juego” (Hörnle, 2003, p.29); aunque existen puntos de similitud entre ambas (Ziffer, 2013, p.51).

En concreto, el/la juez/a parte de la pena adecuada a la culpabilidad según su parecer (pena puntual) y posteriormente la modifica en favor de los otros fines penales. En esa actividad solo puede apartarse de su punto inicial mientras la pena siga manteniendo, con su fundamento, una relación interna que sea aceptada como tal por la comunidad jurídica, esto es, la individualización de la pena como acto de configuración social (Ziffer, 2013, p.51).

Las críticas a esta teoría provienen del hecho que, en el proceso de determinación de la pena, si bien se daría una proporcionalidad en un sentido formal de justicia debido a que los autores de los delitos serían tratados de igual manera con respecto a la seriedad relativa de su delito, no se daría una proporcionalidad real. Esto sucede porque la demanda de un sistema de penas más humano no es idéntica a la demanda de una justicia formal. Ejemplo de ello es cuando el autor de un delito es anciano/a o enfermo/a, la proporcionalidad de la pena también debería ser menor, porque el impacto del cumplimiento será distinto (Hörnle, 2003, p.30-3).

Concluye esta autora, que no basta recurrir a estas teorías sino se cuenta con un sistema de determinación de la pena que se esfuerce por combinar humanidad y justicia para todos los/as autores/as de delitos (Ibid, 2003, p.32).

En tercer lugar, se encuentran las “teorías de la proporcionalidad con el hecho”, cuya premisa parte de una valoración retrospectiva del hecho como fundamento de la medición de la pena, ya que únicamente se impone como pena adecuada, aquella que únicamente este orientada por la gravedad del hecho y al grado de culpabilidad el autor (Ibid, 2003, p.45-49).

Advierte Silva Sánchez (2007) que para lograr el cometido de una individualización dogmática de la pena se deberían abordar todas las variables fácticas contenidas en los diferentes hechos concretos que realizan el tipo penal, cuya sistematización conlleva una enorme complejidad. No obstante, advierte que es la más próxima a una teoría de la pena. Empero, aun partiendo de la hipótesis de que fuera una sola la individualización jurídicamente correcta, son inevitables ciertos márgenes de plausibilidad. Y, en este caso, la proporcionalidad no podrá establecerse en términos absolutos sino relativos, dando lugar a un sistema comparativo de diversos casos más y menos graves (p.5-6).

Evidentemente la referencia de proporcionalidad al hecho suscita preguntas en relación al concepto de injusto y al de culpabilidad (Silva Sánchez, 2007, 8-9; en mismo sentido: Hörnle, 2003, 50-51).

Siguiendo a Silva Sánchez (2007), el proceso de individualización de la pena debe partir, por un lado, de un concepto real de injusto que acoja el concepto ideal comunicativo. Es decir, la esencia del injusto penal que radica en el no reconocimiento del Derecho, entendiendo a éste último, ya no como orden abstracto, sino comprendiendo la relación jurídica con la víctima o la sociedad. Y, por otro lado, de un concepto empírico del injusto, vinculado a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido en el que se integran los elementos subjetivos (p.10-11).

Por otro lado, el juicio de culpabilidad, entendiéndola como culpabilidad por el hecho antijurídico, no puede incrementar el merecimiento de pena ya alcanzado con la realización del hecho, sino, en su caso, excluirlo o disminuirlo (Silva Sánchez, 2007, p.9; en mismo sentido: Hörnle, 2003, p.73-74).

1.2 Injusto penal y culpabilidad en relación a la perspectiva de género

Es la determinación de pena abstracta, el marco penal típico que debe ser tomado como punto de partida. Demetrio Crespo (2019) señala que este marco genérico representa la cantidad de pena que el Estado considera lícito y necesario atribuir a la comisión de la conducta descrita en el tipo penal, es decir, como decisión político-criminal en la que se ve reflejada la gravedad que se atribuye a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico de que se trate en un momento determinado (p.351).

Por ende, en el proceso de individualización judicial el/la juez/a puede recorrer este marco en uso de su discrecionalidad, del cual dispone tras haber tenido en cuenta los distintos factores establecidos por la ley (Demetrio Crespo, 2019, p.352).

El proceso de individualización de pena concreta estará constituido por la gravedad del hecho y su significado para el ordenamiento jurídico trasgredido, así como

por el grado de culpabilidad del autor. Mientras que el componente de resultado comprende la medida del injusto culpable (“desvalor del resultado”), el componente de acción comprende la medida de la reprochabilidad del autor (“desvalor de acción”) (Ibid, 2019, p.308-309).

Toda norma de comportamiento representa una coordinación de determinados intereses contrapuestos. Por un lado, la libertad general de acción del destinatario de la norma; por otro, bajo qué condiciones se ve restringida la libertad general de acción en consideración del interés protegido. Por tal razón, el reproche de culpabilidad únicamente debe ser entendido como un reproche puramente jurídico (Kindhäuser, 2011, p.219-221).

En la misma línea, pero en relación a los tipos penales que implican violencias contra las mujeres en razón de su género, la autora Marcela Abadía Cubillos (2018) indica que el reproche de culpabilidad no puede utilizar una concepción mecanicista, ya que la necesidad de protección punitiva para conductas típicas que involucren violencias machistas, debe considerar que la necesidad de la pena y la concepción de los bienes jurídicos que se pretende regular requieren un esfuerzo más profundo acerca del cuándo, cómo y por qué castigar; que neutralice los efectos perversos que el sistema penal produce, dada su naturaleza intrínseca selectiva (p.99). A lo que se agregaría que esta naturaleza intrínsecamente selectiva del sistema penal, no sólo opera respecto a los varones sino también contra las mujeres que transitan los procesos penales.

En otras palabras, la justificación feminista de protección penal contra las violencias machistas, como bien jurídico cuya transgresión culpable merece pena, no puede caer en la misma trampa de ilegitimidad de partir de juicios valorativos absolutos respecto de un sujeto universal masculino, porque se deja por fuera cuestionamientos más profundos entre las relaciones de violencia y castigo, y las diferentes aristas que las atraviesan (Abadía Cubillos, 2018, p.100).

Integrando estas ideas, la magnitud de un injusto penal no sólo depende de la jerarquía del bien jurídico afectado. Como señala el autor español Silva Sánchez (2012),

si bien la teoría de los bienes jurídicos se convierte en un factor determinante en la legitimación de la intervención punitiva del Estado, también abre camino, como criterio de legitimidad, a una visión, adecuada a los tiempos y a los lugares, sobre el merecimiento y la necesidad de pena, en términos de proporcionalidad, ante la vigencia de la protección penal que de un bien jurídico que le da contenido a una norma (p.503).

Tal como se encuentra concebido el modelo social actual, la pena tiene una dimensión comunicativa/contrafáctica, pero también encierra elementos cognitivos el “dolor penal”. En sus palabras:

Para explicar el dolor, es preciso salir del plano de la comunicación ideal. Fuera de él aparece la persona “real” [...] Frente a la persona real, con la que se relaciona el Derecho “real”, tiene todo el sentido el dolor propio de la pena [...] La imposición del “dolor penal” tiene, por tanto, el fin de producir confianza real que algunos sujetos se abstendrán de delinquir. Sin embargo, para producir confianza fáctica en las víctimas potenciales es necesario que la pena produzca miedo o convicción en los autores potenciales (esto es, que cumpla un fin de prevención general disuasoria). Algo que, sin embargo, debe tener lugar en el marco de lo proporcionado al daño producido por el delito (Ibid, 2012, p.497-498).

Siendo así, la determinación de una pena concreta deberá demandar, en el sentido de responsabilidad institucional de administrar justicia de los/las jueces/as, la incorporación de perspectiva de género, el entendimiento de la lesividad del hecho como una lesividad comunicativa y también fáctica. En palabras de Abadía Cubillos (2018):

Implicar remover construcciones sociales con tendencias patriarcales, que inciden en los ámbitos de protección penal en los que se basan los injustos típicos y las teorías tradicionales del bien jurídico como fundamento del derecho penal (p.53).

En este trabajo no se va a profundizar en distintas posturas sobre las valoraciones del injusto o de la culpabilidad porque excederían el objeto propuesto, no obstante entender necesario la exposición de estos lineamientos generales.

2. Proceso de individualización judicial de la pena

En el sistema jurídico actual, la individualización judicial de la pena es el acto - complejo- mediante el cual el/la juez/a fija las consecuencias de un delito (Ziffer, 2013, p.23).

Como se mencionó, el punto de partida es el marco abstracto de pena, determinado por el ámbito legislativo, estableciendo para cada norma el valor proporcional conforme la importancia y la jerarquía de la prohibición, es decir, cuál es la posición de un bien jurídico en relación con otros.

A partir de allí, el/la jueza identificará los criterios que deben orientar la decisión y la fijación de las circunstancias que serán tenidas en cuenta, y cuáles serán descartadas, conforme lineamientos de pautas enunciadas por el art. 40 y 41 del Código Penal Argentino (Ziffer, 2013, p.24).

La identificación y alcance de estos criterios que sirvan de fundamento al proceso de individualización de la pena deben ser respetuosos desde un enfoque de Derechos Humanos y una perspectiva de género.

2.1 Reglas preliminares en el proceso de individualización judicial de la pena

El Código Penal sigue una sistematización a partir de marcos penales que, en cuanto a su gravedad y extensión, están prefijados en función a la naturaleza e importancia del bien jurídico tutelado. Es decir, que se parte de la protección de los intereses de naturaleza individual más trascendentes (tales como la vida, integridad psíquico-física, libertad, etc.), por lo que el grado o intensidad de lesión de estos bienes jurídicos son significativos a la hora de evaluar la razonabilidad de la reacción estatal al momento de determinar la cuantía de una pena en concreto (Abosso, 2016, p.153).

Remarca Abosso (2016) que la mayor gravedad del injusto está determinada por la calidad y la importancia de los bienes jurídicos en juego, y desde esos presupuestos la necesidad de imponer una pena más grave. En ese péndulo de la determinación de la pena, la prevención general está orientada a la confianza en el ordenamiento jurídico como medio eficaz para mantener la paz jurídica (p.152).

En un Derecho Penal de acto sobre la comisión de un injusto penal habrá de edificarse el grado de culpabilidad del autor (Abosso, 2016, p.154-155). Dicho en otras palabras, el hecho es decisivo no sólo para considerar la posibilidad de una pena, sino para que la pena se adecue al hecho cometido (Ziffer, 2013, p.120)⁸³.

⁸³ El art. 19 de la Constitución Nacional (CN) determina el Derecho Penal de acto y, a su vez, el claro rechazo de un Derecho Penal de autor, de carácter o de personalidad. Por otra parte, el art. 18 de la Carga Magna establece que a ningún habitante se le podrá aplicar una pena que no esté fundada en una ley anterior al hecho.

Ante la gravedad de este hecho concreto, deberá valorarse seguidamente el grado de ejecución del delito (consumado o tentado), el grado de participación (autor, partícipe, etc.), la naturaleza del acto (acción u omisión), los medios empleados para ejecutarlo (tiempo, lugar y modo), la mayor vulnerabilidad o indefensión del objeto de protección de la norma, y las demás pautas contenidas en los art. 40 y 41 del Código Penal Argentino (Abosso, 2016, p.155).

En resumen, el ordenamiento jurídico brinda marcos penales abstractos que indicarán el valor proporcional de la pena, en tanto intensidad de protección de los bienes jurídicos, ofreciendo margen de razonabilidad para que el/la juez/a, al individualizar la pena concreta, argumente únicamente en relación con el mínimo y el máximo del delito que se trate y no en términos numéricos arbitrarios (Ziffer, 2012, p.41).

Esta argumentación, a modo de ejemplo, consiste en que la condena de un año de prisión no será la misma -en términos de individualización- cuando se fije sobre una escala prevista de seis meses de mínimo y dos años de máximo (como el caso de las lesiones agravadas por el vínculo y mediando violencia de género -art. 92 en función art. 89 y 80 inc. 1 y 11 del CP-) que cuando se fije con respecto a un delito cuya escala inicia en seis meses de mínimo, pero con cuatro años de máximo (como sucede en el caso del abuso sexual simple -art. 119, primer párrafo del CP-); porque en el primer caso representa mayor gravedad⁸⁴.

2.2 Esquema valorativo propuesto de los art. 40 y 41 del Código Penal Argentino

⁸⁴ La autora Patricia Ziffer (2013) hace esta misma referencia sobre un ejemplo genérico sin alusión a ninguna figura penal en específico (p.41).

El texto legal de los artículos 40 y 41 del Código Penal se limita a enumerar factores posibles a tener en cuenta al fijar la pena, lo que tiene dos consecuencias: primero, que la enumeración no es taxativa; segunda, que es discrecional el valor que se les atribuya, es decir, como agravantes o atenuantes (Ziffer, 2013, p.100).

La doctrina remarca lo positivo de esta técnica legislativa, ya que permite incorporar numerosas circunstancias que pueden resultar decisivas para una pena individualizada, cuyo carácter atenuante o agravante solo puede ser decidido frente a un hecho particular. Además, por la diversidad de factores que se deben tener en cuenta, no podrían ser previstos en su totalidad eficientemente (Ibid, p.101).

Paralelamente, el aspecto negativo se representa por la mayor discrecionalidad y arbitrio judicial, ya que bajo presuntas y pretendidas posiciones de objetividad y neutralidad, pueden infiltrarse creencias sesgadas de género para agravar o atenuar una pena concreta, dándose la arbitrariedad.

En estos aspectos se asienta el objeto de este capítulo. El tratamiento jurisdiccional de procesos penales en el contexto de violencias contra las mujeres discurren principios rectores de imparcialidad, pero se hacen permeables categorizaciones del género. En ese sentido, esta tesis busca, como alude Segato (2018):

Dar cuenta de cómo representaciones dominantes, hegemónicas, organizan el mundo de la sexualidad, de los afectos, de los roles sociales y de la personalidad mapean los diseños que anclan comportamientos otorgándoles vocabulario, identificando las normas que pautan la vida social. (p.28)

La perspectiva de género, como categoría analítica dentro de un proceso jurisdiccional, demanda que sus estándares se apliquen en las investigaciones de los hechos, en la valoración de las pruebas colectadas, en los fundamentos y juzgamiento de esos hechos, y por último, al fundar e individualizar la pena correspondiente. Esta afirmación no está dirigida a posibilitar sentencias condenatorias con penas más altas o más bajas (en tanto sean impuestas a hombres o mujeres respectivamente); sino por el contrario, dirigida a la formulación de un catálogo de herramientas que motiven la individualización de la pena con perspectiva de género.

El texto del Código Penal Argentino, en relación a la individualización judicial de la pena, no hace referencia específica al género. De hecho, como señalan algunos autores, este código, que data del año 1921 (sancionado solo por legisladores hombres), fue cimentado en términos de neutralidad con respecto a los géneros y las consecuentes desigualdades inherentes a la estructura cultural y social (Cané, 2018, p.64).

Entonces, si las sentencias judiciales perpetúan la presencia de estereotipos y prejuicios de género, a partir de prácticas e interpretaciones al momento de la determinación concreta de una pena, conllevaría a la afectación del acceso a la justicia de las mujeres, traducida en la discriminación en el ámbito del Derecho, por la misma aptitud de estas sentencias, en tanto carácter público o de ser conocidas por la ciudadanía en general (Acselrad-Pzellinsky, 2020, p.394).

Así entonces, la labor jurisdiccional, en cualquier etapa del proceso, deberá ser bajo el reconocimiento expreso de los conceptos de género y perspectiva de género como categorías de análisis.

2.3 Principios generales que rigen la aplicación de los parámetros establecidos en el art. 41 del Código Penal Argentino

El art. 41 de nuestra legislación penal establece dos parámetros para la determinación judicial de la pena que la doctrina mayoritaria distingue entre objetivos y subjetivos. Si bien no se comparte esta división, Aunque estos no indican si se trata de agravantes o atenuantes.

El inciso primero regula las circunstancias objetivas que estarán vinculadas con la naturaleza del delito, su modo de comisión y la extensión del daño y peligro causados. Mientras que el inciso segundo se limita a establecer cuáles serían las pautas subjetivas

del autor que deben tomarse en consideración para la fijación de la pena, indicando por último que ambos criterios, objetivos y subjetivos, deben acudir a la conformación del *quantum* de la pena aplicable al caso concreto (Abosso, 2016, p.153).

No obstante, varias autoras, como Patricia Ziffer (2013), indican que esta división no es tajante, ya que la valoración del injusto penal puede estar caracterizada (e interrelacionada) por elementos enunciados en ambos incisos (p.116).

A partir de estas premisas, se delimitarán principios generales que deben regir la aplicación de los parámetros establecidos en el art. 41 del Código Penal Argentino. En particular, se delimitará el alcance de las circunstancias personales del autor, puntos de partida para agravar o atenuar la pena y la prohibición de la doble valoración.

2.3.1 Alcance de las circunstancias personales del autor

Las circunstancias personales del autor solo pueden ser valoradas en la medida que continúen reflejando la gravedad del ilícito concreto. Esta afirmación se deriva del mismo texto legal del art. 41 inc. 2 del Código Penal: “condiciones personales que demuestren su mayor o menor peligrosidad” (Ziffer, 2013, p.116).

Es necesario explicitar el término “peligrosidad”. Si bien, claro está, no puede ser entendida como responsabilidad por estado peligroso, en el sentido del positivismo. Pero, sí puede serlo como probabilidad que se visualice de las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión del delito (Ziffer, 2013, p.119). Y, en este último supuesto, valorada siempre de manera retrospectiva, es decir, que se refiera a un hecho pasado (Abosso, 2016, p.154)⁸⁵.

⁸⁵ El autor Gustavo Abosso (2016) señala que la Corte Suprema de Justicia ha rechazado de manera sistemática la idea que la peligrosidad pueda fundar el agravamiento de la pena. CSJN, M. 1022.XXXIX, “Maldonado, D., de 01/12/05, Fallos, 328:4343; G. 560.XL, “Gramajo, M.”, de 05/09/06; Fallos, 329:3680; G. 1504.XLI, “Garrone, A.B.”, de 06/03/07, Fallos, 330:393, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema; A. 891.XLIV, “Arriola, S.”, de 25/08/09; consid. 14, último párrafo con cita

En síntesis, no hay concepto de peligrosidad compatible con un Derecho Penal de acto (Pitlevnik, 2008, p.83 y ss. en: D’Alessio, 2011, p.643).

En relación a las circunstancias personales, Demetrio Crespo (2019) advierte que en la práctica se admiten dos supuestos: o que los resultados de la personalidad del autor/a de un delito determinen una cantidad de pena a imponer, o solo indicios de las necesidades preventivo-especiales (p.399).

En relación al primer supuesto, se descarta que pueda tener efecto agravatorio a través del aumento de la culpabilidad, porque sería una concepción moralizante por la conducción de vida (Demetrio Crespo, 2019, p. 400).

En relación al segundo supuesto: si se los tiene en cuenta, únicamente debería serlo para aquellos casos en los que no exista esta necesidad de resocialización, ya sea porque el autor está sociabilizado o porque el delito, por su levedad, no justifica medidas extremas, tales como penas privativas de libertad (Ziffer, 2013, p.119-120), ya que por mandato constitucional, sería la única valoración viable⁸⁶.

Por último, es dable señalar que en sentencias condenatorias que involucran violencias contra las mujeres es común la imposición de un tratamiento psíquico. En la Provincia de Mendoza, a partir de la sanción de la Ley 8.932, se creó el “Programa de Centros de Abordaje del Agresor en el marco de la lucha contra la Violencia de Género”⁸⁷, disponiendo que los Centros de Abordaje al Agresor tendrán como función principal brindar tratamiento especializado e interdisciplinario, ya sea que se asista de forma voluntaria o por orden judicial.

del precedente Maldonado. (p.154). A su vez el precedente de la Corte IDH “Fermín Ramírez vs. Guatemala”, indica que “la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, sancionando al sujeto por lo que es y no por lo que ha hecho”. Sentencia 20/06/2005, consid. 94 y 95.

⁸⁶ La incorporación al bloque constitucional de tratados internacionales en el art. 75 de la Constitución Nacional, en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), establecería el reconocimiento explícito de la reinserción social del condenado como uno de los fines esenciales de la pena (art. 5 pto. 6). Sin embargo, señala Ziffer (2013) que este Pacto fue firmado en 1969, en una época en que la idea de la resocialización no era observada con el escepticismo que es vista en la actualidad (p.119-120).

⁸⁷ Sancionada el día 23 de noviembre de 2016 y publicada en el BO el 14 de diciembre de 2016.

No obstante, como se señaló en el Capítulo II, cualquier propuesta resocializadora debería ser impuesta como producto de un diálogo ininterrumpido entre el condenado y el Estado (Silva Sánchez, 2012, p.34-35).

2.3.2 Punto de partida desde el cual se agrava o se atenúa la pena

Dentro del análisis de los principios generales que rigen la aplicación de los parámetros establecidos en el art. 41 del Código Penal Argentino, surge la necesidad de especificar la razonabilidad de la reacción estatal, en tanto sea posible establecer de antemano lo que hay que tener en cuenta para atenuar o agravar, o en relación a qué se atenúa o se agrava en una pena concreta (Ziffer, 2013, p.101).

Algunas propuestas han sido desarrolladas principalmente por la doctrina alemana. En la esquematización de la exposición de alguna de ellas, se va a seguir a la autora Patricia Ziffer.

Una posibilidad viene dada por la opción de elaborar un hecho-base, que se aproxime a los extremos de la escala penal; ya sea que se aproxime al mínimo o que lo haga hacia el máximo. Y desde ese hecho-base considerar todos los factores como atenuantes o agravantes (Ziffer, 2013, p.103).

El problema que puede generarse es que, al ubicarse en los extremos, se utilizarían casos modelos de una levedad o una gravedad tal que prácticamente no tenga nada que ver con el caso a juzgar. Ante esta situación, se debería partir de ubicarse en un tercer punto que debería estar configurado por un caso respecto del cual exista consenso en cuanto a la pena que le corresponde; y solo a partir de allí agravar o atenuar desde la orientación de los máximos y mínimos (Ibid, p.103).

Otra posibilidad es la opción de recurrir al denominado caso regular, configurado a partir de la llamada “criminalidad cotidiana”, que presenta una gravedad proporcionalmente escasa y que, por lo tanto, es ubicada en el tercio inferior del marco legal. La crítica aparece ante la circunstancia de que este caso regular no se apoyaría en estadísticas, sino más bien en construcciones del/la juez/a según su experiencia o íntima convicción; y, claro está, no habrá uniformidad (Ibid, p.103/104).

Relacionada con el anterior se encuentra la opción del caso de gravedad media o gravedad continua, que consiste en reservar el límite inferior para los casos más leves, y el medio, determinado en la mitad matemática de la escala penal, para los intermedios o más graves (Ibid, p.37).

Por último, existen argumentaciones que hacen referencia a que el punto de partida será mantener la pena dentro del mínimo del marco penal y comenzar a desplazarla hacia arriba, teniendo en cuenta todas las formas posibles de realización del hecho, como lo hace el legislador, y a partir de allí, determinar si las características del hecho fundamentan una pena grave o una pena leve. Pero de esta manera se caería otra vez en el relativismo sobre qué es leve o qué es grave (Ibid, p.104).

En todo caso, señala también parte de la doctrina, que el proceso de determinación judicial de la pena en la práctica muchas veces resulta ajeno a cualquier racionalidad jurídico-constitucional (Bombini, 2014, p.41). Sin embargo, estos intentos representan el máximo avance dogmático sobre uno de los temas más complejos de la individualización judicial de la pena. Y además resaltan que cualquiera sea la elección, por parte del juzgador/a, debe encontrarse racionalmente fundado en la sentencia (Ziffer, 2013, p.106).

2.3.3 La prohibición de la doble valoración

Se afirma que todas aquellas circunstancias que fundamentan el ilícito, es decir, que se encuentran en el tipo penal, no pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena para un hecho concreto (Ziffer, 2013, p.107).

Es decir, todo aquello que ha sido valorado por el legislador en la configuración del marco penal típico no puede ser lícitamente sopesado de nuevo por el juez para la determinación de la cantidad de la pena, al menos con carácter agravatorio (Demetrio Crespo, 2019, p.380).

Aunque la doctrina plantea ejemplos obvios, en los que no cabe duda de la aplicación de la doble valoración, como el caso de que no sería posible agravar un homicidio porque el hecho culminó con una muerte lamentable de una persona (Ziffer, 2013, p.107).

Hay otros donde no resultan tan indiscutibles, más si se tienen en cuenta las circunstancias que fundamentan la punibilidad, siendo posible establecer una graduación. Un caso paradigmático y de fácil comprensión de esta idea es el robo, en el cual la violencia es requisito típico para el apoderamiento. Pero será en la consideración del grado de violencia empleada donde se podrá graduar la determinación concreta de la pena (Ibid, p.107).

En los casos contextualizados de violencia contra las mujeres en razón de su género, se da una particular observación. Los tipos comisivos pueden involucrar tanto aquellos en los que está contenida la violencia como agravante específica en el tipo penal; como aquellos delitos que no la contienen pero que claramente son de aplicación los parámetros normativos de la ley 26.485 y el bloque de tratados internacionales.

A la luz del concepto de violencia de género y las categorías de análisis “género” y “perspectiva de género”, que deben estar presentes en todas las facetas del proceso judicial, se hace necesario analizar la doble valoración de un modo distinto para cada grupo de delitos.

En el primer grupo, es decir aquellos en que la violencia contra las mujeres está contenida como agravante específica en el tipo penal, el fundamento se sustenta en la

relación desigual de poder. Violencia que se configura a través de prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones; o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de estas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales⁸⁸.

En ellos, a efectos de no incurrir en doble valoración se deberá contemplar en las pautas genéricas del art. 41 del Código Penal todas aquellas circunstancias que representen el grado de violencia empleada, leve o intensa. Como así también, deberán ser contempladas las circunstancias de su comisión, adjudicadas al autor para desplegar su conducta punible, ya que son graduables a los efectos de la determinación concreta de la pena (Ibid, p.107)⁸⁹.

En el segundo grupo, es decir aquellos delitos que no contienen el agravante específico pero que se encuentran contextualizados en violencias contra las mujeres (conforme ley 26.485 y bloque de tratados internacionales), claro está que la valoración de este contexto descarta cualquier doble valoración, no obstante, deberá irreparablemente estar presente para argumentar las pautas genéricas del art. 41 del Código Penal.

La valoración de la perspectiva de género/mujeres, cualesquiera que sean la tipificación de la norma penal como agravante o atenuante, responde a la demarcación de su fundamento.

⁸⁸ Decreto Reglamentario de la Ley 26.485 Nro. 1.011/2010.

⁸⁹ A tales efectos, se trae a colación un fallo del Tribunal de Casación de La Plata, en el que se confirmó una sentencia en orden al delito de lesiones gravísimas al imputado que golpeó a su ex pareja en la cabeza y rostro y le provocó pérdida de la visión. Al respecto, el Tribunal indicó: "... pues el a quo no incurrió en una doble valoración de una misma circunstancia, ya que explicó que en el caso se excedieron las previsiones legales, toda vez que la víctima al momento de los hechos tenía 26 años y es madre de cuatro hijos menores y que debido a su disminución, debió capacitarse para aprender a manejarse en lo cotidiano y cumplir su rol de madre con niños de tan corta edad de un modo completamente nuevo, por tanto existe un margen dentro de la escala de la figura en particular que permite válidamente establecer un mayor contenido de injusto a determinadas circunstancias". Tribunal de Casación Penal, La Plata, Buenos Aires, Sala 05 (Celesia - Ordoqui) Carlos Ariel Goncharuk s/ Lesiones gravísimas. Sentencia del 26 de mayo de 2015 Nro. Fallo: 15010026 Identificación SAIJ : B0957908

Precedentemente se indicó que el artículo 41 no hace referencia al género (Cané, 2018, p.64). Por ende, en una aproximación al fundamento de su aplicación se comprenden adaptables algunas conclusiones realizadas por la autora española Mercedes Alonso Álamo.

Previo a exponerlas, es necesario indicar la diferencia fundamental entre el Derecho español y el argentino. En la legislación española, además de figuras típicas agravadas por el género (entre las que no se encuentra el femicidio), existe el reconocimiento de una circunstancia agravante general por razones de género (Alonso Álamo, 2019, p.102).

Tanto las guras delictivas específicas de género como la circunstancia agravante general de género responden al mismo fundamento material, el ataque adicional al interés a ser tratado como igual: incrementan el contenido de injusto en atención al mayor desvalor de resultado. (Ibid, p.108)

Así entonces, incrementan el contenido del injusto (en tanto tipo penal), en atención al mayor desvalor de resultado, dentro de los límites de un concepto de culpabilidad armonioso con un Derecho Penal de acto (lo que no sucedería, como se ha señalado en el punto 1.2 del presente capítulo si se incriminara la figura del agresor-varón-sujeto-peligroso, dando entrada a un Derecho Penal de autor). Pero, además, las circunstancias agravantes generales tienen la ventaja de que, al ser aplicables a cualquier delito, como cualquier otra circunstancia agravante, van a estar sujetas a las reglas de la comunicabilidad (Ibid, p.107-110).

En todo caso, señala la autora, la agravación, sea por la vía de las circunstancias generales -como en la legislación española- o por la vía de los tipos agravados -como la figura del femicidio y las figuras relacionadas que remiten al art. 80 del Código Penal Argentino-, solo puede operar respetando las exigencias de los principios de proporcionalidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, y del principio de culpabilidad (Ibid, p.33).

3. Valoración de las pautas del artículo 41 del Código Penal con perspectiva de género

El hecho típico, antijurídico y culpable, es decisivo; no sólo para considerar la posibilidad de una pena, sino también -y fundamentalmente- para que esta pena se adecue al hecho (Ziffer, 2013, p.120)

Pero esto no solo se vincula a las garantías propias del Estado de Derecho, es decir, a limitaciones del poder punitivo del Estado (Derecho Penal de acto, principio de proporcionalidad), sino que tiene relación con nociones básicas de la estructura de un sistema de censura: un sistema que pretende indicar el carácter disvalioso de cierto hecho necesita de la proporcionalidad para indicar el diferente disvalor de los hechos desaprobados entre sí (Ibid, p-120-121).

Si la imposición de una pena concreta, se encuentra desprovista de una conexión con la norma primaria cuya infracción sanciona, no proporciona directriz alguna, con lo que difícilmente se halla en condiciones de prevenir algo. La pena concreta, si bien es un instrumento de cumplimiento de ciertos fines del Derecho Penal, constituye, ante todo, la muestra evidente de su fracaso (Silva Sánchez, 2012, p.318-319).

A su vez, la autora alemana Tatjana Hörnle (2003) señala que al momento de imponer una pena concreta, es necesario tener en cuenta la perspectiva de la víctima, ya que servirá como uno de los mecanismos para identificar la relación apropiada entre la severidad del delito y su duración. No obstante, aclara que en modo alguno significa basar las condenas sobre las preferencias de la persona individual victimizada por el delito (p.80-81).

Es decir, reconoce que existe otro receptor del mensaje de censura: la víctima del delito. Esto, debido a que mediante el dictado de una sentencia condenatoria se comunica no solo la desaprobación para el autor del ilícito, sino también se le comunica a la víctima

que ella ha sido agraviada, colocándola en el lado comunicativo del procedimiento penal (Hörnle, 2003, 88-89)⁹⁰.

En estos mismos lineamientos, el autor español Silva Sánchez (2018) refiere que la pena tiene una doble dimensión: por una parte, un plano sustancial, dimensión simbólico-expresiva; y por otra, un plano accidental, dimensión fáctico-aflictiva, la accidental (p.113). Agrega que la primera representa la expresión del reproche por parte del Estado por la infracción de la norma; es decir, es el restablecimiento del Derecho lesionado por el delito (p.122). Pero el delito no produce únicamente una lesión del Derecho, sino también lesión a la víctima como sujeto jurídico (plano vertical) y un grave conflicto para las relaciones interpersonales y sociales (plano horizontal) (p.220). Por ende, la condena a una persona restablece la relación vertical, pero no necesariamente el plano horizontal interpersonal y/o social afectada (p.222).

Entonces, se observa la necesidad del análisis de las pautas contenidas en el art. 41 del Código Penal bajo una perspectiva de género, debido a que, llegada la última etapa del proceso penal, en caso de fundar la aplicación de una sanción punitiva, no se pueden reproducir sesgos y estereotipos que hacen a la estructura propia de las violencias contra las mujeres. Si fuera así, no se darían cumplimiento a las obligaciones internacionales perpetuando, por medio de decisiones jurisdiccionales, la estructura social patriarcal (Correa Flores, 2020, p.53).

La inclusión de la perspectiva de género busca, justamente, la resignificación de prácticas y conocimientos edificados sobre una concepción androcéntrica de la humanidad. Y principalmente en el ámbito de la administración de justicia, en tanto que la perspectiva de género en la interpretación judicial facilita la adecuación del sistema jurídico a la igualdad material (Azcue, 2020, p.83-84).

⁹⁰ Si bien los postulados de la autora exceden el objeto de este trabajo, parece importante destacar algunos de sus postulados, ya que su tesis trata sobre la valoración del injusto del delito como fundamento de una determinación de pena que se orienta a la proporcionalidad del hecho, considerando la perspectiva de la víctima para mediar la gravedad relativa del resultado del hecho y del disvalor de acción. Es decir, qué circunstancias son importantes de modo típico para el ofendido, comparando por un lado el daño (disvalor de resultado) con el de otros delitos, especialmente cuando se indaga en qué medida la calidad de vida de la víctima es disminuida típicamente a través de la pérdida de la lesión. Y, por otro lado, presumir qué otra circunstancia concomitante a la vista del ofendido es importante (Schünemann, Bernd; en Prólogo de su libro "Determinación de la Pena y Culpabilidad. Notas sobre la Teoría de la Determinación de la pena en Alemania" (Hörnle, 2003, p.20).

Por ende, el grado de afectación del bien jurídico protegido en el sentido del perjuicio efectivo que el hecho punible le ha ocasionado, como así también el peligro en el que se lo ha colocado, constiuyen el punto de partida. De hecho, si se pretende indicar el carácter disvalioso de cierto hecho delictivo, se necesita de la proporcionalidad para indicar el diferente disvalor de los hechos desaprobados entre sí (Ziffer, 2013, p.121).

En la etapa de mensuración judicial de la pena, injusto y culpabilidad son aquellos mismos determinados por la teoría del delito; pero cambian de perspectiva, indicando cuál es su intensidad (Ziffer, 2013, p.121).

Para determinar esa intensidad, el inc. 1 del art. 41 refiere específicamente a la naturaleza de la acción, es decir, cómo fue cometida -alcance, acción u omisión-, los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño o el peligro causados, en el sentido de las consecuencias del delito (D'Alessio, 2011, p.644). Y por otro lado, se enumeran en el inc. 2 otras circunstancias, tales como la participación que hubiese tomado el autor del hecho, los vínculos personales, la calidad de las personas; como también a las circunstancias de tiempo, modo y ocasión (Ibid, p.637).

Otras circunstancias, en tanto determinación de intensidad, están dadas por la aplicación de criterios utilizados en la misma parte especial del Código Penal para agravar tipos penales genéricos (como poblado/despoblado, uso de intimidación, engaño, la particular indefensión de la víctima, la edad de la víctima, violencia de géneros, etc.). Esto se da ya que en armonía con la estructura de la parte especial, el contenido del injusto aumenta en razón directa con estas circunstancias mencionadas expresamente (Ibid, p.639).

Por último, a efectos de seguir un esquema, se van a realizar tres apartados relativos a la observación crítica de los parámetros mencionados en el art. 41 del Código Penal, relativos a: 1) la naturaleza de la acción; medios empleados para ejecutarla, y circunstancias de tiempo, modo y ocasión; 2) la extensión del daño o el peligro causados; 3) los vínculos personales y la calidad de las personas.

Desde los objetivos propuestos, este análisis propone un catalogo de herramientas que coadyuven la visión de la justicia con perspectiva de género, o mejor dicho, de los/as operadores/as judiciales al momento de valorar las pautas genéricas y fundar una pena. En modo alguno, este análisis es taxativo, ya que cada caso particular, cada forma de expresión de violencias contra las mujeres, cada subjetividad en tanto representación de las interacciones disfuncionales en términos asimétricos y sesgados entre los géneros, tiene características propias.

3.1 Naturaleza de la acción, medios empleados para ejecutarla y circunstancias de tiempo, modo y ocasión

Las pautas más evidentes, que en general se toman como punto de partida para la graduación de un injusto, son las relativas a las circunstancias de comisión (u omisión) junto con los medios, más o menos lesivos, empleados por el autor; y las circunstancias de tiempo, modo y ocasión (Ziffer, 2013, p.130-131).

Así entonces, un primer elemento que se debería tener en cuenta es el aprovechamiento del ámbito relacional entre los agresores y las mujeres, que obviamente no se circunscribe únicamente a la realización típica de la conducta, sino a todos los alcances de su materialización.

Precisamente en el ámbito de la violencia en modalidad doméstica es donde mayormente se pueden vislumbrar estas ideas, ya que en los casos de mayor gravedad, este ámbito relacional se traduce en que las mujeres se encuentren en un estado de agresión permanente⁹¹.

⁹¹ Al respecto, es relevante el informe brindado por el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad del Poder Ejecutivo Nacional. Durante los periodos de enero a noviembre del año 2020 se recibieron 99.156 comunicaciones en las tres sedes de la Línea 144, de las cuales, 27.520 fueron derivadas a distintos canales de asistencia para su seguimiento (intervenciones); Mendoza representaba el 4% sobre ese total, con 1.106 intervenciones. A su vez, sobre el total de los casos derivados, casi la totalidad de las personas refirieron el ejercicio de violencia psicológica por parte de su agresor. El 89% corresponde a la modalidad de violencia doméstica; el 67 % refirió haber atravesado una situación de violencia física; el 37 % afirmó haber estado en situación de violencia económica; el 13 % manifestó hechos de violencia sexual (Ministerio de las Mujeres,

Entonces, la intensidad desplegada de las violencias circunscritas al hecho puntual involucra la evidencia de otros tipos de violencias que operan como desenlace de años y años de opresiones psicológicas, físicas, sexuales, económicas, etc.

Se insiste en el punto de que no se está realizando esta consideración en el sentido de que sean juzgados por fuera del hecho típico (objeto del proceso y del debate penal), sino en el entendimiento de pautas a considerar para establecer la intensidad del injusto y el contexto en el que se comete.

Estas pautas en los contextos de violencias domésticas posibilitan mayores niveles de opresión y ejercicio de violencias, tanto en el caso de autores varones como en casos de mujeres sometidas a procesos judiciales.

Autores como Echeburúa y de Corral (2010) refieren al génesis y desarrollo de las violencias en las relaciones domésticas. Afirman que están determinados como resultados de un estado emocional intenso, manifestados por la ira que puede ser impulsiva o instrumental (planificada), interactuando con actitudes de hostilidad y factores precipitantes, producto de estereotipos sexuales machistas en relación a la necesidad de sumisión de la mujer (como los celos). Además resulta determinante, la consecuente legitimación subjetiva de la violencia como estrategia de solución de problemas y la percepción de vulnerabilidad de las mujeres, consecuencia de logros obtenidos con las conductas violentas previas, es decir, la violencia como método efectivo y rápido para lograr los objetivos del agresor (p. 139-140). El carácter y la intensidad de estos parámetros en cada caso concreto determinarán su aptitud como circunstancias agravantes o atenuantes en tanto naturaleza de la acción.

Género y Diversidad. Consultado en: <https://www.argentina.gob.ar/generos/linea-144/informacion-estadistica>).

Para el ámbito específico de la CABA, se detallan resultados de la Primera Encuesta de Percepción e Incidencia sobre la Violencia contra las mujeres en relación de pareja (ELA - Gobierno de la Ciudad). Señala el informe que el 15% de las mujeres de CABA sufrió agresiones sexuales de su pareja o ex pareja, mientras que el 3,8% indicó haber sufrido agresiones con acceso carnal por parte de una persona cuyo vínculo era de pareja o ex pareja (informe que se corresponde al “Relevamiento de fuentes secundarias de datos sobre violencia sexual a nivel país y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, UFEM, Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, pág. 32. Publicado en: https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2019/10/Informe_UFEM-1.pdf).

A modo de ejemplo de lo que se quiere representar, se trae a colación un fallo español:

Este acto –mujer que se arroja de una ventana- refleja claramente la situación de subyugación de la que era víctima la mujer debido al terror que se refleja ante ‘el escenario del miedo’. Y ello, con la idea y finalidad de conseguir tal clima de terror para llegar a dominar su capacidad de decisión y voluntad al someterla a sus decisiones ⁹².

Otra pauta ponderativa de intensidad de la gravedad del hecho, medie o no violencia doméstica, será que la ejecución de la acción signifique una situación vejatoria para las mujeres. En este sentido, la jurisprudencia comparada ha referido:

representan *modus operandi* del autor cuando las concretas y específicas acciones instrumentales violentas o intimidatorias efectuadas hayan de calificarse como especialmente degradantes o vejatorias porque representan un cualificado menosprecio a la dignidad de la víctima ⁹³.

En relación al tiempo, modo y ocasión de ejecutar la acción, el ámbito de la intimidad es una pauta que no puede dejar de ser valorada.

Estas circunstancias se traducen en aprovechamientos de la mayor indefensión de la víctima, tanto en casos de que exista un vínculo previo o no, es decir, aquel aprovechamiento del obrar contra seguro.

Así, particularmente sobre el delito de abuso sexual se representa el aprovechamiento de la intimidad y seguridad para la ejecución del hecho, facilitando su ejecución.

Este aprovechamiento se da en la figura de los abusos sexuales, ya sea dentro de los ámbitos de violencia doméstica como cuando no exista una relación previa. En

⁹² Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal STS 3757/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3757 en fecha: 19/11/2018.

⁹³ Sentencia del Tribunal Superior de España, del 04/07/2019, STS 2200/2019 - ECLI: ES:TS:2019:2020.

realidad, el análisis se debería realizar en términos de aprovechamiento de intimidad en cualquier vínculo que dé lugar a relaciones de poder basadas en las prácticas aprendidas de los modos de interrelación entre los géneros, ya que continúa circulando el poder asimétrico íntimo, se trate de vínculos afectivos sexuales u ocasionales⁹⁴.

Este ámbito de intimidad también debe ser analizado en forma específica en hechos que involucren modalidades de violencias domésticas, ya que es el ámbito donde mayormente se ejecutan: “el hogar se convierte en un lugar de riesgo para la mujer” (Echeburúa y de Corral, 2010, p.136).

La cronicidad de conductas violentas en ámbitos cerrados e íntimos facilita la misma escalada de violencia de forma progresiva, por el entorno creado de intimidaciones y amenazas (Ibid, p.136).

También en relación a la violencia sexual, ahora limitada únicamente a la violencia doméstica, el ámbito de intimidad propicia la intimidación o cualquier forma de coacción para llevar a cabo una conducta sexual no deseada. Como elemento frecuente de intimidación la doctrina indica la posibilidad de despertar a los niños/as que duermen si las mujeres se resisten o no desean la práctica sexual (Ibid, p.138)

En relación a la última mención, cierto es que el ámbito cerrado en muchas ocasiones cuenta con la presencia de los hijos/as. Por lo tanto, su presencia facilita la continuidad de opresión, no sólo vinculada a la agresión sexual, sino vinculada a cualquier tipo de agresión, ya que las mujeres se pueden ver imposibilitadas de salir o irse a otro lugar con sus hijos/as, lo que obviamente es sabido y aprovechado por el agresor⁹⁵.

La circunstancia de que las violencias sean producidas delante de los hijos/as es muy frecuente (González, 2020, p.21; Lurrari, 2018, p.47)⁹⁶. Por lo tanto, también se

⁹⁴ Nota publicada por Asociación Líbera, abogacía feminista. Consultada en https://bbl.com.ar/nota_14927_el-femicidio-de-julieta-gonzalez-y-la-revuelta-a-la-justicia-patriarcal

⁹⁵En un estudio de campo realizado por Eleore Walker se halló que las mujeres que vivían con el agresor mostraron las medidas más elevadas de aislamiento social. (Walker, Eleore, 2012, p.164; González, 2020, p.36).

⁹⁶ De hecho, menciona González que un informe de los Servicios de Asesoramiento y Patrocinio Gratuitos a Víctimas de Violencia de Género destaca que de los 865 casos en lo que sus asistidas tenían hijos/as, en 49, la violencia se extendió hacia ellas/os de forma directa. Y en 272 casos se trató de violencia física. (Comisión sobre Temáticas de Género, informe: “Servicios de asesoramiento y patrocinio gratuitos a

deben tener en relación a las circunstancias de mayor intensidad relacionadas a la naturaleza de la acción, el lugar, modo y ocasión de los hechos juzgados.

En cuanto a los medios empleados, nótese la importancia de algunas estadísticas de femicidios, las que darán una primera aproximación no sólo al aprovechamiento del ámbito cerrado y mayor disponibilidad de acceso por parte del agresor, sino también en relación a la mayor significación en cuanto representación de la opresión histórica sobre las mujeres.

Los medios empleados deben dejar marcas. En los casos de femicidios directos, los medios empleados han sido principalmente: la fuerza física (26%), el uso de armas blancas (26%), el uso de armas de fuego (25%), el fuego y otros medios combustibles (8%). Por último, otros medios, entre los que se informan objetos contundentes como martillos, piedras y varas de hierro; asfixia por estrangulamiento con cordones de zapatillas, lazos y cinturón; sepultamiento y atropellamiento con automóvil (13%)⁹⁷.

La intensidad de estos medios empleados para realizar la acción típica se valora en tanto mayor representación de opresión. Rita Segato (2018) indica que en la inserción del agresor en las violencias contra las mujeres, se dan dos ejes de interlocución. En uno de ellos, el agresor dialoga, mediante un enunciado violento con las mujeres, a quienes pune, disciplina y conduce a la posición subyugada, feminizándolas; está caracterizado por el eje vertical. En otro, el agresor obedece al mandato de masculinidad, responde a la relación entre pares miembros de la fratria masculina y la necesidad de dar cuentas al otro, al cofrade, al cómplice (génerico), de que es potente para encontrar en la mirada de

víctimas de violencia de Género”, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2018. Citado por González, 2020, p.21).

⁹⁷Estos datos son sobre la base de 252 femicidios directos. El 90% de las víctimas habían tenido un vínculo previo con los sujetos activos. En el 66% de los casos, los agresores mantenían un vínculo de pareja (113 casos) o de ex pareja (66 casos) con las víctimas directas (datos del último informe del Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina, Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que data del año 2019. Consultado en:

<https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informefemicidios2019.pdf>).

En idéntico sentido, desde el Observatorio “Ahora que sí nos ven”, en su última publicación que comprende estadísticas entre el 1 de enero y el 30 de diciembre de 2020 -siendo dable aclarar que estas cifras se encuentran elaboradas a partir del análisis de medios gráficos y digitales de todo el país-, se indica que fueron 298 femicidios; diez, en la provincia de Mendoza. Del total, 267 correspondían a femicidios íntimos, mientras que según las formas de agresión fueron: 53 con arma blanca, 45 a golpes, 41 con arma de fuego, 32 por medio de asfixia, 21 quemadas, y 25 por otros medios. Otro dato a tener en cuenta es que el 65,9% se cometieron en la vivienda de la víctima. Datos publicados en <https://ahoraquesinosven.com.ar/reports/298-femicidios-en-2020>.

ese otro el reconocimiento de haber cumplido con la exigencia del mandato de masculinidad (p. 46-47).

3.2 Extensión del daño o el peligro causados

La doctrina es más o menos unánime en considerar que la extensión del daño causado brinda una pauta objetiva que coadyuva en la determinación concreta de la pena. Abozzo (2016) establece: “la atribución de desvalor del resultado junto al desvalor de acto importa reconocer que la imputación de un delito en particular presupone tener en cuenta necesariamente otros factores que tengan efectos de aumentar o disminuir la pena fijada judicialmente” (p.156-157).

La autora Patricia Ziffer (2013), en relación a la extensión del daño causado, aclara que cuando entran en consideración otras consecuencias atribuibles al hecho, deben guardar alguna vinculación con el fin de protección de la norma, es decir, la afectación de bienes jurídicos protegidos por la norma (Ziffer, 2013, p. 123-124).

Desde esta perspectiva, el primer ejemplo serán los casos de violencias contra las mujeres en modalidad doméstica, ya que el lapso de tiempo que las mujeres los han sobrevivido determina secuelas postraumáticas. Además, en casos de mayor magnitud e intensidad de violencias, las mujeres experimentan un estado de agresión permanente, “terrorismo íntimo” (Laurrari, 2018, p.47) o “tiranía privada” (Correa Flórez, 2020, p.67).

De hecho, la doctrina afirma que las nociones de “continuidad” y carácter “cíclico” de la violencia doméstica debieran ser indicadores ineludibles, porque dan cuenta de los esfuerzos super-erogatorios que las mujeres deben hacer para salir “a salvo” del círculo violento (González, 2020, p.43).

Echeburúa y de Corral (2010) hacen alusión específica a estas consecuencias, ya sean físicas en tanto estrés crónico; ya sean psíquicas, principalmente por la repetición de

los hechos; por su carácter impredecible; por la alternancia de conductas agresivas y de afecto (“ciclo de violencia”). En este sentido, los autores aducen que cuando se vive con un agresor “la mujer está sometida a una auténtica ruleta rusa emocional” (p.142-143).

Inclusive el “Informe provisional del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”⁹⁸ indica en relación a la violencia doméstica que supone una constante y continua degradación, humillación, coartación, vejación o, en otros términos, una violación de la integridad física, mental y emocional. Por ende, se entiende que la violencia doméstica siempre equivale a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y, muy a menudo, a tortura física o psicológica⁹⁹.

Por otro lado, es propio en mujeres que han sufrido delitos contra las mujeres, experimentar sentimientos de culpa, aislamiento social y ocultación de lo ocurrido, ya sea por la presión del propio agresor o por la vergüenza social percibida (Echeburúa y de Corral, 2010, p.144).

En lo que refiere a la violencia sexual, la Corte IDH expresamente refiere a esta extensión del daño, indicando:

La violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico; que deja a la víctima humillada física y emocionalmente, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas (Caso del Penal Miguel Castro Castro, nota 107, párr. 311).

Dentro de esta extensión del daño causado, también se debe considerar las violencias que afectan a personas que no son objeto directo de la agresión, por ejemplo,

⁹⁸Importancia de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el contexto de la violencia doméstica. Informe provisional del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, presentado de conformidad con la resolución 72/163 de la Asamblea General de la ONU en fecha 12 de julio de 2019. Consultado en: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/La%20prohibici%C3%B3n%20de%20la%20tortura%20en%20el%20contexto%20de%20la%20violencia%20dom%C3%A9stica.pdf>

⁹⁹Op. cit. pág. 5/6.

el caso de los/as hijos/as. Si bien puede que no exista maltrato directo, lo será indirecto, en tanto estos conviven en una atmósfera de miedo y de incertidumbre (Ibid, p.145).

En cualquier caso, la extensión del daño causado debe ser analizada en forma integral. Se debe tomar en cuenta la diversidad, severidad y particularidades propias de cada hecho típico junto con las vivencias y subjetividades de cada mujer.

3.3 Vínculos personales y la calidad de las personas

La doctrina es más o menos unánime al considerar que los vínculos personales del inciso segundo del art. 41 del Código Penal refieren a aquellas relaciones entre el/la autor/a de un determinado delito y la víctima. En general esta circunstancia se encuentra vinculada al agravamiento de ciertos tipos penales contenidos en la parte especial del Código Penal, cuyo fundamento recae en las mayores exigencias de conducta conforme a derecho, el deber de respeto de los bienes jurídicos cuando se trata de personas con quien se mantiene una relación que denota confianza y, por ende, provoca mayor indefensión de la víctima (D'Alessio, 2011, p.649).

Ahora, si bien es exacto que el art. 80 inc. 1 del Código Penal amplió el concepto de “vínculo por fuera del círculo matrimonial”, es decir, al ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia, lo cierto es que los ámbitos de violencias contra las mujeres no se limitan a esta enumeración, en tanto relación con el autor.

Por ello, resulta necesario analizar estos vínculos en términos de generadores de mayor o menor indefensión de la víctima. El aprovechamiento de una relación de confianza, acompañado generalmente de la privacidad del lugar, y el carácter generalmente íntimo en el que discurren estos hechos, hacen que los autores obren sobre seguro, ya sea que este estado de indefensión haya sido causado o simplemente aprovechado por el autor (Aboso, 2016, p.474).

Otros parámetros relacionados a los vínculos personales y la calidad de las personas tienen que ver con el aprovechamiento de la mayor vulnerabilidad de la víctima. Ciertas pautas de vulnerabilidad están consideradas específicamente en la parte especial del Código Penal, referidas como agravantes de figuras básicas.

Como ejemplo de pautas objetivas de mayor vulnerabilidad, se establecen: víctima embarazada (contemplada para delitos de privación ilegítima de la libertad, desaparición forzada de personas, trata de personas y secuestro extorsivo); la edad (bajo distintos parámetros de minoridad principalmente en los delitos contemplados en el Título III referido a la integridad sexual, privación ilegítima de la libertad, desaparición forzada de personas, trata de personas y secuestro extorsivo, o también parámetros de ancianidad - mayor edad de 70 años-); la discapacidad (referido para los delitos de desaparición forzada de personas), etc.

*Las 100 reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad*¹⁰⁰ han delimitado el concepto, considerando:

Aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico (Sección 2ª, punto 1)

Así, la superposición de las variables “género” y “clase” también debe ser tenida en cuenta como parámetro de vulnerabilidad, principalmente en los sectores populares, donde es más alta la imposibilidad de la realización de una denuncia o abandonar la

¹⁰⁰ Emitidas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en Marzo del año 2008. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza adhirió mediante Acordada N° 24.023 (6 de febrero de 2012).

vivienda que se comparte con el agresor; además de las características de dependencia económica y emocional (González, 2020, p.21)¹⁰¹.

La Corte IDH también hace referencia específica a esta pauta de vulnerabilidad en numerosos fallos. En particular, ha dicho:

La presunta víctima es una mujer indígena, en el momento de los hechos menor de edad, que vivía en una zona montañosa aislada, que tuvo que caminar varias horas para recibir asistencia médica por las agresiones físicas sufridas, y para denunciar la violación sexual ante diversas autoridades que hablaban un idioma que ella no dominaba, la cual probablemente tendría repercusiones negativas en su medio social y cultural, entre otros, un posible rechazo de su comunidad ¹⁰².

Por último, estas pautas deben ser consideradas tanto cuando sean delitos cometidos contra mujeres como cuando se trate de autoras de infracciones penales, especialmente en contextos de delitos de trata de personas, o de narcotráfico, donde resultan ser el último eslabón de la cadena delictiva.

3.4 Pautas de valoración que reproducen sesgos y estereotipos de género hacia las mujeres

La intención de este último punto es visibilizar ciertas prácticas judiciales sin perspectiva de género en relación al momento de analizar las pautas del art. 41 del Código Penal; que posibilitan que se infiltren nociones estereotipadas y sesgadas de género que, si no se cuestionan, convierten sentencias en armas de discriminación institucional (Poyatos, Gloria, 2018)¹⁰³.

¹⁰¹ Al respecto, la autora toma en consideración las conclusiones de la “Comisión sobre Temáticas de Género, informe: “Servicios de asesoramiento y patrocinio gratuitos a víctimas de violencia de Género”, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2018.

¹⁰² Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 93.

¹⁰³ Esta expresión fue realizada por la jurista española presidenta de la Asociación de Mujeres Juezas de España (AMJE), en el marco del XIV Congreso bienal de la International Association of Women Judges

En primer lugar, aquellos que refieren a la posición de la víctima desde su intervención/participación en el hecho delictivo y, por ende, como atenuante de la mensuración de la pena del agresor varón. Patricia Ziffer (2013) da un ejemplo paradigmático que representa la idea que se trata de exponer:

En el caso de una violación, por ejemplo, considerar menos grave el ilícito sobre la base de que la víctima estaba vestida provocativamente, o simplemente no hacer entrar en el análisis esta circunstancia, dependerá de si se considera que las mujeres deben vestirse “con corrección”, y de que, si no lo hacen, es a ellas a quienes corresponde correr con una parte del riesgo del delito. La solución será diferente, en cambio, si se considera que es un valor socialmente reconocido que las mujeres puedan elegir el largo de la minifalda o caminar solas de noche. En este caso, será el autor quien deba reprimir sus impulsos sexuales como precio de esa libertad. (p.127)

Conclusiones como la precedente se constituyen como inadmisibles en decisiones jurisdiccionales propias de un Estado democrático que se asume como protector y garante de los derechos de las mujeres.

Sin pretender abarcar todas las prácticas, ya que dependerán del caso concreto, como principio general se deben descartar todas las concepciones estereotipadas o discriminatorias, desde dos direccionamientos: ya sea para disminuir la intensidad del reproche cuando se trata de sanciones punitivas hacia agresores hombres, o ya sea para aumentar la intensidad del reproche cuando se trate de sanciones punitivas aplicadas a mujeres o identidades trans.

Para evitar el primer direccionamiento, una pauta objetiva que se puede adoptar será la contenida en el art. 80 *in fine* del Código Penal, en relación a la imposibilidad de la utilización de circunstancias extraordinarias de atenuación en los homicidios agravados

(IAWJ), Buenos Aires, entre el 2 al 6 de mayo de 2018. <https://www.nuevatribuna.es/articulo/sociedad/cuestionas-estereotipos-genero-puedes-converter-sentencias-armas-discriminacion-institucional/20180518202804152081.html>

por los vínculos, cuando anteriormente el autor hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima.

Esta pauta tomada de la parte general, lo será en sentido integral como un parámetro objetivo, si en casos de femicidios no se puede considerar, tampoco sería válido aplicarla a cualquier delito cometido contra las mujeres en este contexto. Consecuentemente, no podrán valorarse circunstancias atenuantes genéricas tales como la intervención de la víctima en la afectación del vínculo de pareja, los celos “justificados”, las ofensas o provocaciones, la denominada “violencia cruzada” resultado de ímpetus de venganzas, infidelidades e “inconductas” de las mujeres, etc.

Tampoco se podrían valorar circunstancias atenuantes que reflejen recortes aislados del conflicto. Son frecuentes aquellos adjetivos tales como “buen vecino”, “buen trabajador”, “buen padre”, que si bien pueden ser pautas válidas, no se explican en tanto función de neutralizar las agresiones contra la mujer pareja.

A efectos de evitar el segundo direccionamiento, esto es, valoraciones sesgadas y estereotipadas para aumentar la intensidad del reproche cuando se trate de sanciones punitivas aplicadas a mujeres o identidades trans, también se deberían tener en cuenta ciertas reglas generales.

Al ser juzgadas mujeres, especialmente por hechos cometidos ya sea por acción u omisión relacionados a las esferas de los roles de cuidado, en particular cuando son sus hijos/as víctimas de delitos, se debería tener en cuenta que se desarrollan en un contexto de desigualdad estructural (González, 2020, p.21), esto es bajo estereotipos de “la mujer madre, que todo lo sabe y que todo lo puede”, “la buena o mala madre”.

Otros ejemplos son aquellos que hagan referencias a la vida y características personales, tales como condiciones “deshonrosas”; “vida nocturna”; “tal o cual vestimenta”; “mujer normal”; “relaciones de amigos/as”; “la inestabilidad psíquica”; “vida sexual”, etc.

Por otra parte, varias prácticas judiciales sin perspectiva de género en relación al momento de analizar las pautas del art. 41 del Código Penal se expresan en contextos donde los autores son extranjeros.

Abosso (2016) menciona que se debería valorar como atenuantes la falta de comprensión cabal de los valores culturales o morales de la sociedad por parte del autor. No obstante, resalta que tal valoración tiene límites. En sus palabras: “no debe conducir a justificar ciertas clases de conductas en las que se revela el fenómeno de un género sobre otro, en especial, cuando ellas vienen confirmadas por patrones religiosos (v.gr. ablación del clítoris, la violencia familiar, la sumisión de la mujer, el maltrato de los hijos, etc.)” (p.157-158).

En realidad, aquello que el autor utiliza como ejemplo es básicamente un estereotipo en virtud de cómo son las relaciones personales entre géneros en otros países. Además, aquello que aclara en cuanto a que no justifican ciertas conductas de un género sobre otro, consiste, ni más ni menos, en el deber del Estado de garantizar el acceso a la justicia de las mujeres migrantes y la tutela efectiva de sus derechos.

De hecho, una valoración de tales características implicaría sesgos y estereotipos del propio/a juzgador/a, aludiendo a la condición de migrante (tanto del agresor como de la mujer) y reflejando los obstáculos simbólicos a los que los relaciona.

En particular, la autora Verónica Jaramillo (2016) indica que los operadores de la justicia desacreditan las demandas judiciales de las mujeres migrantes bajo argumentos como “ en sus países eso es normal, parte de la cultura; toman y se desconocen” (p.36-37).

Por último, tampoco podrán valorarse circunstancias que partan de estereotipos de género en relación a las mujeres que acceden a la justicia. En este sentido, Elena Laurrari (2008) planteó hace varias décadas ciertas características que hacen al imaginario colectivo, categorizando a las mujeres que acuden al sistema penal: la mujer irracional, que pone y después retira la denuncia por lo que no sabe lo que quiere; la mujer instrumental, que denuncia para quedarse con la casa; la mujer mentirosa, que denuncia falsamente; la mujer punitiva, que provoca a su pareja para que su pareja cometa el hecho

delictivo; y la mujer vengativa, que busca ante todo conseguir el castigo del autor (p.245-260).

4. Conclusión preliminar

Con el análisis de las pautas de determinación de la pena concreta del art. 41, se ha querido visibilizar, al menos en términos generales, que las prácticas judiciales también conllevan revictimización en esta última consecuencia del proceso penal, al volcar en decisiones jurisdiccionales una valoración sesgada y estereotipada de las posiciones de las mujeres y el contexto cultural e histórico en el que están enmarcados estos delitos.

Este análisis también se ha propuesto la elaboración de un catálogo de herramientas para que la valoración de estas pautas sea armoniosa con las obligaciones asumidas internacionalmente por el Estado Argentino, ya que no se limita a un determinado encuadre jurídico o a una valoración de prueba con perspectiva de género, sino que involucra todas las etapas del proceso penal.

CONCLUSIÓN GENERAL

El presente trabajo ha pretendido abordar desde una perspectiva de género la última etapa del proceso judicial cuando devenga en sentencia condenatoria, es decir la determinación judicial de una pena.

A su vez, bajo el estándar de la debida diligencia en relación a las obligaciones del Estado ante casos de violaciones de Derechos Humanos de las mujeres, se propusieron dos hipótesis en relación a las respuestas estatales.

La primera, alude al interrogante de la posibilidad de una respuesta penal con perspectiva de género hasta la última etapa del proceso, que en caso de una sentencia condenatoria, será la fijación de una pena concreta. La segunda, interpela si es posible garantizar estas obligaciones sin que a la par de las respuestas punitivas del Derecho Penal, exista otro conjunto de políticas públicas que se traduzca en dispositivos sociales que entrelace diversas respuestas.

La exigencia de la perspectiva de género en la valoración de las pautas contenidas en los Arts. 40 y 41 del Código Penal tiene relación con la discrecionalidad jurisdiccional. Esto está vinculado a dos aspectos: por un lado, en relación a que dichas pautas no son establecidas en forma taxativa por su carácter agravante o atenuante, sino que poseen carácter indistinto según las características de cada caso particular. Por otro lado, ese carácter atenuante o agravante puede involucrar prácticas sesgadas o estereotipadas, ya sean que constituyen parámetros para atenuar condenas en relación a varones juzgados por hechos que impliquen contextos de violencias contra mujeres, o bien, ya sea para agravar condenas en relación a mujeres juzgadas por hechos delictivos.

En este sentido, se demostró que cualquier decisión jurisdiccional debe ser acorde a la obligación reforzada del Estado Argentino para prevenir, sancionar y erradicar las violencias contra las mujeres en razón de su género.

El alcance de esta obligación de debida diligencia fue desarrollado a partir del marco normativo internacional como también de la jurisprudencia de la Corte IDH. En particular el caso “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México” indicó:

Esta obligación implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como parte de dicha obligación, el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.”¹⁰⁴

Es decir, la decisión jurisdiccional que transforma una pena abstracta establecida por la parte especial del Código Penal en una pena concreta aplicada a una persona, no escapa a la exigencia de que sea acorde a una perspectiva de género, ya que en definitiva estas decisiones “son el modo más adecuado para la comunicación entre el Poder Judicial y la sociedad” (Gherardi, 2017, p. 285).

Por ello, se concluye en relación a la primera hipótesis, que el interrogante planteado inicialmente es afirmativo. La obligación reforzada del Estado para prevenir, sancionar y erradicar las violencias contra las mujeres en razón de su género obliga a que la respuesta penal sea con perspectiva de género hasta la última parte del proceso.

¹⁰⁴ Op. Cit. “Caso González y otras (“Campo Algodonero”)...” párr. 236.

Esta afirmación en modo alguno vulnera la garantía de imparcialidad del juzgador/a. En particular, Piqué y Fernández Valle (2020) indican:

La función jurisdiccional alude por definición a la ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas o de la materia acerca de las cuales debe decidir, lo cual es claro que no ocurren cuando los casos se sustancian y deciden sobre la base de ideas preconcebidas y discriminatorias respecto de las personas que integran ciertos grupos o respecto de los asuntos que los involucran. (p.133)

Ahora bien, el escenario de un proceso penal armonioso con el *corpus iuris* internacional en materia de género, que resigne desde esta perspectiva las pautas y observaciones del Art. 41 del Código Penal, solo constituye una parte de la respuesta integral que debe brindar el Estado para garantizar y asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las mujeres.

En tanto, al Derecho Penal se le reserva únicamente el deber/fin de prevenir la violencia de género mediante la amenaza de una pena, procesar y condenar a los autores (Pitch, 2014, p.26)

Es decir, en tanto prevención general, su primer aspecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente por medio de la norma en sentido abstracto, debe ser integrada desde todas las respuestas del Estado, por intermedio de los tres poderes, ya que los efectos preventivos pueden ser también de naturaleza no intimidatoria (Demetrio Crespo, 2018, p.128).

Por otro lado, el segundo aspecto de la prevención general en tanto confianza que produce en la población por medio de la actividad de la Justicia Penal la confirmación de la norma (plano simbólico o comunicativo); es donde cobra relevancia la práctica cotidiana judicial, no sólo en la obligación reforzada de investigación de los hechos sino también en su sanción¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Op. Cit. “Caso Véliz Franco...” párr. 89

Sentencias judiciales sin perspectiva de género, en tanto, implica la impunidad de los delitos cometidos, envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, favoreciendo su perpetuación y la aceptación social, como también una persistente desconfianza en el sistema de administración de justicia¹⁰⁶.

En cambio, sentencias con perspectiva de género aportan a la pacificación, instalada en la conciencia jurídica general, en el restablecimiento de la norma y en la necesidad de su publicidad.

El último aspecto de la prevención general en tanto ejecución de la pena concreta, será bajo los criterios de resocialización reseñados. No obstante, la realidad carcelaria de nuestro país nos arroja un panorama sombrío en relación al ideal resocializador, el cual solo incrementa la violencia estructural y selectiva, resultando así, funcional para su reproducción sistémica.

Todo lo expresado hasta aquí, permite arribar a la respuesta del interrogante planteado en la segunda hipótesis, concluyendo que la misma es negativa. No es posible garantizar las obligaciones del Estado, en tanto tutela efectiva de los Derechos Humanos de las mujeres, sin que a la par de las respuestas punitivas del Derecho Penal, existan otro conjunto de políticas públicas que se traduzcan en dispositivos que entrelacen diversas respuestas, más allá de la pena.

La Recomendación Nro. 33 del Comité de la CEDAW alude a que los sistemas de justicia se enmarquen en un contexto, sean dinámicos de participación, abiertos a medidas innovadoras, prácticas sensibles a las cuestiones de género y tengan en cuenta las crecientes demandas de justicia que plantean las mujeres¹⁰⁷

¹⁰⁶ Op. Cit. “Caso Véliz Franco...” párr. 51

¹⁰⁷ Op cit. Recom. Nro. 33 Punto I letra “d”

Como alude Tamar Pitch (2014) es necesario cambiar radicalmente la cultura jurídica dominante, deberían ponerse a disposición medidas que den a las mujeres la libertad de denunciar, apoyos económicos, sociales, culturales, además de protección de su seguridad (p.25)

Finalmente, se entiende que este cambio solo es posible desde la unívoca e irrenunciable voluntad política del Estado de prevenir, sancionar y erradicar las violencias contra las mujeres en cualquiera de sus modalidades, garantizando el libre ejercicio de los Derechos Humanos. Porque la solución principal, no está ya exclusivamente desde la respuesta del sistema penal, a través del castigo-pena, sino por el contrario, abordando integralmente la conflictividad social que contiene y reproduce las violencias contra las mujeres. Claro está, que una respuesta de esta naturaleza, solo se encara desde una acción ejecutada por los tres poderes que conforman el Estado.

BIBLIOGRAFÍA

Abadía Cubillos, Marcela (2018), *Feminismos y sistema penal. Retos contemporáneos para una legitimación del sistema penal*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes: Bogotá.

Abosso, Gustavo (2016), *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia*, 3ª ed., B de F ed., Buenos Aires.

Acsehrad, Flora Sofía y Pzellinsky, Romina (2020), “El impacto de la perspectiva de género en la administración de justicia” en *Tratado de Géneros, Derecho y Justicia: derecho penal y sistema judicial*, coordinación general de Carolina Videtta; dirigido por Marisa Herrera; Silvia Eugenia Fernández; Natalia de la Torre, T° 2, 1ra. ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 377-412.

Acosta Vargas, Gladys (1999), “La mujer en los códigos penales de América Latina y el Caribe Hispano”, en Alda Facio y Lorena Fries (Eds.), *Género y derecho*. Lom: Santiago de Chile, p.621-686.

Alonso Álamo, Mercedes (2019), “El delito de feminicidio. Razones de género y Técnica legislativa” en *Mujer y Derecho Penal ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Coord. Parrilla Vergara, Javier y Director. Monge Fernández, Antonia. 1° ed., J.B. Bosch: Barcelona, España, pp- 91-125.

Arduino, Ileana (2020), “Violencias de Género y el proceso penal: Entre la promesa de la sanción y la gestión de los conflictos”, en *Tratado de Géneros, Derecho y Justicia: derecho penal y sistema judicial*, dirigido por Marisa Herrera; Silvia Eugenia Fernández; Natalia de la Torre, T° 1, 1ra. ed., Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, p. 169-192.

Azcue, Ludmila (2020), “El homicidio de la pareja cometido por una mujer: Paradojas del uso simbólico del Derecho Penal”, en “El impacto de la perspectiva de género en la administración de justicia”, en *Tratado de Géneros, Derecho y Justicia: derecho penal y sistema judicial*, dirigido por Marisa Herrera; Silvia Eugenia Fernández; Natalia de la Torre, T° 1, 1ra. ed., Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, p. 71-94.

Baratta, Alessandro (1990) “Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos”. En *Revista IIDH, Vol. 11* (enero-junio 1990) en <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1394/revista-iidh11.pdf>

Bergalli, Roberto y Bodelón, Encarna (1992), “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico”, en *Anuario de Filosofía del Derecho (IX)*, Madrid.

Besio Hernández, Martín (2011), *Los criterios legales de individualización judicial de la pena en los delitos dolosos. Gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias modificativas de responsabilidad*, Ed. Tirant Lo Blanch: Valencia.

Bessone, Nicolás (2010), *Sobre los atenuantes y agravantes subjetivos en la determinación judicial de las penas*, FD Fabián Di Plácido Editor: Buenos Aires.

Bodelón, Encarna (2015), “Violencia Institucional y violencia de género”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Norteamérica, 48.

Bodelón, Encarna (2009), “Feminismo y Derecho. Mujeres que van más allá de lo jurídico”, en Nicolás Lazo, G., et al. (coords.): *Género y Dominación. Críticas feministas del Derecho y el poder*, Barcelona: Anthropos, p. 95-116.

Bombini, Gabriel (2014), “Límites constitucionales en la determinación judicial de la pena. La función referencial del mínimo de pena dentro del marco legal”, en *Determinación judicial de la pena y ejecución de la pena, compendio de doctrinas*; Alagia, Alejandro; De Luca, Javier A. y Slokar, Alejandro W., 1ª ed., Infojus: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 33-54.

Butler, Judith (2004), *Deshacer el género*, ed. Paidós Ibérica: Barcelona.

Bustos Ramírez, Juan (1984). “Criminología crítica y derecho penal latinoamericano”. En *Revista Criminología Crítica*. Universidad de Medellín, p. 165-198.

Cané, Marcos (2018), “Condenadas: ceguera de género en la determinación judicial de la pena”, en *La Ley Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 11, 2018, p. 59-65.

Ciriza, Alejandra (1997) “Desafíos y perspectivas. Qué feminismo hoy”, *Anuario de Filosofía Argentina y Americana*, N° 14.

Ciriza, Alejandra (2006) “Genealogías feministas y ciudadanía. Notas sobre la cuestión de las memorias de los feminismos en América Latina”, Ponencia en *VIII Jornadas Nacionales de Historia de las Mujeres, III Congreso Iberoamericano de Estudios de Género*, Universidad Nacional de Córdoba.

Ciriza, Alejandra (2007), “¿En qué sentido se dice ciudadanía de mujeres? Sobre las paradojas de la abstracción del cuerpo real y el derecho a decidir”. En publicación

Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía. Hoyos Vásquez, Guillermo. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires.

Ciriza, Alejandra (2015) “Construir genealogías feministas desde el Sur: encrucijadas y tensiones”, *MILLCAYAC - Revista Digital de Ciencias Sociales / Vol. II / N° 3*, Centro de Publicaciones FCPyS. UNCuyo, Mendoza, p. 94.

Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone (2009), *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2009. Traducción al español por: Andrea Parra (andparra@gmail.com) Profamilia, 2010.

Correa Flórez, María Camila (2020), “Legítima Defensa, violencia doméstica y mujeres que matan”, en *Tratado de Géneros, Derecho y Justicia: derecho penal y sistema judicial*, dirigido por Marisa Herrera; Silvia Eugenia Fernández; Natalia de la Torre, T° 1, 1ra. ed., Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, p. 47-70.

Costa Wegsman, Malena (2017), “Feminismos Jurídicos en la Argentina”, en *Hacia políticas judiciales de género*, dirigido por Paola Bergallo y Aluminé Moreno, Editorial Jusbaire: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 237-260.

Costa, Malena (2015), “Feminismos jurídicos. Propuestas y debates de una trama paradójica”, *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, 66, p. 153-161.

Costa, Malena (2016), *Feminismos Jurídicos*, Ediciones Didot: Buenos Aires.

D’Alessio, Andrés (2011), *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, 2ª ed. actualizada y ampliada, La Ley ed.: Buenos Aires.

Demetrio Crespo, Eduardo (2019), *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 2ª edición, Editorial B de F: Buenos Aires.

Dempsey, Michelle M. (2006), “What Counts as Domestic Violence? A Conceptual Analysis”, en *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 12.

Di Corleto, Julieta (2020), “Respuestas a la Violencia de Género. Los escraches como mecanismos alternativos a la Justicia Penal”, en *Tratado de Géneros, Derecho y Justicia*:

derecho penal y sistema judicial, dirigido por Marisa Herrera; Silvia Eugenia Fernández; Natalia de la Torre, T° 1, 1ra. ed., Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, p. 193-212.

Echeburúa, Enrique y de Corral, Paz (2010), “Violencia en las relaciones de pareja. Un análisis psicológico”, en *Violencia Intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*, dirigido por José Agustina, Ed. B de F: Buenos Aires, p. 135-164.

Facio, Alda (2017), “Elementos conceptuales y metodológicos para favorecer la interpretación judicial con perspectiva de género” en *Hacia políticas judiciales de género*, dirigido por Paola Bergallo y Aluminé Moreno, Editorial Jusbaire: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 299-325.

Facio, Alda (2000), *El acceso a la justicia desde una perspectiva de género*, Costa Rica. Consultado en: http://americalatinagenera.org/newsite/images/cdr-documents/publicaciones/acceso_justicia_facio.pdf

Facio, Alda (1992), *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, ILANUD: San José de Costa Rica.

Feijoo Sánchez, Bernardo (2017), *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*, editorial B de F: Buenos Aires.

Fernández Valle, Mariano (2017), “Aproximación a las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana”. *Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 17*, Marzo de 2017, Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella.

Ferrajoli, Luigi (1995), *Derecho y razón*, Trotta: Madrid.

Figuroa, Ana María (2017), *El Derecho de género. Violencia contra las mujeres, trata de personas*, Ediar: Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

García Muñoz, Soledad (2001) “La progresiva generalización de la protección de los derechos humanos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Número 2*. <http://www.reei.org>

Garland, E. (1990) “*Punishment and Modern Society*”, Clarendon Press: Oxford.

Gherardi, Natalia, (2017) “Juzgar con perspectiva de género: Estrategias para avanzar en el acceso a la justicia”, en Bergallo, Paola y Moreno, Aluminé, (2017), *Hacia políticas judiciales de género*, Editorial Jusbaire: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p.281-298.

González Prado, Patricia (2018), *Aborto y la autonomía sexual de las mujeres, 1ra. ed.*, Didot: Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

González Prado, Patricia; Yanes, Aleyda; Rodríguez, Rosana; González Prado, María José y Yanes, Zaida y Cririza, Alejandra (2012), *Violencia contra las Mujeres. Quien calla otorga*, Proyectos de Divulgación Científico - Tecnológica del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Consultado en: https://bdigital.uncuyo.edu.ar/objetos_digitales/5270/violencia-contra-las-mujeres-quien-calla-otorga5-2.pdf

González, Cecilia (2020), “Omisiones de cuidado en contextos de violencia de género”, en *Tratado de Géneros, Derecho y Justicia: derecho penal y sistema judicial*, dirigido por Marisa Herrera; Silvia Eugenia Fernández; Natalia de la Torre, Tº 1, 1ra. ed., Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, p. 19-46.

Harding, Sandra (1998), *¿Existe un método feminista?* Traducción de Gloria Elena Bernal. En: <https://urbanasmad.files.wordpress.com/2016/08/existe-un-mc3a9todo-feminista-s-harding.pdf>.

Harris, A. (1993), “Race and Essentialism in Feminist Legal Theory”, en D. K. Weisberg (ed.), *Feminist Legal Theory: Foundations, Philadelphia*, Temple University Press, p. 348-358.

Hassemer, Winfried (1984), *Fundamentos de Derecho Penal*, Bosch: Barcelona.

Hopp, Cecilia Marcela (2017), “Buena madre, Buena esposa, Buena mujer: abstracciones y estereotipos en la imputación penal”, en *Género y justicia penal*, compiladora: Di Corleto, Julieta, 1ra. ed., Didot: Buenos Aires, p. 15-46.

Hörnle, Tatjana (2003), *Determinación de la Pena y Culpabilidad. Notas sobre la Teoría de la Determinación de la pena en Alemania*, Ed. Fabián J. Di Placido: Buenos Aires.

Iglesias Skulj, Agustina (2014), “Violencia de género en América Latina. Aproximaciones desde la criminología feminista”, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vol. 15, Nº. 1, p. 199-237.

Iglesias Skulj, Agustina (2019), “Experiencias (In)apropiadas: De las grandes narrativas hacia un pensamiento situado en la criminología feminista”. *Suplemento Especial de la Revista Cuestiones Criminales, Cuadernos de Investigación ‘Apuntes y claves de lectura sobre Women, Crime and Criminology de Carol Smith’*, Nro. 2, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, p. 127-146.

Jakobs, Günther (1996), *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid.

Jakobs, Günther (2005), “La pena como reparación del daño”, publicada en “Dogmática y Criminología. Dos versiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía”, Bogotá

Jaramillo Fonnegra, Verónica (2016), “Acceso a la justicia, migrantes y violencia de género: Municipio de Lanús”, *Revista nuestra América*, ISSN 0719-3092, Vol. 4, n° 7, enero-junio.

Kindhäuser, Urs y Mañalich, Juan Pablo (2011), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Ed. B de F: Buenos Aires.

Lagarde, Marcela (1997), *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*, Edit. HORAS (2ª edición): Madrid

Lamm, Eleonora (2018), “Identidad de género. Sobre la incoherencia legal de exigir el sexo como categoría jurídica”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8

Laurrari, Elena (2008), *Mujeres y Sistema Penal. Violencia doméstica*, Ed. B de F: Buenos Aires.

Laurrari, Elena (2018), *Criminología crítica y violencia de género*, 2da. ed., Editorial Trotta: Madrid.

Lemaitre, Julieta (2010), “Violencia”. En: Motta, Cristina y Sáez, Macarena. *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*. Siglo del Hombre Editores: Bogotá, p. 549-630.

MacKinnon, Catharine (1995), *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Universitat València, Instituto de la Mujer, Ed. Valencia.

Mackinnon, Catharine (1983), “Feminism, marxism, method and the State: Toward Feminist Jurisprudence”, *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 8 (2), p. 635-58.

Magariños, Mario (1993), “Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena”, en *La determinación judicial de la pena*, Ed. del Puerto: Buenos Aires, p. 71-85.

Martínez, Natalia (2018), “¿Pueblo feminista? Algunas reflexiones en torno al devenir popular de los feminismos”, *Revista de Estudios Latinoamericanos*, México (2018/2), p. 173-201.

McDermott, J.M. y Garofalo, J. (2004), *When Advocacy for Domestic Violence Victims Backfires: Violence Against Women*, 10/11: 1245-1266.

Medina Quiroga, Cecilia (2011) “Derechos Humanos de la Mujer: ¿dónde estamos ahora en las Américas?”, en *18 Ensayos. Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Consultado en: http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Medina_DondeEstamos.pdf

Mir Puig, Santiago (1986), “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, *Poder y Control*, Nro. 0, p. 49-58.

Mir Puig, Santiago (2016), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición actualizada y revisada. Editorial Reppertor: Barcelona.

Navas, María Candelaria (1993), “Conceptualización de género”, en *VVAA, Sobre patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones (Una mirada género sensitiva del derecho)*, Edit. Rosalía Camacho; y Alda Facio, *Programa Mujer, Justicia y Género*, ILANUD.

Nino, Carlos (1989), “La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos”, en *Doctrina Penal*, enero/marzo, p. 29-48.

Pérez Manzano, Mercedes (1986), *Culpabilidad y Prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid: Madrid.

Pitlevnik, Leonardo G. (2008), “Tres cuestiones sobre la individualización de la pena” en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, dirección: Leonardo G. Pitlevnik, T. 5 (comentario al fallo “Garrone”), ed. Hammurabi: Buenos Aires.

Pinto, Mónica (2017), “Discriminación y violencia. Un comentario sobre los derechos de las mujeres en el marco del derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Pensar en Derecho*, Nro. 9, año 5, Eudeba, Universidad de Buenos Aires, 1º edición, Febrero/2017.

Piqué, María Luisa (2017), “Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional”, en *Género y justicia pena*, compiladora: Di Corleto, Julieta, 1ra. ed., Didot: Buenos Aires, p. 309-348.

Piqué, María Luisa y Fernández Valle, Mariano (2020), “La garantía de imparcialidad judicial desde la perspectiva de género” en *Tratado de Géneros, Derecho y Justicia: derecho penal y sistema judicial*, dirigido por Marisa Herrera; Silvia Eugenia Fernández; Natalia de la Torre, Tº 1, 1ra. ed., Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, p. 123-147.

Pitch, Tamar (1985), “Critical criminology, the construction of social problems, and the question of rape”, *International Journal of Sociology of Law*, 13.

Pitch, Tamar (2003), *Responsabilidad Limitada. Actores, Conflictos y Justicia*, Capítulo IV: ¿Mejor los jinetes que los caballos? El uso del potencial simbólico de la justicia penal por parte de los actores en conflicto, Ad Hoc: Buenos Aires.

Pitch, Tamar (2014), “La violencia contra las mujeres y sus usos políticos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, p. 19-29.

Roxin, Claus (1997), “Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, en *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Civita:, Madrid, p. 78-110.

Roxin, Claus (1976), “Sentido y límites de la pena estatal”, en *Problemas básicos del derecho penal*, traducción de D. M. Luzón Peña, Reus: Madrid.

Roxin, Claus (2007), “Cambios en los fines de la teoría de la pena” en *Teoría del delito en la discusión actual*, traducido por Manuel Abanto Vázquez. Ed. Grijley.

Roxin, Claus (2012), “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, *InDret* Nro. 4, Barcelona.

Sacayán, Say; Arias, Darío y Sánchez, Luciana (2020), “El litigio en el travestimiento de Diana Sacayán”, en *Tratado de Géneros, Derecho y Justicia: derecho penal y sistema judicial*, dirigido por Marisa Herrera; Silvia Eugenia Fernández; Natalia de la Torre, T° 2, 1ra. ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 125-140.

Segato, Rita (2018), *Contra-pedagogías de la crueldad*, 1ª ed., Prometeo Libros: Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Segato, Rita Laura (2018), *La crítica de la colonialidad en ocho ensayos*, 2a. ed., Prometeo Libros: Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Segato, Rita (2010), Ensayo “La argamasa jerárquica: violencia moral, reproducción del mundo y la eficacia simbólica del derecho”, en *Las estructuras de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, 2da. ed., Prometeo Libros, p. 105-127.

Segato, Rita, (2010), Ensayo “Las estructuras elementales de la violencia: Contrato y estatus en la etiología de la violencia”, en *Las estructuras de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, 2da. ed., Prometeo Libros: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p.129-145.

Segato, Rita (2010), Ensayo “La estructura de género y el mandato de violación”, en *Las estructuras de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*”, 2da. ed., Prometeo Libros: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 21-52.

Silva Sánchez, Jesús María (2018), *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Editorial Atelier: España.

Silva Sánchez, Jesús María (2012), *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2da. ed. ampliada y actualizada, B de F Editorial: Buenos Aires.

Silva Sánchez, Jesús María (2007), “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho* N^o 2, Barcelona.

Toledo, Patsilí (2017), “Femicidio”, en *Género y justicia penal*, compiladora: Di Corleto, Julieta, 1ra. ed., Didot: Buenos Aires, p. 237-264.

Walbi, Silvia (1990), *Theorizing Patriarchy*, Brasil Blackwell: Cambridge.

Walker, Eleore (2012), *El síndrome de la mujer maltratada*, Descleé de Brouwer: Bilbao.

Ziffer, Patricia (2013), *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2^a ed., 2^a reimp., Ad-Hoc Editorial: Buenos Aires.

Ziffer, Patricia (2007), *La idea de peligrosidad como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fermín Ramírez*, La Ley, 2007-A.