

El ejercicio de la acción penal en casos de lesiones leves cometidas en contextos de *violencia de género*: alcances de la intervención de la mujer y de la justicia penal

Javier Di Iorio (UNMDP)

1. Introducción. Planteamiento del tema

A menudo, la Justicia suele encuadrar parte de las irrefrenables violencias no letales¹ sufridas por las mujeres entre las “lesiones leves” (CP, art. 89), lo que determina que las correspondientes acciones penales que nacen del delito sean consideradas por la legislación argentina “*dependientes de instancia privada*” (CP, arts. 71 y 72)² y, por lo tanto, que no se puede proceder a formar causa sino por impulso de la propia víctima u otros representantes establecidos en la ley. Esto quiere decir que el diseño actual del régimen legal frena la acción del Estado, que, hasta que no sea habilitado, no puede perseguir al presunto agresor; la única salvedad es que medien “*razones de seguridad o interés público*”, supuestos en los que se admite una actuación de oficio³.

Ante ello, varias de las preguntas que se proyectan están relacionadas a la operatividad de esta previsión legal en el terreno práctico, y específicamente a la *interpretación judicial y aplicación*

¹ Segato, Rita Laura, La guerra contra las mujeres, Madrid, Traficantes de Sueños, 2016, p. 154.

² CP, art. 72: *Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91. 2. Lesiones leves, sean dolosas o culposas. 3. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio: a) En los casos del inciso 1, cuando la víctima fuere menor de 18 años de edad o haya sido declarada incapaz; b) En los casos del inciso 2, cuando mediaren razones de seguridad o interés público; c) En los casos de los incisos 2 y 3, cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, o cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre éstos y el menor, siempre que resultare más conveniente para el interés superior de aquél.*

³ Al respecto, véase: Fierro, Guillermo H., comentario a los arts. 71/76 CP, en Código Penal y normas complementarias, Baigún David y Zaffaroni Eugenio (coords.), Tomo 2, CABA, Hammurabi, p. 739 y ssgtes. Es preciso añadir que el impedimento procesal al que se alude, se mantiene aun cuando sean procedentes los agravantes previstos en el art. 80 inc. 1° -por ser cometido contra su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia- y 11° -por ser cometido contra una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediere violencia de género-, por remisión del art. 92, todos del Código Penal.

en casos donde median violencias por razones de género⁴ cuando la mujer no da ese impulso a la acción penal o se reserva la posibilidad de hacerlo en el futuro: ¿Bajo qué condiciones se admite a los órganos estatales actuar? ¿Pueden promover automáticamente el proceso penal? ¿Es argumento suficiente invocar las obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado de prevenir, investigar y sancionar esas violencias? ¿Qué espacio queda (si es que queda) para receptar la voluntad e intereses de la víctima? ¿Todos los casos son idénticos o, por el contrario, cabe hacer diferenciaciones?

En el fondo, el asunto se cruza con varias discusiones llevadas adelante por el pensamiento feminista y, a la misma vez, expone la transformación permanente de ese nutrido temario y demuestra cómo una mirada de género debe atravesar todo el campo jurídico. Ante el respaldo (e incluso, incentivo) de la intromisión del derecho penal⁵, y priorizándose -tanto en la selección como en los comentarios- una lectura en clave de género del instituto⁶, se pretende repasar algunos criterios jurisprudenciales que abordan estas complejas situaciones, con el fin de elevar la capacidad crítica y de problematizar formas concretas de discriminación contra las mujeres que pueden escurrirse en el suceder de las prácticas judiciales.

⁴ Al margen de las diferencias conceptuales, a los fines meramente expositivos y por ameritar la cuestión un análisis separado y detenido que excedería el propósito y la extensión del presente aporte, se emplea el término “violencia de género” como equivalente a “violencia contra la mujer”; y, en cuanto a esta última definición, se sigue la de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará) que alude a “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” -art. 1º- (asimismo, art. 4, ley 26485).

⁵ Con referencia a la relación entre la “teoría legal feminista” y el derecho penal y a la influencia del derecho internacional de los derechos humanos, véase: Di Corleto, Julieta, Medidas alternativas a la prisión y violencia de género, Revista Electrónica “Género, Sexualidades y Derechos Humanos” (Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Vol. I, nº 2, Julio 2013). Cabe apuntar que ninguna de las últimas tres comisiones conformadas para la reforma integral del Código Penal argentino contempla la mutación del régimen del ejercicio de la acción penal en estos delitos (Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación del año 2006; Anteproyecto de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación Argentina del 2013, y Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación Argentina del año 2017). Han surgido algunas propuestas impulsadas que pretenden transformar a estos ilícitos en “delitos de acción pública” cuando “el hecho objeto de imputación hubiese sido cometido en un contexto de violencia de género”. Véase: <https://www.infobae.com/politica/2019/10/02/macri-lanzo-un-plan-nacional-para-la-reduccion-de-femicidios-y-envio-al-congreso-un-proyecto-de-ley-con-medidas-para-prevenirlo/> (con el proyecto enviado a la Legislatura); https://www.clarin.com/politica/mauricio-macri-impulsara-ley-violencia-genero-investigue-denuncia-victima_0_3Jc1de7Q.html; <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/el-gobierno-quiere-violencia-genero-sea-delito-nid2293397>; <https://www.perfil.com/noticias/sociedad/impulsan-un-proyecto-deley-para-que-los-delitos-de-violencia-de-genero-sean-de-instancia-publica.phtml>.

⁶ Esteva, Margarita Bonet, “Derecho Penal y Mujer: ¿Debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género?”, AAVV, Derecho, género e igualdad, Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas, Volumen I, coordinadoras Daniela Heim y Encarna Bodelón González, p. 28.

2. Criterios jurisprudenciales y abordaje judicial de estas situaciones.

La introducción de la mirada y experiencia de las mujeres acerca de su paso por el sistema penal y las respuestas que éste le puede ofrecer

Por un lado, es ineludible introducir la mirada y experiencia de las mujeres como colectivo cuyos deseos, necesidades y experiencias han sido invisibilizados o subvalorados⁷, realizando un análisis crítico sobre las vivencias de su paso por el sistema penal y las respuestas que éste es capaz de ofrecerle. Identificar que la expropiación del conflicto que habilita la norma -en principio, por vía de excepción, pero que como se verá suele interpretarse con un alcance amplio, irrestricto y con una escasa fundamentación- puede dejar un margen abierto para favorecer en la *praxis efectos revictimizantes, reforzadores y reproductores de la desigualdad de género*, que se transforman en verdaderos obstáculos al acceso a la justicia.

El contacto de la mujer con el sistema penal sigue siendo en buena medida una experiencia negativa y hasta traumática, tropieza con una serie de prácticas desplegadas por diversos actores, principalmente actores estatales, que engloban cuestiones muy diferentes y con distintos significados para cada persona, como consecuencia –entre otros- de la aplicación y perpetuación de estereotipos de género, de la poca influencia de la víctima en el proceso penal, de intromisiones e indagaciones indebidas en su intimidad y privacidad, repetidas convocatorias al proceso o de su excesiva duración, o de otras prácticas que aumentan el riesgo de nuevas victimizaciones⁸.

Ello implica reconocer múltiples problemáticas en la forma de abordar los casos por parte de los prestatarios de servicios de salud, judicial, policial y social que toman contacto con situaciones de violencia y con sus protagonistas, las que se evidencian en cada una de las actuaciones y/o articulaciones de las agencias que integran. En diversos ámbitos del país, se relevaron y sistematizaron prácticas institucionales comunes que permiten diagnosticar parte de esas dificultades y visualizar los perjuicios reales de su actuación, señalándose en especial núcleos críticos en los primeros tramos del proceso penal; justamente aquellos momentos en los cuales se manifiesta la oportunidad de expresarse acerca de la continuidad o cese de la alternativa penal⁹.

⁷ Facio, Alda, Elementos conceptuales y metodológicos para favorecer la interpretación judicial con perspectiva de género, en AAVV, Hacia políticas judiciales de género, Jusbaire, CABA, 2017.

⁸ Por todo: Piqué, María Luisa, Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional, p. 347, en Género y justicia penal, Di Corleto Julieta –comp.-, 1° edición, CABA: Didot, 2017. Asimismo: art. 3 inc. “k”, decreto reglamentario, ley 26485 (anexo 1).

⁹ Como muestra, se señalan el trato dispensado por parte de los encargados de recepcionar una denuncia o declaración a la víctima (sucesivas citaciones y reiteraciones del testimonio, percepciones discriminatorias, u obstáculos para poder radicarla), las demoras en la intervención judicial para adoptar las medidas de protección, o numerosas deficiencias para llevar adelante las investigaciones penales de este tipo (vgr. delegación en la instrucción policial, se supedita la prueba a la propia víctima, retrasos en la tramitación, duplicación de expedientes). Véase, al

Estas prácticas forman parte indudablemente de la “ruta crítica” que deben transitar las mujeres para salir de su situación de violencia, aunque no siempre lo puedan lograr y, muchas veces, las lleven otra vez a la situación de maltrato¹⁰, escenario que se ve potenciado en función de los complejos procesos de “desmaterialización” de las violencias¹¹ que se producen en el sistema penal y de un procedimiento de gestión –establecido tanto en las leyes de violencia “familiar” de las provincias como en la legislación nacional más reciente de protección integral– centrado en la denuncia como mecanismo privilegiado para el acceso a la justicia¹², que muchas veces termina amenazándola o descalificándola¹³.

No puede dejarse de lado que la idea de que la protección de los derechos de las mujeres en los códigos penales está garantizada por la igualdad formal, olvida que dichos códigos se configuraron de espaldas, olvidando y negando, a las violencias más frecuentes que sufren las

respecto –entre otros-: Informe 2014/2015. Monitoreo de políticas públicas y violencia de género, Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, disponible en: <https://www.defensorba.org.ar/pdfs/comunicados/Informe-OVG-2014-2015-Monitoreo-de-Politicas-Publicas-y-Violencia-de-Genero.pdf>; Teodori, Claudia Elisabeth, Rutas críticas de mujeres en situación de violencia familiar. Estudio de casos en la ciudad de Buenos Aires, Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales, Vol. 11 n° 2, diciembre 2015, p. 179-194, disponible: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/10/doctrina48220.pdf>; INECIP – CEJA, Estudio exploratorio sobre prácticas del sistema de justicia en torno a casos de violencia de género en la justicia nacional de la Ciudad de Buenos Aires, 2020, disponible en: <https://inecip.org/publicaciones/estudio-exploratorio-sobre-practicas-del-sistema-de-justicia-en-torno-a-casos-de-violencia-de-genero-en-la-justicia-nacional-de-la-ciudad-de-buenos-aires/>.

¹⁰ Sagot, Monserrat, Ruta Crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina (Estudios De Caso De Diez Países), Organización Panamericana de la Salud, Programa Mujer, Salud y Desarrollo, 2000.

¹¹ Bodelón, Encarna, “Violencia institucional y violencia de género”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, vol. 48 (2014). Ahonda esta autora: “...la forma como es tratado el tema por el sistema penal produce una imagen muy distinta. Las violencias reiteradas y diversas en sus formas son transformadas por el sistema penal en fenómenos en su mayoría que aparecen como violencias puntuales y que mayoritariamente adoptan la forma de violencias físicas. Violencias machistas graves, que son prácticas que atraviesan las relaciones afectivas, se convierte en “conflictos de pareja”, “incidentes puntuales”, violencias banalizadas y resituadas en el universo de la violencia interpersonal (...) Las violencias psíquicas prácticamente desaparecen del proceso penal, quedando sólo la violencia física como un rastro de procesos muy complejos. A su vez, la violencia física se fragmenta y lo que recoge el sistema penal son en muchos casos episodios. Las razones que conducen a esto son variadas. No siempre las mujeres relatan todo el proceso de violencia, pero cuando lo hacen, muchos sistemas penales no recogen toda la complejidad del proceso y ello no sólo por razones técnico-jurídicas, como la inexistencia de figuras de violencia habitual, sino también por ineficientes prácticas jurídicas, como una deficiente instrucción” (idem, p. 142).

¹² OVG, Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires, informe cit. 2014-2015, p. 9.

¹³ Críticamente, Larrauri explica que “...la mujer que acude al sistema penal no sólo no encuentra resolución a sus problemas materiales, sino que además tropieza con un sistema penal encerrado en su propia lógica que apenas atiende a sus necesidades o pretensiones (...) el sistema penal se torna en una institución que finalmente acaba amenazándola a ella, y en otras ocasiones la descalifica por querer lo que quiere” (Larrauri, Elena, ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?, UNED, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2º Época, n° 12, 2003, p. 299).

mujeres, las violencias machistas¹⁴; o, en términos más amplios, Encarna Bodelón plantea que el derecho actual ha incluido falsamente a las mujeres y, si bien la norma jurídica se ha universalizado, no ha transformado sus principios ni las estructuras de las que partía y sigue sin reconocer la grave desigualdad social, teniendo el derecho penal un limitado papel de denuncia y rechazo de la violencia contra las mujeres¹⁵.

Si bien es cierto que criminalizar determinadas conductas es una estrategia para hacer evidente un repudio social (se “anormaliza” lo que en algún momento pudo haber sido percibido como normal), también habrá que considerar y valorar los efectos que trae consigo su utilización, sobre todo cuando nos incardinamos en una perspectiva crítica-realista acerca de las funciones latentes del sistema de justicia penal y su dudosa función como instrumento de prevención o inhibición de delitos¹⁶. La puesta en práctica de una normativa (CP, 72) que puede aparentar neutralidad, pero que fue considerada “fiel ejemplo del androcentrismo” -es decir, de normas concebidas y aplicadas sin perspectiva de género-¹⁷ y que en sus orígenes jamás pudo considerar las especificidades de la violencia machista¹⁸, no sólo no puede ser obviado, sino que la contemplación de estas experiencias se torna obligatorio para órganos judiciales pertenecientes a un Estado que ha ratificado la CEDAW¹⁹.

¹⁴ Bodelón, Encarna, “Violencia institucional y violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 48 (2014), op. cit., p. 137.

¹⁵ Bodelón, Encarna, “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal”, en Bergalli (coord. y colab.), “Sistemas penales y problemas sociales”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 471/472.

¹⁶ Núñez Rebolledo, Lucía, ¿Es la criminalización un instrumento de libertad femenina?, en *Feminismos y política criminal: una agenda feminista para la justicia*, Arduino Ileana (comp.), 1º ed., Buenos Aires, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), 2019, p. 33/34. En este sentido, se sostiene que cuando un problema entra en el sistema penal es porque su gravedad es tal que ya no presenta una solución mejor que pueda satisfacer a las partes implicadas y a la sociedad, esto es vital para entender que las soluciones a los problemas de desigualdad y discriminación de la mujer en una sociedad discriminadora y violenta de las mujeres nunca podrán ser obtenidas mediante el derecho penal, ni tan siquiera, si éste llegara algún día a construir respuestas desde políticas criminales que orientaran su labor legisladora desde una perspectiva que tenga en cuenta esa situación de desigualdad y discriminación real (Esteva, op. cit., p. 29).

¹⁷ Piqué, 2015, op. cit., p. 347.

¹⁸ Cuando se estableció este régimen (diferenciando las acciones en públicas, dependientes de instancia privada y privadas) “...no se tuvieron en cuenta las especificidades de la violencia machista en las relaciones de pareja o ex pareja, que, a diferencia de los demás delitos –que suelen involucrar episodios puntuales que ocurrieron en un lugar y espacio determinados- suele involucrar una serie de conductas subsumibles en diferentes tipos penales” (Piqué María Luisa y Pzellinsky Romina, *Obstáculos en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género*, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 14, nº 2, Noviembre de 2015, p. 225). Recuérdese, que la introducción de las “lesiones leves” al régimen de las acciones dependientes de instancia privada fue producto de la ley nº 17.567 (sancionada el 06/12/67; publicada B.O. el 12/01/1968), cuyo autor intelectual fue Soler -quien la elaboró tomando como base su Proyecto de 1960-, y se fundamentó en la saturación creciente de los tribunales por el incremento de causas y con el propósito confesado de descomprimir tal situación existente (Fierro, op. cit., p. 753).

¹⁹ Facio, op. cit., p. 300/301.

Ello, al postergar una visión consensuada de la mujer como persona titular de derechos humanos y conspirar, a la vez, contra la necesidad de reconocer, proteger y promover el desarrollo de la mujer como sujeto plenamente capaz de afrontar esa situación estructural de desventaja frente a sus compañeros de especie hombres²⁰: una política criminal que imposibilite *de ante mano* a la mujer prescindir de la intervención penal ante las lesiones leves –por ejemplo- causadas por su pareja, está asumiendo que no tienen autonomía, las patologiza y les niega crédito acerca de cuál es la mejor forma de resolver su problema²¹, reemplazando el abandonado “paternalismo marital” -propio de reglamentaciones del siglo pasado-, por un “paternalismo estatal” que compromete derechos constitucionales y convencionales.

Y, conjuntamente, tal como se describió, en la práctica la normativa puede impactar –con un sustrato discriminatorio directo o indirecto²²- perjudicialmente de manera particular en las mujeres, en su condición de tales²³, revictimizándolas de variadas maneras, sin brindar soluciones a los problemas de desigualdad y discriminación; actos que, cuando provienen del Estado, configuran supuestos de violencia institucional, incluidas manifestaciones en las que éste es directamente responsable por su acción u omisión, y también las conductas que muestran una pauta de discriminación o de obstáculo en el ejercicio y goce de los derechos, tanto en el campo de los servicios sociales como en el ámbito penal²⁴.

En este sentido de interpretación, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional²⁵ señaló limitaciones para prescindir de la instancia de la mujer, a riesgo de cristalizar prácticas que desmerecen su autonomía y capacidad de autodeterminación, en un correcto enfoque que relea el instituto con explícita perspectiva de género, al exigir una “*mínima comprobación de la situación real en que se encuentra la mujer*” antes de hacer uso de la excepción legal prevista y desechar la promoción de la instancia; este déficit, dijo la Alzada, en modo alguno puede suplirse con la invocación genérica de las convenciones internacionales o la

²⁰ Esteva, op. cit., p. 28.

²¹ Por todo: Piqué, 2015, op. cit., p. 332.

²² La discriminación indirecta contra la mujer “tiene lugar cuando una ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutra por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer porque las desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida aparentemente neutra (...) la discriminación indirecta puede exacerbar las desigualdades existentes por la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos de discriminación y el desequilibrio de las relaciones de poder entre la mujer y el hombre” (CEDAW, recomendación n° 28, párr. n° 16).

²³ Piqué, 2015, op. cit.

²⁴ Bodelón, 2014, op. cit., p. 133/136.

²⁵ CNCCC, Sala II, c. CCC 7999/2018/TO1/2/CNC1, autos “A.G., D.S. S. recurso de casación”, 11/02/2019. La resolución hace lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, anula todo lo actuado a partir de la declaración indagatoria, y remite las actuaciones al Juzgado de Instrucción n° 27 a fin que “cite a I. C. C. S. para que ella indique –de manera libre e informada- si desea instar la acción penal”; pero ha evitado dar parámetros precisos acerca de cómo debe materializarse la diligencia para obtener ese consentimiento, lo que quedaría librado a la imaginación o actitud más o menos proactiva de los organismos judiciales.

ley de protección integral de las mujeres, colocándose el juez Sarrabayrouse -que llevó la voz cantante en la votación- en una posición diametralmente opuesta a la de la Fiscalía y el Tribunal de juicio, en cuanto asumían que frente a la denuncia de un hecho tipificado como lesiones leves, cuando es realizado en un contexto de violencia de género, no se requiere de la promoción de parte. En este supuesto, la víctima denunció agresiones propinadas por parte de su –por entonces- pareja²⁶, y al ser consultada expresamente en relación a cuál era “el deseo que buscaba con esa presentación” indicó “Quiero que no se acerque dónde estoy viviendo y que no me busque, no me llame ni nada, que no haya ningún tipo de contacto” y que “por el momento” no deseaba instar la acción penal.

En cuanto a los fundamentos, ensaya un punto por el que descarta aquella interpretación que concibe -en la práctica- a todos estos hechos como delitos de “acción pública”, valorando la falta de apego no sólo a la letra de la ley vigente sino a una voluntad legislativa que -a pesar de ocuparse del artículo 72 del C.P. se centró en otros casos- mantuvo inalteradas las reglas; esto le permite concluir que “nuestro ordenamiento garantiza la posibilidad de escuchar a la presunta afectada, lo cual no sólo es compatible con la Convención de Belem do Pará, sino que, bajo determinadas condiciones, resulta deseable para garantizar el reconocimiento de su autonomía”. En segundo lugar, el núcleo cardinal de la argumentación hizo base en un patrón valorativo anclado en la opinión de aquel feminismo crítico que pone en tela de juicio el funcionamiento y las dificultades del sistema penal para abordar -con resultados satisfactorios a los intereses de las mujeres- la violencia sexista, realizando la obligación estatal de respetar la autonomía y de dar una respuesta individualizada (no necesariamente punitiva) al conflicto ventilado.

Contemplación de distintas realidades de las relaciones violentas e identificación de otras experiencias y desigualdades de género

La formulación de un criterio como el anterior, que proyecta una pauta de actuación procesal dirigida a los operadores de justicia, cuyo contenido exige la consulta expresa a la mujer sobre su interés en el ejercicio de la acción penal, en un contexto que garantice libertad y asesoramiento, nos plantea una interesante directiva de actuación que trunca la interpretación

²⁶ Los hechos fueron relatados en los siguientes términos: “...yo estaba en la pieza donde vivíamos estábamos con S. cenando. Me dijo que yo estaba con otro y por qué me arreglo todos los días que no le gusta que me pinte que no hable con hombres y menos con sus amigos. Que por qué tengo celular y vio fotos que no debería ver que yo estaba con amistades y él piensa que yo estaba con alguien más, entonces agarró mi celular y lo rompió. Ahí me agarró a los empujones, me tiró contra el piso, me agarró los pelos, tenía un cinturón en la mano y me dio dos en la nuca, yo estaba agachada. Después, me agarró con el puño en el ojo izquierdo, después los moretones me agarró con un palo de escoba y me dio en la espalda y en el brazo izquierdo me apretó muy fuerte con su mano que todavía me duele. No pasó nada más. Yo me quería ir a mi casa y me dijo que no quería que me vaya, que era la una de la mañana que me iba a pasar algo. Llamó a mi papá para que me retirara y me lleven a mi casa y cuando me vio toda como estaban toda llorada, me dijo no lo llames a tu papá que esto se va a agravar y se fue del hogar y no sé dónde está, se fue...”.

estandarizada y automática que intenta articular (siempre) una acción penal oficiosa. Sin embargo, una cuestión colateral que emerge al adentrarse a este problema es si los operadores pueden o deben reivindicar la autodeterminación minimizando las complejas dinámicas de las relaciones violentas y las consecuencias que traen aparejadas²⁷, y dejar de lado innegables realidades y experiencias sobre las que se pueden construir *otras* desigualdades de género.

La encrucijada en la que nos hallamos, entonces, es fácil de advertir: así como algunas mujeres la posibilidad de pronunciarse y definir sobre el comienzo, continuidad o cese del proceso penal significa un legítimo reconocimiento de sus derechos y autonomía, para otra porción del colectivo puede implicar negarle el acceso a la justicia²⁸ o privarle de medios para prevenir escenarios futuros de riesgo²⁹, que son deberes que el Estado –pese a las numerosas deficiencias de sus agencias- igualmente debe garantizar, a través de la adopción de medidas positivas

²⁷ En el marco de la problematización sugerida en este aporte, se sabe que se están dejando al margen otros aspectos de suma relevancia involucrados. Uno de ellos, surge por decantación a partir de lo expuesto, y está ligado a la discusión acerca de la pertinencia del ámbito jurídico penal como estrategia privilegiada para abordar este fenómeno social, histórico, multicausal y estructural; reflexiones que en nuestro ámbito han proliferado en torno a la aceptación de salidas alternativas al juicio oral y –eventualmente- la obligación estatal de penar todo supuesto de violencia de género con una pena privativa de la libertad, principalmente desde el dictado del conocido fallo “Góngora”, y en esta ocasión se postergan. En este trabajo, se prefiere hacer hincapié en los efectos de las prácticas cotidianas observadas en los abordajes de la Justicia penal de las violencias basadas en el género, apuntando -como se dijo- a elevar la capacidad crítica sobre las manifestaciones de las discriminaciones contra la mujer y a incorporar la perspectiva de género en torno a las habilidades y prácticas judiciales, sobre la base de algunos precedentes jurisprudenciales.

²⁸ Conviene explicitar que las teorías críticas del derecho observan el “acceso a la justicia” con una mirada amplia, no limitado al estudio de aspectos meramente técnicos o de procedimiento y/o de administración de la justicia, sino que abarca componentes relacionados con la aplicación de criterios de justicia material o sustantiva en la resolución de conflictos sociales, por una parte, y con elementos vinculados al diseño y elaboración de las leyes y a su interpretación y aplicación práctica por parte de las operadoras y operadores jurídicos, por otra (Heim, Daniela, *Mujeres y acceso a la justicia: de la tradición formalista a un derecho no androcéntrico*, 1° edición, CABA, Didot, 2016, p. 15). Añade la autora, que el acceso a la justicia es un derecho fundamental estrechamente ligado al derecho a la igualdad, por consiguiente, esta problemática no puede ser correctamente abordada si no se enmarca en las estructuras a partir de las cuales se piensan las desigualdades entre hombres y mujeres presentes en nuestro mundo, desde la perspectiva feminista (op. cit., p. 90/91). Considerándolo como un derecho humano fundamental, cuyo ejercicio debe ser garantizado por el Estado: Birgin, Haydée y Gherardi, Natalia, *Violencia contra las mujeres y acceso a la justicia: la agenda pendiente*, en AAVV, *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.

²⁹ De todos modos, el deber estatal de adoptar medidas adecuadas de protección rige más allá de estas cuestiones formales, que son asuntos que deben atenderse una vez aseguradas las medidas que el caso amerite: el hecho de que la víctima decida no instar la acción penal por los hechos padecidos no implica en modo alguno que el Estado pueda abstraerse del deber de prevención que tiene en los casos de violencia de género (“Pautas de actuación para fiscales ante situaciones urgentes y de riesgo en casos de violencia de género”, UFEM-DOVIC, 2021, p. 14. Esta guía contiene anexo un instrumento elaborado por la Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas con recomendaciones para abordar de manera concreta a las víctimas. Disponible en: https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2021/12/UFEM-DOVIC_Pautas-de-actuaci%C3%B3n-para-fiscales-ante-situaciones-urgentes-y-de-riesgo-en-casos-de-violencia-de-g%C3%A9nero.pdf).

pertinentes para evitar violaciones a los derechos humanos –y, por lo tanto, actos de violencia contra las mujeres–³⁰.

Evaluar esta disyuntiva, lejos de aspirar a estimular los márgenes punitivos, debe, al estar en juego derechos trascendentales, exigir abordajes institucionales que respondan a las especificidades señaladas, conectándose en última instancia con la necesidad de evaluar y verificar un consentimiento verdaderamente “libre” al tomarse la decisión de instar o no la acción penal³¹. Las enormes dificultades que supone intentar recabar una voluntad con estas características, pero sobre todo una multiplicidad de razones ocultas por las que se puede pretender esquivar la intervención (vgr. dependencia económica, el temor a represalias, el miedo a que sus hijos queden desatendidos, o a perderlos)³², obliga a prestar singular atención a las dinámicas violentas subyacentes y a las diversas variables que pueden influir, para evitar dejar desprotegido³³ o sin respuestas a un importante grupo de mujeres que padecen violencias y acuden al sistema de justicia penal en busca de ayuda³⁴.

Esta amplia gama de situaciones, que comprende distintas manifestaciones del estado de vulnerabilidad³⁵ en que se pueda encontrar sumergida la víctima y su entorno, y también una gran variedad de dimensiones que atañen al agresor imputado, a las circunstancias particulares del

³⁰ Chinkin, Christine, Acceso a la justicia, género y derechos humanos, en AAVV, Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres, 1° ed., Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2012, p. 31.

³¹ Desde la metodología feminista se ha propiciado un consentimiento vinculado a la dominación, independiente de la libertad natural, cuya conceptualización debe encontrarse teniendo en cuenta las características de las relaciones entre mujeres y varones, muchas veces problemáticas en su contenido (Di Corleto, 2013, p. 13).

³² Por todo: Larrauri, 2003, op. cit. En relación a la conocida y frecuente influencia que en este aspecto puede tener –por ejemplo- el llamado “círculo de la violencia”, y sus complejas dinámicas, en la intervención judicial, véase: Violencias de género y acceso a la justicia, Dirección General de Políticas de Género, Ministerio Público Fiscal (PGN), 2019.

³³ La pregunta acerca de si debe atenderse a la voluntad de la mujer incluso en los aspectos relativos a su protección, se manifiesta de igual modo en otros ámbitos: la detención del agresor, la pena que solicita la mujer o el quebrantamiento de la condena (véase: Larrauri, Elena, ¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?, en Cuadernos Penales José María Lidón, n° 2, La ley de medidas de protección integral contra violencia de género, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, p. 157/182).

³⁴ Incluso, no puede perderse de vista que las denuncias son pedidos de ayuda que implicaron previamente atravesar la barrera del silencio, el cerco de lo doméstico y poner en palabras, que se convierten en llanto y en grito, es el primer paso para la reconstrucción subjetiva, es el comienzo del camino del desprendimiento del dolor antiguo y del posicionamiento subjetivo que sostenía ese dolor (Galletti, Hilda G., Violencia contra la mujer en la pareja y acceso a la justicia: mitos románticos como factor de riesgo, en Violencia contra las mujeres. La subversión de los discursos, Colección Los Ríos subterráneos, Volumen V, Editorial Prohistoria, 2016, p. 243).

³⁵ La expresión es empleada en el sentido recogido por las Reglas de Brasilia (2008), en cuanto abarca a las personas que “encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (párr. 3), y entre cuyas causas refiere a la discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos (párr. 17).

hecho y/o a los antecedentes de la relación, han sido trabajadas por distintas teóricas³⁶, fueron desmenuzadas en una serie de factores que pueden dar lugar a la aplicación justificada de la excepción prevista en el art. 72 inc. 2° del C.P., y se convierten, a la vez, en indicadores valiosos a la hora de demandar o juzgar una intervención estatal diligente; más allá de que requieran de un uso prudente, una permanente actualización y análisis individualizado en profundidad.

Por caso, la “Guía de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres” (UFEM), expone que para determinar cuándo corresponde impulsar la acción penal prescindiendo de la voluntad de la víctima se deben ponderar los siguientes factores: la gravedad de los hechos denunciados³⁷, la calificación del caso como de “altísimo riesgo”³⁸, la utilización de armas de fuego, el carácter físico o psicológico de la violencia, si se trató de un hecho planificado, la historia de la relación entre la víctima y el agresor, en particular si existieron otros hechos de violencia previos o posteriores, hayan sido o no denunciados, si la decisión de no instar la acción pudo derivarse de cierta justificación, minimización o naturalización de la violencia por parte de la víctima, si existen niños, niñas o adolescentes en riesgo o que sufren alguna forma de maltrato, si la decisión de la víctima de no instar la acción puede obedecer a coacción o intimidación o al temor a sufrir represalias, a perder el hogar, el contacto con sus hijas/os, si, además del testimonio de la denunciante, existen pruebas suficientes para acreditar los hechos, y el posible efecto revictimizante de la continuación del proceso en contra de la voluntad de la víctima³⁹.

³⁶ Al respecto: González, Manuela y Galletti, Gabriela, Intersecciones entre Violencia de Género, Pobreza y Acceso a la Justicia: El Caso de la Ciudad de La Plata, Oñati Socio-legal Series [online], 5 (2), 520-546; Galletti, op cit.

³⁷ El TEDH en análisis de las legislaciones vigentes de los Estados parte del CEDH relativas a las acciones dependientes de instancia privada en casos de delitos relacionados con violencias contra las Mujeres, afirmó que es “posible inferir de esta práctica que cuanto más grave es el delito o mayor es el riesgo de nuevos hechos de violencia, mayor es la posibilidad de que se continúe con la acción penal invocando el interés público, incluso si las víctimas desisten de sus denuncias” (TEDH, caso “Opuz vs. Turquía”, demanda n° 33401/02, 09/06/2009, párr. 139; MPF, Programa de Género, Hacia una Igualdad de género, Compendio Normativo, jurisprudencial y doctrinario, 2013, traducción no oficial, realizada por el Programa sobre Políticas de Género -PGN-). Disponible en: https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2014/06/HIG-Programa_Politicas_Genero-versi%C3%B3n-DESPROTEGIDA.pdf

³⁸ La guía citada alude al informe realizado por la Oficina de Violencia Doméstica, aunque en las jurisdicciones en las que este organismo no tiene competencia bien podría ser suplido por aquellos que confeccionen otras dependencias especializadas. La OVD fue creada en 2006 por la CSJN con el objetivo de facilitar el acceso a justicia de personas que, afectadas por hechos de violencia doméstica, se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, ampliándose (Ac. 21/16) a casos de trata de personas con fines de explotación sexual y/o de explotación de la prostitución. Entre los servicios que brinda se destaca la evaluación de la situación de riesgo (con el correspondiente informe), que se efectúa en un tiempo estimativo de dos horas y está a cargo de profesionales de las áreas del derecho, la medicina, la psicología y el trabajo social, realizando la derivación correspondiente tanto judicial como no judicial (véase: <https://www.ovd.gov.ar/ovd/institucional.do>).

³⁹ UFEM, “Guía de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres”, 2016, p. 15-16. Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2016/11/UFEM-Gu%C3%ADa-de-actuaci%C3%B3n-en-casos-de-violencia-dom%C3%A9stica-contra-las-mujeres.pdf>. Similares pautas se recomiendan para la evaluación del riesgo en la atención primaria (guardia, como el 0-

Es claro, entonces, que en el abordaje de este fenómeno social en el ámbito de la Justicia penal deben dejarse de lado las respuestas estandarizadas, absolutas y rígidas, y es determinante poder identificar esta casuística diferencial que suele presentarse ante los ojos de los operadores, entendiendo su origen y especificidad⁴⁰: buscar un adecuado equilibrio que permita reconocer la autonomía de la mujer sin desatender circunstancias de verdadero riesgo o vulnerabilidad que ameritan una actuación inmediata, integral y adecuada del Estado, de acuerdo con necesidades específicas de protección de esa realidad -ya sea por su situación personal o las circunstancias en las que se encuentra-⁴¹ o en función de lo que aconseje una respuesta meditada y mediando una debida diligencia reforzada en la prevención, investigación, sanción y reparación de hechos de violencia contra las mujeres⁴².

En esta tarea, como se dijo, resulta obligado conocer la opinión de la mujer sobre la base de una escucha atenta y respetuosa de la individualidad, y fomentar un contexto donde se pueda expresar libremente previa información sobre los alcances de la decisión que debe tomar. Al mismo tiempo, es indispensable crear condiciones de posibilidad para el ejercicio pleno de otros derechos explicitados en la Ley nacional de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (Ley n° 26.485) y acentuados en los flamantes plexos normativos que vinieron -en los últimos años- a responder a las demandas de reconocimiento y participación de las víctimas (a nivel nacional⁴³ y provincial⁴⁴), y, dar lugar a espacios interdisciplinarios que adecuadamente permitan identificar, dimensionar y atender aquellos factores que pueden dejar traslucir una voluntad condicionada o riesgos latentes que se suelen presentar en estos casos de altos índices de reiteración delictiva⁴⁵.

800 y las delegaciones provinciales) y consultas, en el “Protocolo de atención a víctimas de violencia de género”, INADI, 2020: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/1583768632214_protocolo.pdf .

⁴⁰ Explican Piqué y Pzellinsky, que “...la violencia contra las mujeres en las relaciones de pareja, quizá el tipo de violencia de género más frecuente y con mayor cantidad de víctimas –aunque, claro está, no por ello el único- es un fenómeno multicausal con características particulares que presenta diversos desafíos para el sistema de administración de justicia en general, y especialmente para su abordaje desde el ámbito penal. Entender el origen y la especificidad de esta problemática que no se reduce a un conflicto de la pareja, sino que es una manifestación de la discriminación social, de una estructura patriarcal, resulta insoslayable a los fines de garantizar el acceso a la justicia y brindar respuestas adecuadas que cumplan con la normativa vigente y con los estándares internacionales en la materia” (op. cit., p. 229).

⁴¹ CortelDH, caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”. 16 de noviembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 243.

⁴² Ídem; CortelDH, “Velásquez Paiz y otro vs. Guatemala”, “Véliz Franco y otros vs. Guatemala”, “J. vs. Perú”.

⁴³ Ley n° 27.372, sancionada el 21/06/2017; promulgada el 11/07/2017; publicada en B.O. del 13/07/2017.

⁴⁴ En la provincia de Buenos Aires: ley N° 15.232; sancionada: 22/12/2020; publicada en el B.O. 18/01/2021.

⁴⁵ Entiendo que en tal evaluación se debería practicar con antelación a la elevación de la causa a juicio oral (para evitar revictimizaciones y dilaciones en la tramitación) y resulta ineludible recurrir a

Algunos organismos jurisdiccionales han tomado nota de esta cuestión, advirtiendo que “...resulta de suma importancia analizar los dichos de la víctima con atención y tratar de identificar al valorar la voluntad de la denunciante si se encuentran presentes aquellas circunstancias [factores vinculados al ciclo de la violencia, sentimientos de culpa cuando hay hijos/as de por medio, dependencia económica o falta de autonomía, estados depresivos o sensación de desamparo, o el desempeño de la administración de justicia que genera desconfianza]”⁴⁶; pues, se entiende que “...la voluntad de la víctima de no instar la acción penal y de no continuar con la persecución penal debe evaluarse en cada caso concreto, de acuerdo a la gravedad de los hechos, la situación de peligro grave e inminente en la que pueda hallarse, el ciclo de la violencia contextualizado y el desempeño de la administración de justicia para con la víctima”.

En este fallo, tales consignas se confrontaron con lo actuado en el proceso y el magistrado concluyó: “...nos encontramos ante supuestos de lesiones leves agravadas, cuya acción depende de la instancia de la víctima (art. 72, inc. 1 Código Penal), y en el cual no aparecen razones de seguridad o de interés público, ni tampoco fueron volcadas por el Ministerio Público Fiscal en el caso concreto, que puedan actuar como excepción. Por ello es que la autonomía de la voluntad de la víctima cobra una relevancia fundamental, siempre y cuando sea analizada a la luz de las circunstancias previamente expuestas para garantizar que no se encuentre afectada o condicionada. En definitiva, advierto que la respuesta que S.T.S recibió del Estado fue acorde a su demanda y mitigó el conflicto. Asimismo, del contacto directo que tuve con ella se confirma su decisión de no instar la acción penal y no seguir con este caso, de manera que insistir en la continuidad de la causa sobre la base de la regla de oficiosidad podría resultar excesivo y sus efectos contraproducentes”.

Partiendo de este criterio que amerita una evaluación ceñida al caso, no es extraño que la negativa a instar la acción penal o la retractación de la denuncia se halle motivada en la propia

opiniones interdisciplinarias, en tanto que, evidentemente, la complejidad del asunto requiere de la apertura de las ciencias jurídicas y de las instituciones de la administración de justicia penal, y de su integración y coordinación con otros saberes para la construcción de conocimientos, estrategias y respuestas más acertadas, integrales y dinámicas (al respecto: Galletti, Gabriela, Interdisciplina, Género y Derecho, en Género y derecho, Manuela Graciela González; Marisa Adriana Miranda; Daniela Zaikoski Biscay -comp.-, 1° ed., Santa Rosa: Universidad Nacional de La Pampa, 2019).

⁴⁶ Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 15 de CABA, causa n° 85289-2021-0, caratulada “R.Q.P”, 27/10/2021, haciendo lugar a la excepción por falta de acción penal y sobreseyendo al imputado, previa realización de una entrevista directa con la víctima. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/89593-caba-fallo-sobre-excepcion-falta-accion-casos-violencia-genero-llamado-al-911-no> . La forma de recabar el consentimiento reflejada en este fallo, obliga a reflexionar constructivamente sobre la instalación de estas prácticas hacia el interior de la Justicia penal: en torno al equilibrio con principios procesales medulares que rigen el proceso (en especial, el carácter acusatorio del mismo), sobre las herramientas y capacitación que disponen las estructuras de personal, la suficiencia o insuficiencia de la información obtenida en miras a valorar adecuadamente esa voluntad o los vicios que la pueden afectar, la posibilidad de aplicar el mismo abordaje a todas las situaciones o prever instancias institucionales que determinen la mejor forma de llevar adelante ese diálogo e intervención, etc.

dinámica de la relación violenta, sea en el temor a represalias⁴⁷ o, incluso, en amenazas explícitas. En esta línea de indagación, en otro caso similar (iniciado por golpes de puño, puntapiés y amenazas dados por su pareja, al ser consultada, la mujer manifestó que no instaba la acción penal por el temor que le tenía), el abordaje dado por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional hizo hincapié en ese miedo declarado como forma condicionante del consentimiento pleno requerido y, por lo tanto, configurativo de un cuadro fáctico habilitante de la promoción estatal de la acción penal.

En este precedente, al confirmar el rechazo de la nulidad planteada por la defensa, se sostuvo: "...el magistrado no se limitó a una mera invocación de la ley 26.482 de Protección Integral a las Mujeres, sino que explicó, sana crítica mediante, los motivos que, en el caso concreto, lo llevaron aplicar la excepción prevista en el art. 72 inc. 2° en cuanto "se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público", como así también porque lo resuelto no producía una afectación al principio de autonomía de la mujer: "...avocarme a preservar y garantizar los derechos de la damnificada que, claramente se encuentra en un alto nivel de vulnerabilidad (...) al manifestar sentir 'mucho temor' al imputado. Leyendo detalladamente lo relatado por la víctima, su juicio y su razonamiento se encuentra viciados y cegados por el temor hacia el imputado, lo que le impide decidir libremente sobre su verdadera intención de judicializar el conflicto dentro de la órbita del derecho penal"⁴⁸.

Necesidad de fundamentar las decisiones y de incorporar perspectivas específicas de género en la evaluación de estos casos

Aunque se desprende como corolario indirecto de los criterios anteriores, es importante subrayar que, en cualquiera de las hipótesis, los actores del sistema de administración de justicia deberán dar sus argumentos concretos y ajustados a las peculiaridades del caso que motivan una u otra intervención. Esto significa que tanto al pronunciarse a favor del avance del proceso porque advierten atendibles razones de seguridad u orden público, como al requerir o disponer la terminación de las actuaciones dando prioridad a la libre voluntad de la mujer, deben invertirse esfuerzos y estrictas habilidades para justificar dictámenes o sentencias.

⁴⁷ Dirección General de Políticas de Género, "La violencia contra las mujeres en la justicia penal", 2018, pág. 41 y 48. Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/files/2019/04/DGPG-La-Violencia-contra-las-mujeres-en-la-justicia-penal.pdf>.

⁴⁸ CNACC, Sala I, autos "C., A. E. s/ nulidad", causa N° 68.181/2018, 10/09/2019, destacado propio. Al respecto, la mujer manifestó que "...se produjo una discusión ente ambos...que comenzó a propinarle golpes de puño y puntapiés en distintas partes del cuerpo...proseguía con la golpiza mientras le manifestaba 'si me denuncias te vas a acordar de mí, no me conoces', dijo "tener mucho temor por lo que no insta la acción penal", y preguntada si era la primera vez que sufría este tipo de episodios refirió "que no, desde que lo conoce siempre fue violento y agresivo para con su persona". Disponible: <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/48336-violencia-domestica-lesiones-y-amenazas-victima-no-insta-accion-temor-actuacion-oficio>.

No sólo porque es una conocida derivación del principio republicano de gobierno la fundamentación de los actos emitidos por sus órganos, sino también porque tal actividad es el único medio de garantizar la *necesaria incorporación de perspectivas específicas de género*, requerida en la valoración, interpretación y análisis integral de la realidad fáctica que da forma al caso, en la contextualización del tipo penal como una manifestación de las violencias de género padecidas (aun cuando exista un agravante específico por derivación directa del art. 92 al art. 80 del C.P.) y para la ruptura de la aparente neutralidad de la cláusula prevista en el inc. 2° del art. 72 del C.P. Desde ya, que esto exige de parte de la agencia judicial un estudio individualizado que contemple la carga de mirar y cuestionar los contextos estructurales de violencia, subordinación y discriminación y su influencia tanto en las representaciones sociales, prejuicios y estereotipos vigentes, como en los comportamientos sociales e institucionales, y en la correlativa desatención e impunidad que el aparato judicial ha propiciado históricamente a las víctimas de estos hechos.

Protagonizar esta tarea argumental en clave de género, será determinante para situar el cuadro en el que se definirá el ejercicio de la acción penal y, en función de ello, las diversas acciones y respuestas que se destraban a raíz de esta decisión (desde orientar las medidas de acompañamiento, protección y contención adecuadas hasta construir la teoría del caso, disponer medidas de prueba según la estrategia delineada y seleccionar el modo de reacción -sea o no punitiva-), sin que se pueda admitir su reemplazo por la invocación discursiva y llana de marcos normativos o citas doctrinarias que no vuelquen ni adhieran sus conceptos a la situación en concreto⁴⁹.

El Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires fue tajante en esta orientación, por un lado, al explicar que las lesiones leves agravadas por el vínculo, en contexto de violencia de género (que no fueron cuestionadas por las partes en el proceso), es una circunstancia que reclama el abordaje de la cuestión con perspectiva de género para establecer si median “razones de seguridad o interés público”, que pueda configurar alguna excepción al régimen vigente que supedita la actividad a la instancia de la acción⁵⁰. Para el Tribunal, ello motiva un abordaje diferenciado que importa incorporar perspectivas específicas de género, tal como lo dispone la Constitución Nacional y la normativa de derechos humanos incorporada a nuestro ordenamiento jurídico (Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW, 1979-; Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -o Convención de Belém do Pará, 1994; asimismo, la legislación nacional en la Ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres), que,

⁴⁹ Al mismo tiempo, traerá como resultado una decisión institucional de calidad que mejorará el litigio propio de las lógicas del proceso penal acusatorio-adversarial que rige mayoritariamente en las jurisdicciones del país, pues será susceptible de monitoreo, confrontación o cuestionamiento a manos de los órganos revisores o contradictores procesales.

⁵⁰ Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, causa n° 114673, “M., S. E. S/ recurso de casación interpuesto por fiscal”, 05/04/2022, voto del Dr. Maidana.

entre otras cosas, establecen la necesidad de cambios coyunturales en las leyes y la administración de justicia, lo que resulta en una obligación para los jueces y “propende a garantizar el ejercicio de los derechos de las mujeres, la igualdad de género y una tutela judicial efectiva, evitando la reproducción de estereotipos que dan por supuesto el modo en que deben comportarse las personas en función de su sexo o género”⁵¹.

Más precisamente, dijo que “...[n]o se propone la aplicación irreflexiva de la norma en cuestión a una categoría de delitos, sino que se espera que la decisión se fundamente teniendo en consideración el caso concreto, mediando el análisis suficiente sobre sus circunstancias”. Y, recordando que el artículo 7, inciso “e”, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belem do Pará (Ley 24.632), establece el deber de los Estados -y con ello de los tres poderes que lo integran- de “tomar todas las medidas apropiadas para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”, revocó la resolución impugnada y dispuso el reenvío para que los integrantes de la Cámara de Apelación y Garantías, *sin rigorismo formal*, adopten una nueva decisión, en la que deberán abordar la cuestión *con perspectiva de género* para establecer si median “razones de seguridad o interés público”, que pueda configurar alguna excepción al régimen vigente que supedita la actividad a la instancia de la acción, por lo que corresponde que efectúen un *análisis detallado del hecho*, vinculen con las disposiciones supralegales y legales citadas y, de esa forma, otorgue debido sustento a la resolución”.

Sólo juzgando con perspectiva de género y un enfoque interseccional que contemple otros factores que refuerzan, superponen o combinan con un impacto diferenciado (variables etarias, étnicas, situación socio-económicas, entre otras)⁵², las agencias del Estado⁵³ pueden apuntar a

⁵¹ Del voto del Dr. Maidana. Con citas a precedentes de la SCBA, en causa P 125687 S, caratulada 'V.R.E.D. s/ Recurso de queja en causa N 900.809 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Lomas de Zamora, Sala II, 23/10/2019); a sus votos en decisiones previas (Sala VI, "Rodríguez" c. n° 58.758 del 29/08/14; "López" c. 69.965 del 05/07/16; "Maraz Bejarano" c. 69.680 del 29/12/16; Sala I, "Serenelli", c. 82.761 del 13/07/17; "Mansilla", c. 84.069 del 15/11/17; "Mendoza" c. 90.940 del 16/04/19 y "Lagostena" c. 93.441 del 05/05/20 y "Reyes" c. 103.123 del 17/06/21), así como recientemente en las causas 111.022 "Guerra", 110799 "Arce" y, c. 109.866 "Machicano Carbajal", y a recientes pronunciamientos de la CSJN ("Pérez, Yesica Vanesa s/homicidio simple" CSJ 3073/2015/RH1 del 10/12/20; "Callejas, Claudia y otra s/violación de secretos" CSJ 3171/2015/RH1 del 27/2/20; "Sanz, Alfredo Rafael s/juicio s/casación" CSJ 1977/2017/RH1 del 27-72/20) así como de la SCBA (P 132936 S 18/08/2020 "Altuve Carlos Arturo -Fiscal ante el Tribunal de Casación- S/Recurso extraord. de inaplicabilidad de ley en c. 87.316 TC0005LP; P 125687 S 23/10/2019 Juez DE LÁZZARI "V., R. E. -. D. S/Recurso de queja en c. 900.809 Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Lomas de Zamora, Sala II" CP0002LZ; P 132456 S 20/07/2020 Juez TORRES).

⁵² CEDAW/C/GC/33 (03/08/2015); CEDAW/C/GC/35 (26/07/2017). Como se advierten Birgin y Gherard: “No está en discusión que la subordinación de las mujeres influye efectivamente en su victimización, pero es erróneo intentar explicar un problema complejo con una única variable: la desigualdad de géneros. Esta variable funciona a veces como factor de riesgo, pero en otros casos se deben agregar otros factores de vulnerabilidad. La incorporación del género al análisis no puede implicar ignorar el resto de los factores que tienen incidencia en las relaciones de pareja (...)

construir equidad en la administración de justicia⁵⁴, siendo las herramientas teóricas y metodológicas que viabilizan la identificación y visibilización de estos efectos perjudiciales que se desprenden de la norma y de la aplicación de criterios hermenéuticos irreflexivos que se hace de esta⁵⁵. En otras palabras, sólo así se puede estar, al menos, un poco más cerca de contrarrestar las derivaciones desfavorables, en términos de mantenimiento y reproducción de la violencia y discriminación contra la mujer, que se escurre en el régimen legal vigente; que muchas veces avanza en contra de la voluntad de las víctimas y otras tantas desoye las razones por las cuales no desean denunciar, no pueden hacerlo o no tienen a dónde recurrir si lo hacen.

3. Palabras de cierre.

En tiempos de transformación como los que se intensificaron en 2015, de plenos y legítimos reclamos para que cese la violencia contra las mujeres en todas sus formas y modalidades, deberá seguir discutiéndose cuál es el mejor sistema legal de ejercicio de la acción penal⁵⁶, observando los efectos que traen consigo las prácticas judiciales que cada uno apaña y repensando estrategias de abordaje que -desde el ámbito penal- se pueden ofrecer a las

Existen factores de riesgo, aunque ser mujer no es el único. Toda mujer puede ser víctima, pero no toda mujer tiene el mismo riesgo de ser víctima de la violencia doméstica” (op. cit., p. 177/178). Al respecto, también: Larrauri, Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, Madrid, Taurus, 2007.

⁵³ Más allá de las formas que adquiera el “Estado”, no puede perderse de vista que “el asunto no está en lo que el estado ‘hace’ o ‘deja de hacer’, en cuándo fue ‘creado’, o en lo que realmente ‘es’”, sino que se tratará de grupos, de organizaciones y de individuos, así como de otros actores sociales, que tienen razones y fundamentos para sus acciones; naturalmente en el comportamiento de dichos individuos se pueden encontrar regularidades, pero éstas se pueden explicar en virtud de la orientación colectiva que muestren los grupos hacia una ideología de Estado, sin que ello importe recurrir a un elemento putativo social-estructural al que se llama “Estado” y calificar sus acciones como efectuadas por un “superindividuo” (Melossi, Dario, *El Estado del Control Social*. México: Siglo XXI. Traducido por: Martín Mur Ubasart, 1992, p. 19/20).

⁵⁴ Con todo, se ha reconocido que en casos concretos las sentencias pueden tener un potencial visibilizador y reductor de la inequidad derivados de las estructuras de poder basadas en prejuicios que sostienen la exclusión y marginación: “hay dos formas de impartir justicia, hacerlo formal y mecánicamente y hacerlo con equidad y perspectiva de género: la primera perpetúa las sistémicas asimetrías sociales entre sexos, la segunda, en cambio, camina hacia una sociedad (realmente) igualitaria” (Poyatos i Matas, Glòria, *Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa*, *Revista de género e igualdad*, 2019, 2, 1-21, ISSN. 2603-851X).

⁵⁵ Los Estados deben abstenerse de elaborar leyes, políticas, normas, programas, procedimientos administrativos y estructuras institucionales que directa o indirectamente priven a la mujer del goce de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (Comité de la CEDAW, *Recomendación General N° 28*, párr. 9).

⁵⁶ Sostiene Binder, que el modo como se conjugan los distintos tipos de intereses (que reconoce la división en distintas clases de acciones) y se organizan los instrumentos es parte del planeamiento político criminal y no responde a ninguna naturaleza especial de las clases de delitos; el establecimiento de todo el régimen de la acción penal es facultad de los Estados provinciales y no puede ser incluido en el Código Penal, lo que constituye una postura que ha ido ganando terreno en los últimos años tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, producto del debate doctrinario y de una necesidad funcional muy clara ligada a la distribución y aprovechamiento de los recursos (Binder, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012, p. 366/369).

necesidades señaladas. En razón de algunas propuestas de reforma o de la exegesis que se hace de la norma, se demanda una problematización sobre los matices de nuestro entorno “periférico”, ajustado a las realidades que coexisten en la actualidad, y atendiendo a los rasgos inherentes, posibilidades y limitaciones del instrumento convocado a intervenir.

Algunas directrices que emergen de la jurisprudencia indican que se deben descartar respuestas formalistas y absolutas, carentes de sensibilidad al género, desconectadas de las complejidades que el asunto, y propiciar aquellas que sean individualizadas, que mejor satisfagan los intereses involucrados y que apunten a dar respuestas fundadas, eficaces e integrales. Como paso previo urge plantear el androcentrismo de estos conceptos penales para comprender cómo se articulan los fenómenos de violencia institucional⁵⁷, dar una mirada no patriarcal -o cuanto menos que cumpla con mandatos de lucha contra la discriminación-, y actualizar los principios ilustrados teniendo en cuenta el amplio consenso que existe sobre la estructura de discriminación de las mujeres en la sociedad⁵⁸.

En suma, removidos ciertos obstáculos que históricamente garantizaban la impunidad total de estos hechos, tomaron forma los inconvenientes del sistema de justicia para poder lidiar con estos casos revestidos de tantas especificidades y se escurrió la discriminación de género a instancias menos evidentes que requieren nuevos argumentos para combatirla⁵⁹; como están dadas las cosas, el *verdadero desafío* es lograr un sistema penal que no expulse a las mujeres que necesitan utilizarlo ni atrape a las que quieren salir, sino que las acompañe en la ruta del empoderamiento y la autonomía⁶⁰.

⁵⁷ Bodelón, 2014, p. 137.

⁵⁸ Esteva, op. cit., p. 28.

⁵⁹ Di Corleto, Julieta y Piqué María L., Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género, en AAVV, Género y derecho penal. Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne, 1° edición, 2017, p. 410.

⁶⁰ Piqué, 2015, cit., p. 347.

Bibliografía

Baratta, A. (2001). Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico- penal. México: Siglo XXI, 7° ed. Original en italiano criminología critica e critica del diritto penale, introduzione alla sociología giuridico- penale, Bolonia: Societa editrice il mulino., <1982>

Binder, A. (2012). Derecho Procesal Penal, Tomo II, Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 366/369

Bodelón, E. (2003). Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal, en Roberto Bergalli (coord. y colab.), Sistemas penales y problemas sociales, Tirant Lo Blanch, Valencia

Bodelón, E. (2014). Violencia institucional y violencia de género. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 48

Bombini, G. A. (2008). Transformaciones recientes en las políticas penales en la Argentina: entre las necesidades populistas y las aspiraciones tecnocráticas de eficacia, en Violencia y Sistema penal, Del Puerto, CABA

Chinkin, C. (2012). Acceso a la justicia, género y derechos humanos, en AAVV, Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres, 1° ed., Buenos Aires: Defensoría General de la Nación

Di Corleto, J. (2013). Medidas alternativas a la prisión y violencia de género, Revista Electrónica “Género, Sexualidades y Derechos Humanos” (Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), 2

Di Corleto, J. y Piqué M. L. (2017). Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género, en AAVV, Género y derecho penal. Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne, 1° edición

Dirección General de Políticas de Género, Ministerio Público Fiscal (PGN). (2019). Violencias de género y acceso a la justicia

Esteva, M. B. (s/f). Derecho Penal y Mujer: ¿Debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género?, AAVV, Derecho, género e igualdad, Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas, Volumen I, coordinadoras Daniela Heim y Encarna Bodelón González.

Facio, A. (2017). Elementos conceptuales y metodológicos para favorecer la interpretación judicial con perspectiva de género, en AAVV, Hacia políticas judiciales de género, Jusbaire, CABA

Fierro, G. H., comentario a los arts. 71/76 del CP, en Código Penal y normas complementarias, Baigún David y Zaffaroni Eugenio (coords.), Tomo 2, CABA, Hammurabi

Galletti, H. G. (2016). Violencia contra la mujer en la pareja y acceso a la justicia: mitos románticos como factor de riesgo, en *Violencia contra las mujeres. La subversión de los discursos*, Colección Los Ríos subterráneos, Volumen V, Editorial Prohistoria

González, M. y Galletti, G.(2015). Intersecciones entre Violencia de Género, Pobreza y Acceso a la Justicia: El Caso de la Ciudad de La Plata, *Oñati Socio-legal Series* [online], 5 (2), 520-546, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2611592> .

Heim, D. (2016) *Mujeres y acceso a la justicia: de la tradición formalista a un derecho no androcéntrico*, 1° edición, CABA, Didot

Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires Informe 2014/2015. Monitoreo de políticas públicas y violencia de género, disponible en: <https://www.defensorba.org.ar/pdfs/comunicados/Informe-OVG-2014-2015-Monitoreo-de-Politicasy-Violencia-de-Genero.pdf>

Larrauri, E. (2003). ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?, UNED, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2° Época, 12

Larrauri, E. (2005). ¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, n° 2, La ley de medidas de protección integral contra violencia de género, Universidad de Deusto, Bilbao

Melossi, D. (1992). *El Estado del Control Social*. México: Siglo XXI. Traducido por: Martín Mur Ubasart

Núñez Rebolledo, L. (2019). ¿Es la criminalización un instrumento de libertad femenina?, en *Feminismos y política criminal: una agenda feminista para la justicia*, Arduino Ileana (comp.), 1° ed., Buenos Aires, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP)

Piqué M. L. y Pzellinsky, R. (2015). Obstáculos en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 14, (2)

Piqué, M. L. (2017). Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional, p. 347, en *Género y justicia penal*, Di Corleto Julieta –comp.-, 1° edición, CABA: Dido

Poyatos i Matas, G. (2019). Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa, *Revista de género e igualdad*, 2,1-21, ISSN. 2603-851X

Rivera Beiras, I. (2005). *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas* Barcelona, España: Anthropos Editorial

Sagot, M. (2000). Ruta Crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina (Estudios De Caso De Diez Países), Organización Panamericana de la Salud, Programa Mujer, Salud y Desarrollo

Segato, R. L. (2016). La guerra contra las mujeres, Madrid, Traficantes de Sueños

Teodori, C. E. (2015). Rutas críticas de mujeres en situación de violencia familiar. Estudio de casos en la ciudad de Buenos Aires, Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales, 11 (2), Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/10/doctrina48220.pdf>.

Zaffaroni, E. R. (2011). La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires, Argentina: Ediar